

Vol. 5

Nº 1

2017 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 5 – maio 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 Castro Melo

Pablo Reja Sánchez

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
--------------------	-----

I – Atualidades

Concorrência e corrupção – programas de compliance no debate jurídico-institucional brasileiro	5
--	---

II – Controle de Estruturas

Aplicações de Técnicas de Séries Temporais na Delimitação de Mercado Relevante: A experiência do CADE	21
A aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para a consumação das operações realizadas em bolsa ou mercado de balcão: uma análise do artigo 109-A do Regimento Interno do CADE	48
Possíveis Impactos das Novas Diretrizes do FIES e Ead nas Estratégias dos Oligopólios Educacionais	72

III – Controle de Condutas

O caso ANFAPE: o que nos diz a experiência internacional	105
Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do CADE	145
Interpretação e aplicação dos critérios para fixação das multas às infrações econômicas	178

IV – Reparação de Danos

Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil	205
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	231

Apresentação

É com muito prazer que apresentamos a primeira edição de 2017 da Revista de Defesa da Concorrência, que recentemente recebeu a qualificação “B1” junto à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes, no âmbito do “Programa Qualis”.

A edição é composta por nove artigos divididos em quatro seções: Atualidades, Controle de Concentrações, Controle de Condutas e Reparação de Danos.

A seção intitulada “Atualidades” conta com um artigo que aborda o papel do *compliance* empresaria no âmbito do direito concorrencial e do combate à corrupção. Por meio de uma análise comparativa da atuação das duas principais autoridades responsáveis pela avaliação dos programas de *compliance* no Brasil, o artigo estimula uma reflexão jurídico-institucional sobre o tema.

A seção “Controle de Concentrações”, conta com três artigos, os quais abordam a utilização feita pelo CADE das séries temporais na delimitação dos mercados relevante, o controle prévio das operações realizadas em bolsa de valores e os efeitos concorrenciais de políticas regulatórias no âmbito da educação.

Na terceira seção, denominada “Controle de Condutas”, contamos igualmente com três artigos. Eles tratam da interface entre o direito concorrencial e de propriedade intelectual, de aspectos relativos à aplicação dos critérios legais para a fixação de penalidades pecuniárias pelo CADE e da jurisprudência do CADE no tratamento de casos envolvendo *sham litigation*.

Por fim, a última seção desta edição, denominada “Reparação de danos” conta com dois artigos igualmente interessantes. Enquanto o primeiro visa contribuir com o chamado *private enforcement* da lei antitruste pela apresentação dos requisitos necessários para o ajuizamento de ações judiciais, o segundo discute a utilização da arbitragem como meio alternativo para a resolução de demandas de reparação de danos decorrentes da prática de cartéis.

Desejamos a todos uma ótima leitura, na expectativa de que esta edição sirva novamente como fomento de importantes temas concorrenciais no país.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo
Presidente interino do CADE

Concorrência e corrupção – programas de compliance no debate jurídico-institucional brasileiro

Marcela Mattiuzzo¹

RESUMO

Este artigo busca abordar a discussão sobre compliance empresarial nas áreas de concorrência e anticorrupção sob uma perspectiva jurídico-institucional, tentando apontar aspectos do modelo jurídico brasileiro de *civil law* relevantes para o debate sobre esse mecanismo de incentivo ao cumprimento da legislação. O foco específico são os guias elaborados pela então Controladoria Geral da União, hoje Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que são brevemente comparados ao longo do texto. Conclui-se que Cade e CGU representam modelos distintos de tratamento da questão.

Palavras-chave: Compliance; Concorrência, Anticorrupção, CADE; CGU.

ABSTRACT

This article aims to approach the discussion regarding corporate compliance in the areas of competition and anticorruption from a legal-institutional perspective, pointing out relevant aspects from the Brazilian legal framework for the debate pertaining to this mechanism. The specific focus are the Guidelines issued by the then Office of the Comptroller General, now known as Ministry of Transparency, and the Brazilian Administrative Council for Economic Defense, which are briefly compared along the article. The conclusion is that CADE and CGU represent distinct analytical schemes for approaching the question.

Keywords: Compliance; Competition; Anticorruption; CADE; CGU.

¹ Visiting Researcher na Yale Law School (2016-2017) e Mestranda em Direito Constitucional na Universidade de São Paulo, foi Chefe de Gabinete e Assessora da Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2015-2016). Hoje é sócia de Vinicius Marques de Carvalho Advogados.

1. Introdução; 2. O compliance nos dias de hoje – a discussão no contexto brasileiro; 2.1 Compliance como autorregulação; 3. Cade e CGU – enfoques diferentes, problemas semelhantes?; 3.1 Check-list versus boa-fé; 3.2 Incentivos; 4. Guias do Cade – as contribuições da sociedade e o contexto institucional; 5. Observações finais; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O objetivo desse artigo é fazer esclarecimentos a respeito do compliance empresarial nas áreas de concorrência e anticorrupção, a fim de trazer algumas reflexões sobre como o assunto se desenvolveu recentemente no Brasil, elucidar o que há de divergente nas abordagens trazidas pelas duas principais autoridades responsáveis pela avaliação de tais programas, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e a antiga Controladoria Geral da União (CGU), hoje Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, e de que forma tais abordagens se relacionam com os modelos jurídico-institucionais.

Se essa é a intenção, cumpre primeiramente algum esclarecimento sobre o que propriamente é um programa de compliance. A ideia, na verdade, é bastante simples e, cumpre destacar, não está de forma alguma restrita aos campos do direito concorrencial ou anticorrupção, ainda que este seja o foco do presente artigo. Nas palavras da *Autorité de la Concurrence*, autoridade francesa responsável pela defesa da concorrência:

“[p]rogramas de compliance empresariais são programas por meio dos quais companhias e organizações expressam seu comprometimento com certas regras e valores ou objetivos nos quais tais regras são embasadas. Tais programas geralmente incluem um grupo de ações voltado a auxiliar empresas na construção de uma cultura corporativa de genuíno comprometimento com estas regras, mas também voltado à detecção de infrações, à reparação dos danos causados por infrações e à prevenção da reincidência”².

No caso específico do direito da concorrência, portanto, a intenção é estabelecer um conjunto de medidas que tanto promova o cumprimento espontâneo da Lei 12.529/2011, quanto auxilie na detecção de violações, caso elas venham a se concretizar. O mesmo é válido para o

² No original: “Corporate compliance programmes are programmes whereby companies or organisations express their commitment to certain rules and to the values or objectives on which they are based. Those programs generally also include a set of actions intended to assist companies in building a genuine culture of compliance with those rules, but also in detecting likely misconducts, in remedying them and in preventing recidivism”. Disponível em: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/framework_document_compliance_10february2012.pdf, acesso em: 26 de abril de 2017.

combate à corrupção – o qual, para os fins desse artigo, está relacionado à Lei 12.846/2013 e ao seu Decreto regulamentar 8.420/2015.³

Mas se o objetivo de tais programas é essencialmente o cumprimento da lei e a detecção de violações, que em verdade são (ou deveriam ser) a intenção primeira de qualquer sistema jurídico, por que o tema só ganhou maior destaque recentemente?

2. O compliance nos dias de hoje – a discussão no contexto brasileiro

Há dois motivos principais pelos quais os programas de compliance, especialmente aqueles voltados ao direito concorrencial e à anticorrupção, ganharam destaque recentemente no Brasil. O primeiro está umbilicalmente relacionado às reformas legislativas promovidas por meio da Lei 12.846/2013 e do Decreto 8.420/2015. A partir da inclusão dos chamados “programas de integridade” como critérios de diminuição de multa por meio do art. 7º, VIII da Lei⁴ e do art. 18, V do Decreto⁵, o tema ganhou imediata atenção do setor privado.

O segundo é de ordem institucional. A literatura que analisa os programas de compliance é praticamente unânime ao afirmar que a implantação efetiva desse tipo de programa só acontecerá em jurisdições nas quais o *enforcement* das leis esteja devidamente consolidado, já que há duas principais motivações para seu estabelecimento: o medo da punição – o qual só se apresentará se a possibilidade de punição for real – e o senso de obrigação⁶. Acrescentaria uma terceira motivação a essa lista, relacionada à punibilidade: empresas serão tanto mais suscetíveis à implementação de compliance quanto maiores forem seus incentivos para fazê-lo, incentivos os quais não se resumem à certeza de punição (negativos), mas também estão relacionados à mitigação de penalidades (positivos)⁷.

³ Existem outros diplomas no ordenamento jurídico brasileiro que tratam do tema da corrupção, de variadas formas, como a Lei 12.850/2013, a Lei 8.429/1992, e a própria Lei 8.666/1993. Aqui, a intenção é analisar o combate à corrupção enquanto política pública estruturada em torno da Lei 12.846/2013.

⁴ “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.”

⁵ “Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos: V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.”

⁶ LACHNIT, Eva. *Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities*, p. 33: “Generally, compliance can flow from a fear of detection and subsequent punishment or from a sense of normative obligation. These two kinds of motivations have been labelled the negative or affirmative basis for compliance.⁹ In order to realize compliance, enforcement agencies must appeal to these bases by increasing the fear of detection and punishment, by focusing on stirring a sense of obligation, or by a combination of the two.”

⁷ É o que tradicionalmente se identifica como a lógica do *stick and carrot*: a autoridade, além de punir severamente aqueles que descumprem a lei, também cria incentivos positivos para seu cumprimento.

O fato é que, hoje, podemos dizer com bastante certeza que o Brasil possui um sistema de defesa da concorrência eficiente, reconhecido mundialmente⁸ e capaz de transmitir às empresas a importância de observar com rigor a lei. Em outras palavras, a questão do *enforcement* efetivo está largamente superada no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Ao mesmo tempo, tendo em vista os impactos e a extensão da atual Operação Lava-Jato, que ensejou a aplicação dos dispositivos legais anticorrupção, as empresas depararam-se com uma situação em que o *enforcement* deixou de ser uma possibilidade e passou a ser uma realidade também nessa esfera⁹¹⁰.

As atuais investigações e o impacto que tiveram são relevantes por um segundo motivo. Foi de fato no cenário montado pela Lei 12.846/2013 que o Cade começou a se movimentar de forma mais concreta no debate sobre compliance. Em 2014, a autarquia realizou um seminário internacional voltado exclusivamente a esse tema, com participação de diversos especialistas no assunto, tanto brasileiros quanto estrangeiros¹¹. Em 2015, lançou uma versão preliminar do Guia para Programas de Compliance Concorrencial, a qual foi aberta para comentários da sociedade e divulgada como texto final no mesmo ano¹².

Toda essa evolução brasileira do tema está profundamente alinhada com o que se observa no cenário internacional. Recentemente, o compliance concorrencial e o compliance anticorrupção têm se destacado também fora do país. Não cabe aqui tecer grandes explicações

⁸ O Cade foi tido pela Global Competition Review, publicação especializada no setor, como a melhor autoridade antitruste das Américas em 2011, 2015 e 2017. Além disso, a atuação internacional da autoridade vem crescendo, tendo assumido a vice-presidência da International Competition Network de 2013 a 2016 e reforçado as iniciativas de cooperação internacional em casos de condutas e concentrações. Para mais, vide: SILVEIRA, Paulo Burnier da. “O Novo Cade no Cenário Internacional”. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, pp. 65-73.

⁹ Cumpre destacar, no entanto, que diferentemente do caso do Cade, cujo sistema de atuação vem evoluindo desde 1994, quando da entrada em vigor da Lei 8.884/1994, o sistema de combate à corrupção é muito mais recente e, dessa forma, seu “teste” em termos de *enforcement* ainda precisa ser aprofundado – tanto é verdade que chegou a ser proposta no ano passado Medida Provisória para alterar a referida lei (MPV 703/2015), que acabou não convertida em lei. Não obstante, tendo em vista o já mencionado amplo escopo da Operação Lava-Jato e o reflexo que ela tem obtido, é razoável entender que, ao menos no presente momento, a aplicação da lei nos casos de corrupção se dá de maneira efetiva.

¹⁰ Vale ressaltar que a aplicação da Lei 12.846/13 não é exclusiva da CGU. Conforme destaca o art. 8º, a autoridade máxima de cada órgão do Executivo, Legislativo e Judiciário tem essa prerrogativa. Não obstante, é inegável que a CGU ocupa papel de destaque por conta dos poderes a ela concedidos no âmbito do Executivo Federal, onde, segundo o §2º do mesmo art. 8º, ela tem “competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.”

¹¹ O evento foi divulgado pela Assessoria de Comunicação Social do Cade em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/compliance-concorrencial-sera-tema-de-seminario-em-sao-paulo>>. Acesso em: 17 de setembro de 2016.

¹² Todas as contribuições submetidas podem ser encontradas no Processo 08700.008222/2015-80, acesso disponível por meio do Sistema Eletrônico de Informações do Cade. A versão final do documento encontra-se em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf, acesso em 10 de jan. de 2017.

sobre esta evolução normativa¹³, mas cabe destacar o alinhamento do Brasil com outras jurisdições. Assim como o UK Bribery Act de 2011, a Lei 12.846/2013 veio em grande parte cumprir uma promessa feita para a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), quando da assinatura da Convenção Anti-Corrupção, de que o país se dedicaria à punição da corrupção internacional e à responsabilização das empresas enquanto pessoas jurídicas¹⁴. Ela também contém previsões sobre suborno nacional, mas este já era criminalizado em outros diplomas normativos – o próprio Código Penal possui dispositivo nesse sentido. A novidade foi de fato o destaque conferido a certos mecanismos da legislação, dentre os quais ressalta-se o compliance. O mesmo pode ser dito sobre a esfera concorrencial, já que muitas autoridades estrangeiras debatem hoje a melhor forma de endereçar estes programas e o melhor modo para incentivar sua adoção pelas empresas¹⁵.

2.1 Compliance como auto-regulação

Os programas de compliance costumam ser descritos como ferramentas de gestão de riscos. É verdade que o são, mas há uma outra característica que precisa ser enfatizada com afinco, a auto-regulação. Os programas deste tipo comportam uma faceta de aceitação, tanto pelo poder público, quanto pela entidade, de que é possível que a própria pessoa jurídica fiscalize seu cumprimento da lei, não propriamente pela análise das condutas praticadas, mas pela inserção de procedimentos a serem seguidos pela empresa.

Essa evolução se deu não só por conta da impossibilidade natural de o Estado tudo fiscalizar, mas também por conta do grande protagonismo conferido à ética e à moralidade nos negócios nos últimos tempos. Há impacto real e imediato nos negócios de empresas identificadas com práticas corruptas ou de alguma forma ilícitas: perda de oportunidades comerciais, queda do valor das ações, menor atratividade enquanto empregador, etc. Tudo isso

¹³ Uma comparação interessante da evolução legislativa internacional em defesa da concorrência e em corrupção pode ser encontrada em CARVALHO, Vinicius Marques de. “Defesa da Concorrência e Combate à Corrupção”. In: COUTINHO, Diogo R.; VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul; SCHAPIRO, Mario G. *Direito Econômico Atual*. São Paulo: Editora Método, 2015, pp. 141-158.

¹⁴ Conforme destacado pelo então secretário-executivo da CGU, Carlos Higino de Alencar, durante o seminário OECD-Cade Competition Summit: Public Procurement & Fighting Bid-Rigging. Disponível em: <http://jota.info/ao-vivo-seminario-cade-ocde-sobre-carteis-em-licitacoes-publicas>, acesso em 18 de novembro de 2016.

¹⁵ Brent Snyder, Deputy Assistant Attorney General da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, manifestou-se sobre o tema durante o Global Antitrust Enforcement Symposium em Georgetown. Ele destacou alguns dos pontos que o DOJ vem analisando nos programas de compliance concorrenciais, demonstrando a mudança de entendimento da autoridade e a relevância do assunto. Vide: <http://cartelcapers.com/blog/brent-snyder-explains-antitrust-division-approach-to-credit-for-compliance-programs/>, acesso em 02 de junho de 2016.

incentivou as entidades para que buscassem mecanismos internos de solução dos problemas, minimizando sua exposição.

Feita essa breve explanação sobre o cenário em que a discussão hoje está inserida, passo mais propriamente a discutir a realidade brasileira e, em especial, os dois modelos de tratamento – se é que podem ser chamados dessa forma – conferidos aos programas que convivem em nosso ordenamento, aquele adotado pelo Cade e aquele próprio da CGU.

3. Cade e CGU – enfoques diferentes, problemas semelhantes?

Os programas de integridade analisados pela CGU e os programas de compliance concorrencial analisados pelo Cade são distintos por um motivo principal: eles buscam promover comportamentos conformes em searas diferentes. Estas searas são diferentes não apenas porque estão voltadas a diplomas normativos distintos, mas também, e principalmente, porque a lógica que embasa ilícitos concorrenciais e ilícitos anticorrupção não é a mesma.

Ambos os tipos de condutas se verificam, no mais das vezes, com aparência de legalidade, ou seja, descobrir se o ilícito de fato ocorreu não depende tão somente de observar a realidade, depende também de um conjunto probatório consistente. No caso do ilícito antitruste, pela própria natureza da atividade envolvida, é comum que a conduta se protraia no tempo e exija a combinação de diversos atos concatenados – pensando no ilícito mais conhecido, o cartel, é razoável admitir que a probabilidade de que um funcionário isolado numa empresa tenha capacidade de montar um esquema cartelizador é baixa. Ainda que isso também possa ser verdade no caso da corrupção, corromper em si pode perfeitamente ser um ato isolado, praticado por um indivíduo sozinho para obter uma vantagem facilmente identificável – exemplo seria o suborno de um funcionário público para se obter uma determinada licença, necessária para que a empresa opere numa dada região.¹⁶

Não obstante, há uma área de conexão entre concorrência e corrupção a qual, ainda que esteja longe de representar a totalidade de ilícitos em qualquer uma das duas esferas, ganha relevância por conta do destaque que a política de defesa da concorrência e a política de

¹⁶ Há um outro aspecto que difere bastante em um e outro caso: a relação do ilícito com a autoridade pública. Enquanto no caso da defesa da concorrência a prática envolve tão somente agentes privados, o mesmo não é verdade no caso do combate à corrupção, em que um agente público é condição essencial para que o ilícito se verifique. Essa diferença gera uma série de desafios e debates, especialmente em relação à adoção dos acordos de leniência como ferramenta-chave para o combate à conduta corrupta, visto que, diferentemente do que se observa nos casos de cartéis, o ilícito punível pela Lei 12.846/2013 no mais das vezes não envolve o dilema do prisioneiro que justifica sua adoção pela autoridade antitruste. Tratarei deste ponto com mais profundidade no item 3.2.

combate à corrupção tem a ela conferido, qual seja, aquela voltada a cartéis em licitação¹⁷. Além das próprias acusações da Operação Lava-Jato, muitas das quais estão voltadas precisamente a fraudes a procedimentos licitatórios, os esforços de Cade e CGU em lidar com o problema de contratação pública é notório, sendo que o número de casos investigados e condenados tem crescido nos últimos anos, bem como os esforços para desenvolvimento de mecanismos de identificação de padrões suspeitos de atuação por parte das companhias¹⁸¹⁹.

Se é assim, parece relevante verificar as formas pelas quais as autoridades têm lidado com o compliance, pois é razoável admitir que muitas empresas, ao estruturarem seus programas, terão preocupações relacionadas tanto ao combate à corrupção quanto à defesa da concorrência e precisarão adotar um modelo que siga os parâmetros aceitos pelo poder público. Se esses parâmetros forem por demais divergentes, elas terão de optar por alguns deles em detrimento de outros, o que pode gerar dificuldades para análise da coerência e da robustez dos mecanismos.

3.1 Check-list versus boa-fé

A primeira grande diferença entre o modo de tratamento da CGU em comparação àquele do Cade provém da estruturação da legislação. Enquanto a Lei 12.846/2013 e o Decreto 8.420/2015 falam claramente em programas de integridade, além de definirem percentuais exatos de diminuição das multas e critérios a serem verificados em cada programa para determinar sua robustez na forma de uma check-list²⁰, a Lei 12.529/2011 em nenhum momento

¹⁷ Aqui cumpre uma breve digressão. Existe hoje um debate, que de momento mantém-se na esfera acadêmica, mas que em breve deve chegar aos tribunais, sobre o possível *bis in idem* das leis 12.529/11 e 12.846/13 em matéria de cartel em licitação. Essa preocupação é tão sensível que a já mencionada medida provisória editada em 2015 (MPV 703/2015) tentava eliminar o problema com a seguinte previsão: “§ 2º Se não houver concurso material entre a infração prevista no caput e os ilícitos contemplados nesta Lei, a competência e o procedimento para celebração de acordos de leniência observarão o previsto na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e a referida celebração contará com a participação do Ministério Público.” (NR)”. Como a MP não foi convertida em lei, a questão permanece no ordenamento jurídico. Há projetos de lei em trâmite no Congresso que de alguma forma lidam com essa questão, como o PL 3636/20115, que hoje apensa propostas como a do PL 5208/2016 e do PL 4703/2016.

¹⁸ Um exemplo disso é a criação do Observatório da Despesa Pública, pela CGU, que inclusive tem compartilhado base de dados com o Cade no intuito de aumentar a eficiência das investigações. Mais sobre o Observatório pode ser encontrado na submissão brasileira ao Global Forum on Competition Defense da OCDE, disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF/WD\(2014\)48&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF/WD(2014)48&docLanguage=En), acesso em 08 de março de 2016.

¹⁹ Ressalte-se que o Cade condenou empresas recentemente, em um cartel em licitação, exclusivamente com base em provas indiretas, também chamados de econômicas. O inteiro teor da decisão encontra-se no Processo Administrativo 08012.001273/201024.

²⁰ Os incisos do art. 45 do Decreto 8.420/2015 fornecem dezesseis critérios para avaliação da existência e da aplicação dos programas de integridade. São eles: “I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código

menciona a palavra *compliance* (ou qualquer equivalente). Como destacado no *Guia do para Programas de Compliance Concorrencial* do Cade, os programas serão analisados com base nessa legislação via art. 45, II, o qual diz: “Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração **a boa-fé** do infrator” (grifos meus).²¹

É o próprio *Guia* o responsável por criar critérios para programas robustos e parâmetros de avaliação, mas tais parâmetros não terão força normativa, podendo ser adaptados a depender do caso concreto, uma vez que o *Guia*, ainda que norteie a atuação do Cade, é meramente sugestivo.

A CGU, além dos diplomas já mencionados, editou ainda a Portaria nº 909, de 7 de abril de 2015 e duas Instruções Normativas nº 1/2015 e nº 2/2015. As instruções tratam do critério de faturamento bruto utilizado na legislação para determinar multas e do registro de informações no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).²² A portaria dispõe sobre a avaliação de programas de *compliance* de pessoas jurídicas e determina uma série de procedimentos aos quais empresas

de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.”

²¹ Ainda que não seja o objetivo desse artigo debater os casos em que programas de *compliance* concorrencial possam vir a minimizar penalidades, cumpre observar que tais diminuições poderão ocorrer tanto em casos de aplicação de multas – ou seja, quando propriamente tratar-se de uma condenação pelo Tribunal Administrativo – quanto em casos de contribuições pecuniárias – é dizer, quando da homologação de Termos de Compromisso de Cessação. O *Guia de Termos de Compromisso de Cessação* para casos de cartel, publicado pelo Cade em maio de 2016, contém previsões específicas sobre como eventual redução se dará em contribuições pecuniárias. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf, acesso em: 10 de setembro de 2016.

²² Textos completos da Portaria e das Instruções Normativas podem ser encontrados em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2015/04/cgu-disciplina-procedimentos-para-processos-de-responsabilizacao-de-empresas>, acesso em 2 de agosto de 2016.

interessadas em receber os descontos mencionados na Lei e estipulados em concreto no Decreto 8.420/2015 devem submeter-se.

Em outras palavras, enquanto o Cade parece ter optado por um modelo de criação de parâmetros que se vale da experiência adquirida na análise de casos individuais e busca adequar o entendimento sobre a legislação a situações concretas – que, cumpre dizer, é coerente com a forma pela qual a autarquia tem atuado ao longo dos anos –, a CGU trilhou um caminho em que os parâmetros são plenamente determinados *ex ante*.

3.2 Incentivos

A segunda diferença advém da estrutura de incentivos do SBDC em comparação àqueles à disposição da política de combate à corrupção, e os impactos de tais incentivos na adoção de programas de compliance. Estes incentivos se relacionam tanto (i) aos mecanismos implementados por cada política quanto (ii) à lógica que perpassa o tipo de ilícito investigado.

Antes de entrarmos nos pormenores destes dois pontos, vale ressaltar que existe um debate ferrenho, na academia e também entre as próprias autoridades (especialmente aquelas de defesa da concorrência) a respeito da concessão de incentivos na forma de descontos em multa. Famosa discussão entre Wouter Wils e Damien Geradin, ambos renomados professores da área de defesa da concorrência e cada qual defendendo um ponto de vista, retrata os argumentos para cada tipo de posicionamento.

Wils, em *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement*, faz um relato de quatro tipos ideais de empresas e os efeitos que a exigência de instalação de compliance – ou a concessão de descontos para aquelas empresas que o possuem – tem sobre cada entidade²³. Os tipos são os seguintes:

- A empresa 1 é aquela que cumpre a legislação à risca. Nunca teve qualquer problema com as autoridades, tem uma diretoria que vê no descumprimento da lei uma verdadeira ofensa e, portanto, todos seus funcionários compreendem a importância em agir de maneira ética e moral. Essa empresa não tem um programa de compliance;
- A empresa 2, por outro lado, já foi diversas vezes investigada e condenada por práticas ilícitas. A diretoria, ao tomar conhecimento dos fatos, imediatamente

²³ WILS, W. *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement*. *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 1, Issue 1, April 2013.

alterou a estrutura interna da entidade, contratou novos funcionários para os altos cargos e um novo diretor de compliance. Todos os funcionários claramente perceberam a mudança de cultura que se desejava implementar, ainda que em detrimento do faturamento da empresa;

- A empresa 3 tem um perfil semelhante a 2, no sentido de que também já foi investigada e condenada pelas autoridades. No entanto, a diretoria da organização, ao tomar conhecimento dos fatos, optou por instalar um programa de compliance não para acabar com os ilícitos, mas sim para se proteger de penalidades. Mesmo com o novo programa, o que é exigido dos funcionários com grande ênfase é a performance acima de tudo;
- A empresa 4 é aquela claramente mal-intencionada. Sua diretoria não só já cometeu ilícitos, como foi contratada exatamente pela capacidade em cometê-los sem ser descoberta pelas autoridades. Decidiu-se pela estruturação de um programa de compliance, nos mais altos padrões, sendo que a diretoria elaborou um complexo esquema para enganar a própria equipe de compliance e continuar praticando atos ilegais.

Segundo o autor, temos aqui ao menos um exemplo de empresa que possui um programa de compliance sem qualquer efetividade, e uma empresa que não possui o programa mas cumpre à risca a legislação. Isso seria suficiente para demonstrar que instituir uma política de descontos não só é ineficiente, como também não incentiva de fato o cumprimento da legislação. Para Wils, tudo que a política de descontos consegue fazer é induzir à adoção de programas de compliance, o que é bastante diferente de incentivar o efetivo cumprimento da lei.

Damien Geradin respondeu aos argumentos de Wils no trabalho *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils*. O principal ponto que ele busca rebater, em relação aos quatro tipos ideias identificados, é que a descrição de Wils trata os programas de compliance no seu aspecto meramente formal, ignorando a robustez da estrutura na prática. É evidente, para Geradin, que compliance efetivo vai muito além da estruturação do programa no papel. O que importa é saber se os programas de prevenção têm efeito positivo naquelas empresas que não pertencem aos extremos, ou seja, aquelas como 1, que fariam a coisa certa de qualquer forma, e como 4, que não seguiriam a lei

independentemente do cenário apresentado. Seu entendimento é que isso acontece com a inserção de incentivos como os descontos²⁴.

Admitindo que Geradin foi o “argumento vencedor” no debate deflagrado no contexto brasileiro, passemos ao ponto (i), para tratar dos mecanismos implementados por cada política. Por conta da já mencionada experiência da política de defesa da concorrência e de sua consolidação, as alternativas para os infratores da Lei 12.529/2011 que desejam de alguma forma encontrar uma solução negociada são mais amplas. Além do programa de leniência²⁵, há os termos de compromisso de cessação (TCCs)²⁶ e, para o caso de condutas unilaterais, as consultas²⁷. Na política anticorrupção, por outro lado, temos apenas os acordos de leniência – os quais ainda são alvo de disputa entre CGU, Tribunal de Contas da União, Advocacia Geral da União e Ministério Público (MP), além de debatidos no próprio Congresso Nacional – e, para o caso de infrações criminais, as colaborações premiadas – que, não obstante sua relevância e considerável fortalecimento nos últimos anos, se estabeleceram de fato no Brasil apenas com a Lei 12.850/2013²⁸, sendo também muito recentes.

Entendo que, com exceção do caso de cartéis em licitação, ilícitos de corrupção não são infrações nas quais os mecanismos disponíveis às autoridades (delação) mostram-se plenamente adequados aos objetivos pretendidos. Isso porque, diferentemente do que ocorre no caso concorrencial, em que a leniência e os TCCs têm grande sucesso por conta da instabilidade inerente aos cartéis (nos quais a teoria econômica já diversas vezes afirmou existir uma tendência natural ao desrespeito às regras e à fuga do acordo ilícito²⁹), o mesmo não acontece no caso da corrupção – pelo contrário, como o ilícito aqui é majoritariamente bilateral³⁰, o incentivo para encobrir a infração é duplo e se consubstancia na soma da ausência de delação pelo infrator e da falta de investigação por parte da autoridade, pois ela é o alvo do próprio suborno.

Se é assim, é razoável admitir que o Cade, a fim de incentivar os programas de compliance, faça uso de seus mecanismos já instalados, ao ressaltar que empresas e

²⁴ GERADIN, D. Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2013.

²⁵ Artigos 86 e 87 da Lei 12.529/2011.

²⁶ Art. 85 da Lei 12.529/2011 e Resolução nº 5/2013.

²⁷ Art. 9, §§ 4º e 5º da Lei 12.529/2011 e Resolução nº 12/2015.

²⁸ Art. 3º, I da Lei 12.850/2014, que diz: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: colaboração premiada”.

²⁹ Um estudo particularmente interessante nesse sentido foi elaborado por LESLIE, Christopher R. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. *The Journal of Corporation Law*, Winter 2006, pp. 453-488.

³⁰ Majoritariamente, sim, mas não exclusivamente. A Lei tem previsão de punição a ilícitos que não precisam da atuação ou conivência do poder público para se consubstanciar.

organizações que possuam programas robustos terão melhores condições tanto de negociar uma leniência, quanto de assinar TCCs e de submeter consultas à autoridade. O mesmo não é verdade para a CGU – e talvez seja exatamente por isso que se entendeu pertinente a elaboração de um Decreto com critérios fixos para a avaliação do programa de integridade, e também por isso que o Cade não se sinta constrangido a fazer o mesmo³¹.

Não obstante, há um ponto que precisa ser destacado: os incentivos que empresas possuem para recorrer a mecanismos negociais não se confundem com os incentivos para a implantação de programas de compliance. Mesmo que incentivar uma solução negocial possa em alguns casos resultar no incentivo à adoção de compliance, esse resultado é casuístico, não necessário. Ao pensarmos na lógica da solução negocial, em comparação com a lógica do programa de compliance, essa conclusão se torna ainda mais clara: o compliance quer, a princípio, promover uma mudança na cultura corporativa que leve ao cumprimento da legislação. A solução negocial, por outro lado, quer encontrar modos alternativos para que a autoridade tome conhecimento de infrações, obtenha mais e melhores informações sobre um ilícito e minimize os custos de um procedimento alongado. Trata-se, portanto, de intenções distintas, ainda que conectadas.

4. Guia do Cade – as contribuições da sociedade e o contexto institucional

As diferenças acima expostas refletem-se nas contribuições que o Cade recebeu quando da abertura da versão preliminar do Guia de Compliance a comentários. Dentre as sugestões recebidas, é evidente o destaque que recebe a dosimetria das penalidades, um dos principais focos de debate.

Em relação a esse aspecto, foram diversas as manifestações que apontaram o Decreto 8.420/2015 como um modelo a ser seguido pelo SBDC, com estabelecimento de critérios fixos e previsíveis de diminuição das penalidades. O Instituto Compliance Brasil, por exemplo, chegou a sugerir a “(...) a adoção de um modelo similar ao trazido pela Lei 12.846/13, ao tratar da redução das penas a partir de um critério objetivo de redução de percentuais para cada item de compliance efetivamente implementado pela empresa, com destaque aos temas específicos de prevenção de práticas anticoncorrenciais”, a qual, em seu entender, seria bastante positiva.

³¹ Foi nesse sentido a manifestação do Presidente do Cade quando da realização de seminário sobre Direito da Concorrência na Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro. Os vídeos do evento estão disponíveis em: <http://epge.fgv.br/conferencias/seminario-topicos-do-direito-da-concorrencia-2015/video.html>, acesso em 15 de abril de 2016.

A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo foi além ao sugerir que “(...) o Guia para Programas de Compliance, elaborado pelo CADE, deva conter norma que afasta a aplicação das penalidades propostas pela lei anticorrupção quando constatado que a empresa investigada contenha programa efetivo, robusto e sério de compliance, uma vez que a adoção de medidas propostas nesse guia consubstanciam-se na boa-fé da pessoa jurídica na observância das regras de defesa à concorrência.”

Ainda sobre o assunto, várias foram as manifestações que questionaram a adoção do art. 45, II como solução para a determinação de possíveis mitigações. Dentre eles, destaca-se o quanto ressaltado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional:

O benefício da redução da multa deve ser entendido como um caso específico do poder-dever do Cade de considerar fatores atenuantes nos termos do art. 45 da LDC, caso esse detalhado por Guia aprovado pelo Plenário do Tribunal contendo os requisitos mínimos de programas de compliance considerados eficazes. O Cade continuará a ter discricionariedade para avaliar a robustez e efetividade dos programas de compliance; nada obstante, tal discricionariedade estaria vinculada, neste aspecto específico, aos termos propostos pelo próprio CADE.

Em outras palavras, uma vez reconhecido pelo Cade que o programa de compliance atende os requisitos expostos na seção 3.2.1, o Cade terá o poder-dever de conceder o benefício previsto em lei. A discricionariedade do Cade deve estar na avaliação da robustez do programa de compliance, e não na concessão do benefício previsto em lei. Este deverá ser concedido sempre que o Cade entender que o programa é robusto e atende os requisitos previstos na seção pertinente”.

Talvez o mais interessante, no entanto, não seja propriamente o conteúdo das preocupações externadas – que inclusive acredito pertinentes em diversos casos – mas a combinação entre conteúdo e entidade emissora. Isso porque, ao fazermos esse cruzamento, percebemos que as contribuições nacionais, emitidas por institutos, escritórios e empresas instalados no Brasil, estão voltadas principalmente à necessidade de segurança jurídica, ao desejo por critérios e parâmetros mais rígidos.

Por outro lado, as contribuições estrangeiras, que vieram majoritariamente dos Estados Unidos³², têm outro enfoque. O que se busca é enfatizar a importância da análise de riscos, a diferença entre compliance destinado a riscos de condutas colusivas e condutas unilaterais, a discussão sobre *whistleblowers* e, no que tange propriamente à dosimetria da pena, o debate sobre o momento em que a análise será feita e em relação a quais tipos de programas de compliance eventuais diminuições de multa serão aplicadas – àqueles instalados antes da

³² O Cade recebeu contribuições da American Bar Association (ABA), da International Bar Association e da US Chamber of Commerce.

infração ou àqueles instalados depois dela³³. Em nenhum momento qualquer uma das entidades cita o critério da boa-fé como problemático ou pouco assertivo, ainda que demonstrem uma preocupação com a coerência dos parâmetros utilizados.

Essa diferença de abordagem pode decorrer de uma série de fatores. Pode relacionar-se ao fato de que nenhuma das organizações internacionais atua diretamente no Brasil, e portanto sua preocupação com a segurança jurídica é naturalmente menor. Pode também decorrer de uma decisão das diretorias em dar prevalência a certas questões do *Guia*, em detrimento de outras, por mera conveniência. Mas é igualmente possível que essa divergência decorra de um fator institucional mais relevante e interessante: a diferença da cultura jurídica brasileira e norte-americana (e, de forma ainda mais abrangente, da cultural do *civil law* em comparação ao *common law*).

A preocupação das entidades brasileiras parece ser reflexo de uma preocupação mais generalizada sobre o funcionamento do sistema jurídico. O que se busca é a certeza de um resultado, certeza esta que será conferida por meio da criação de parâmetros pré-estabelecidos. Esse tipo de alternativa engessa o sistema ao conferir menor discricionariedade à autoridade – se por um lado isso é positivo, porque a parte interessada tem maior segurança no desfecho do caso, por outro torna o sistema muito pouco maleável. Essa realidade é refletida na grande resistência ao estabelecimento de alternativas à via judicial – a arbitragem e a mediação ganharam relevância no Brasil apenas recentemente –, à ainda presente separação rígida entre vias administrativa e judicial, à pluralidade de instâncias recursais, etc. De outro lado, os americanos, mais acostumados ao tratamento caso-a-caso das questões e à avaliação *a posteriori* promovida pelas autoridades, não se incomodam tanto com a ausência de definição para margens de desconto, estando mais preocupados com a lógica que será utilizada para declarar um programa robusto ou não.

Com essas observações quero destacar que o debate sobre compliance e sobre mecanismos de incentivos como um todo não pode estar descolado de uma discussão jurídico-institucional, sob pena de não encontrar eco na prática das organizações e, assim, ser abandonado enquanto alternativa viável para promoção de comportamentos conformes. Não pretendo concluir que o modelo do Cade (mais próximo de um sistema aberto e maleável) seja melhor ou pior que o da CGU (mais próprio de modelos rígidos e fortemente preocupados com a segurança jurídica), mas apenas ressaltar que, a menos que exista compreensão dos motivos

³³ Aqui, inclusive, destaca-se a colaboração submetida pela ABA, que aborda diversos destes pontos e faz um overview tanto útil quanto interessante sobre o andamento da discussão nos Estados Unidos.

pelos quais se dá preferência a uma alternativa ou à outra, bem como da adequação do modelo de incentivos à realidade institucional, a probabilidade de sucesso de qualquer uma das opções é bastante baixa.

5. Observações finais

A adoção de programas de compliance como estratégia do poder público para o cumprimento da legislação é uma iniciativa recente no Brasil. Como toda iniciativa recente, é preciso testá-la, aprimorá-la, aprender com os erros apresentados num primeiro momento e buscar ajustá-los. No caso do compliance, talvez o desafio seja ainda maior, já que ele trata primordialmente de estratégias de prevenção de ilícitos, portanto medir seu sucesso significa medir o que nunca chegou a acontecer.

O Cade e a CGU apresentam estratégias que, conforme a análise aqui empreendida, pretendem endereçar este desafio de maneira distinta. As iniciativas destas autoridades são o passo inicial para entender a relevância do compliance e trazê-lo em definitivo para o nosso ordenamento jurídico. Resta agora acompanhar o debate internacional e buscar convergência entre as discussões, tanto das autoridades brasileiras com seus pares estrangeiros, quanto delas entre si, para adaptá-lo à realidade institucional do Brasil de forma coesa e eficiente.

6. Referências Bibliográficas

CARVALHO, Vinicius Marques de. “Defesa da Concorrência e Combate à Corrupção”. In: COUTINHO, Diogo R.; VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul; SCHAPIRO, Mario G. *Direito Econômico Atual*. São Paulo: Editora Método, 2015, pp. 141-158.

CONNOLLY, Robert. “Brent Snyder Explains Antitrust Division Approach to Credit for Compliance Programs”. *Cartel Capers*, 30 de setembro de 2015.

GERADIN, D. *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils*. Journal of Antitrust Enforcement, 2013.

Guia para Programas de Compliance Concorrencial. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Novembro de 2015.

Guia para Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Maio de 2016.

International Chamber of Commerce Antitrust Compliance Toolkit. 2013.

Lachnit, Eva, (2014). Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities. *Utrecht Law Review*. 10(5), pp. 31–50.

LESLIE, Christopher R. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. *The Journal of Corporation Law*, Winter 2006, pp. 453-488.

Organization for Economic Co-operation and Development. Global Forum on Competition – Fighting Corruption and Promoting Competition. Contribution from Brazil. DAF/COMP/GF/WD(2014)48.

Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas. Controladoria Geral da União. Setembro de 2015.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. “O Novo Cade no Cenário Internacional”. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, pp. 65-73.

WILS, W. *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement*. *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 1, Issue 1, April 2013.

Antitrust compliance and compliance programmes: Corporate tools for competing safely in the marketplace. *Autorité de la Concurrence*. 2012.

Aplicações de Técnicas de Séries Temporais na Delimitação de Mercado Relevante: A experiência do CADE

Simone Maciel Cuiabano³⁴
João Carlos Nicolini de Moraes³⁵
Lucas Campio Pinha³⁶

RESUMO

Uma questão chave para a análise de atos de concentração na defesa da concorrência é a delimitação do mercado relevante. A aplicação de técnicas de séries temporais pode ser útil nesse processo, cuja principal vantagem é que apenas séries de preços são necessárias, permitindo estimativas relativamente rápidas. O objetivo deste trabalho é fazer um apanhado das principais técnicas de séries temporais utilizadas na delimitação dos mercados relevantes e fazer uma análise qualitativa dos votos e pareceres técnicos dos casos envolvendo a discussão sobre a aplicação de séries de tempo na definição de mercado relevante submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Nessa análise, em que pese a importância do uso de técnicas de séries de tempo para a delimitação do mercado relevante, fica clara a necessidade de uma avaliação criteriosa, por parte dos analistas, quanto aos pressupostos usados no modelo, para que ele seja o mais crível possível.

Palavras-chave: Séries temporais; Mercado relevante; Regulação antitruste.

ABSTRACT

A key issue for the analysis of mergers in antitrust is the relevant market definition. The application of time-series techniques can be useful in this process, since only price series are required for the analysis, allowing relatively rapid estimates. The objective of this work is to make an overview of the main time-series techniques used in the delineation of the relevant markets and make a qualitative analysis of the votes and technical notes of the cases involving the discussion of the application of time series in the relevant market definition submitted to the Brazilian Antitrust Authority (CADE). In this analysis, despite the importance of using time series techniques for defining the relevant market, there is a clear need for a careful assessment by analysts so the model is the most robust and believable as possible.

Keywords: Time series; Relevant market; Antitrust regulation.

Classificação JEL: K21; L40; C22

³⁴ Doutora em Economia pela Universidade de Brasília. Atualmente, é Pesquisadora Associada do Departamento de Economia da Toulouse School of Economics, licenciada do cargo de Auditora Federal de Finanças e Controle. Economista-Chefe Adjunta do CADE entre 2014-2016. E-mail: simone.cuiabano@tse-eu.fr; scuiabana@cade.gov.br.

³⁵ Mestre em Economia pela Universidade de Brasília e doutorando em Economia pela mesma Universidade. Coordenador do Departamento de Estudos Econômicos do CADE entre 2015-2017. E-mail: joaocarlosnicolini@gmail.com.

³⁶ Doutorando em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa. E-mail: lucascpinha@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Dados em séries temporais; 3. Técnicas de análise com duas ou mais variáveis; 3.1. Técnicas com séries estacionárias; 3.1.1. Correlação simples e correlação parcial; 3.1.2. Vetores auto-regressivos (VAR); 3.2. Técnicas com séries não estacionárias 3.2.1. Engle-Granger; 3.2.2. Cointegração de Johansen; 4. A jurisprudência recente sobre métodos de séries temporais para a definição de mercado relevante. 4.1. Braskem-Quattor; 4.2. Braskem-Solvay; 4.3. Videolar e Innova; 5. Conclusões; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Uma questão chave para a análise de atos de concentração na defesa da concorrência, como recomendado pelos Guias de Análise utilizados no Brasil e em outros países, é a delimitação do mercado relevante. O mercado relevante é a unidade de análise para avaliação das consequências de práticas anticompetitivas. Em outras palavras, ele define a fronteira da concorrência entre as firmas, tanto no aspecto geográfico, quanto no de produto. A importância para a análise dos atos de concentração reside no fato que uma delimitação incorreta do mercado relevante pode comprometer as estimativas das consequências de uma fusão/aquisição. Por exemplo, uma delimitação muito restrita provavelmente resultaria em *market shares* superestimados por partes das firmas envolvidas. Por outro lado, uma delimitação muito ampla incluirá produtos e locais que não deveriam ser considerados no mercado relevante, subestimando as estimativas de *market share* e os possíveis efeitos do ato de concentração.

Metodologias distintas são utilizadas para delimitar mercados relevantes. DEE/GTME (2010) ressalta a importância do Teste do Monopolista Hipotético (TMH), no qual o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços. Além do TMH, outras metodologias incluem a taxa de desvio (considera o grau de substituição ou competição entre dois ou mais produtos), o *shipment test* (considera o volume significativo de comércio), os estudos de eventos e as pesquisas qualitativas. Alguns casos concretos de atos de concentração no Brasil e as respectivas metodologias utilizadas estão presentes em DEE/GTME (2010).

Neste contexto, a aplicação de técnicas de séries temporais pode ser útil nesse processo, desde que bem aplicadas. A principal vantagem destas técnicas é que apenas séries de preços são necessárias, permitindo estimações relativamente rápidas e úteis na análise. O objetivo deste trabalho, portanto, é fazer um apanhado das principais técnicas de séries temporais utilizadas

na delimitação dos mercados relevantes e fazer uma análise qualitativa dos votos e pareceres técnicos dos casos envolvendo a discussão sobre a aplicação de séries de tempo na definição de mercado relevante submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Nessa análise, em que pese a importância do uso de técnicas de séries de tempo para a delimitação do mercado relevante, fica clara a necessidade de uma avaliação criteriosa, por parte dos analistas, quanto aos pressupostos usados no modelo, para que ele seja o mais crível possível.

O trabalho divide-se da seguinte forma: na segunda seção são abordadas as características das séries temporais no contexto da econometria; na terceira seção são apresentadas as principais técnicas de séries temporais utilizadas na análise antitruste no Brasil; na quarta seção são apresentados três casos de ato de concentração julgados pelo CADE no qual as técnicas de séries temporais desempenharam um papel central; por fim, a quinta seção contém as conclusões e as principais limitações com relação a estas técnicas.

2. Dados em séries temporais

De acordo com Wooldridge (2002), a econometria é baseada no desenvolvimento de métodos estatísticos para estimar relações econômicas, testar teorias e valorar políticas e ações do setor público e privado. Esta é uma definição bastante ampla e abarca uma série de metodologias que foram desenvolvidas com o passar do tempo. Todavia, é possível distinguir três grandes grupos com relação às características dos dados nos modelos econométricos: *cross-section*, séries temporais e dados em painel. Um modelo econométrico em *cross-section* ocorre quando todas as variáveis referentes às unidades de análise estão no mesmo período de tempo, como por exemplo a Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar (PNAD) ou a Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF), ambas realizadas pelo IBGE. Desta forma, cada unidade de análise constitui uma observação. Já as séries temporais ocorrem quando a unidade de análise é acompanhada ao longo do tempo, portanto o número de observações é igual ao tempo da amostra, como por exemplo a evolução da taxa de juros nominal no Brasil nos últimos dez anos. Por fim, um painel é uma junção de ambos, ou seja, várias unidades de análise são acompanhadas por um período de tempo. Desta forma, as observações variam de acordo com o tempo e de acordo com a unidade de análise.

Cada um dos grupos supracitados apresenta suas características. Concentrando a atenção nos modelos de séries temporais, estes estudam a dinâmica ou a estrutura temporal dos dados

por meio de modelos capazes de interpretar, prever e testar hipóteses referentes aos dados. Segundo Enders (2009), a análise de séries temporais concentra-se na relação entre uma variável de interesse e seus valores defasados, outras variáveis explicativas e componentes aleatórios.

Alguns conceitos são fundamentais para a análise de séries temporais. As observações são resultados de processos estocásticos, isto é, cada valor obtido no tempo é uma realização de um processo aleatório. Daí surge o conceito de “*estacionariedade*”. Séries temporais estacionárias são realizações de processos estocásticos estacionários, em que as características probabilísticas não são alteradas ao longo do tempo. As séries devem ser estacionárias para que estimações e previsões sejam possíveis.

Em Bueno (2009), encontramos duas formas de estacionariedade. Uma série temporal $\{y_t, t \in Z\}$ é *estritamente estacionária* se sua função de distribuição conjunta for invariante no tempo, ou seja:

$$F(y_{t_1}, y_{t_2}, y_{t_3}, \dots, y_{t_k}) = F(y_{t_1+h}, y_{t_2+h}, y_{t_3+h}, \dots, y_{t_k+h}), \text{ para todo } h \in Z \quad (1)$$

Porém, este é um conceito difícil de ser verificado na prática por ser muito restritivo. Por este motivo, o mais usual é trabalhar com a condição de *estacionariedade fraca*. Uma série temporal $\{y_t, t \in Z\}$ é *fracamente estacionária* se sua média, variância e covariância forem constantes no tempo, isto é:

$$E(y_t) = \mu \quad (2)$$

$$E(y_t - \mu)^2 = \gamma_0 < \infty \quad (3)$$

$$E = (y_t - \mu)(y_{t-j} - \mu) = \gamma_j \quad (4)$$

A expressão (2) é a condição da média constante, a expressão (3) a condição da variância constante e finita e a expressão (4) a condição da covariância depender apenas da defasagem j , e não de t .

A forma mais rigorosa de verificar a estacionariedade de uma série é por meio dos testes de raiz unitária. Em geral, estes testes visam compreender se uma série tem o comportamento de um passeio aleatório (*random walk*). Considere a seguinte regressão:

$$y_t = \rho y_{t-1} + u_t \quad (5)$$

Este processo será um passeio aleatório (há uma raiz unitária³⁷) se $\rho = 1$. Neste caso:

$$y_t - y_{t-1} = u_t \quad (6)$$

Ou seja, a primeira diferença da série é igual ao termo de erro, que por definição é estacionário por ser um ruído branco (média zero, variância constante e não autocorrelacionada). É comum denotar as séries estacionárias em primeira diferença como séries I(1), isto é, integradas de ordem um. No caso de $|\rho| < 1$ em (5) a série é um processo estacionário. Diversos testes foram propostos na literatura com o objetivo de verificar a estacionariedade, entre eles os testes de Dickey-Fuller, Dickey-Fuller aumentado, Phillips-Perron e KPSS.

A condição de estacionariedade é fundamental para a análise de séries univariadas e multivariadas. Um modelo univariado é baseado em uma única série de dados, isto é, a série é modelada em função de choques aleatórios (médias móveis (MA)) e valores defasados (auto regressivos (AR)), de modo que seja possível obter previsões. Todavia, os modelos univariados não são utilizados para a delimitação de mercados relevantes justamente porque a ideia é verificar o grau de integração entre distintos produtos e locais, resultando em mais de uma série de dados. Nas análises de atos de concentração o usual é trabalhar com modelos multivariados, que consistem em analisar o comportamento de duas ou mais séries e concluir se as mesmas tendem a configurar ou não um mesmo mercado relevante. A seguir são apresentados os principais métodos aplicados neste tipo de análise, diferenciado as técnicas adequadas para quando as séries são estacionárias das técnicas indicadas no caso de séries não estacionárias.

3. Técnicas de análise com duas ou mais variáveis

3.1 Técnicas com séries estacionárias

3.1.1 Correlação simples e correlação parcial

A correlação é um conceito bastante difundido na estatística e pode ser útil na delimitação de mercados relevantes. A correlação simples entre duas variáveis x e y pode ser expressa por:

³⁷ Séries de tempo podem possuir mais de uma raiz unitária, porém isto não é usual em dados econômicos.

$$\rho_{xy} = \frac{cov(x,y)}{\sqrt{[var(x)var(y)]}} \quad (7)$$

No contexto de séries temporais e seguindo a notação proposta em Haldrup (2003) a correlação simples pode ser definida como:

$$\rho_{xy} = \frac{\sum_{t=1}^T (x_t - \bar{x})(y_t - \bar{y})}{\sqrt{[\sum_{t=1}^T (x_t - \bar{x})^2 \sum_{t=1}^T (y_t - \bar{y})^2]}} \quad (8)$$

Em que $\bar{x} = \frac{1}{T} \sum_{t=1}^T x_t$ e $\bar{y} = \frac{1}{T} \sum_{t=1}^T y_t$, isto é, os valores esperados de cada série. O coeficiente de correlação, portanto, está contido no intervalo $[-1,1]$, indicando uma relação negativa perfeita no extremo inferior e uma associação positiva perfeita no extremo superior. De forma intuitiva, um mercado relevante (geográfico ou de produto) tende a apresentar um grau de correlação alto entre os preços devido à arbitragem. Conforme exposto em DEE/CADE (2010), se em um mercado relevante uma região apresenta um incremento no preço os consumidores preferirão comprar de outra região, o que tende a reduzir o preço na primeira e elevar na segunda. Da mesma forma, os ofertantes venderão seus produtos na região em que o preço é maior, resultando na equalização dos preços ao longo do tempo.

Dois principais cuidados devem ser tomados na análise de correlação. O primeiro deles é que as séries devem ser estacionárias, caso contrário haverá uma alta probabilidade de obter correlações espúrias. Este problema ocorre quando é obtido um coeficiente elevado de correlação, porém não há razões teóricas e lógicas para correlacionar as variáveis. Estatisticamente o problema está relacionado ao comportamento da série: uma série não estacionária apresenta os três primeiros momentos (média, variância e covariância) variantes no tempo e um comportamento de passeio aleatório. De acordo com Forni (2004), isto implica que as previsões de longo prazo da série não são iguais à média e a variância tende a crescer ilimitadamente. Portanto, um alto grau de correlação entre duas séries seria uma coincidência estatística, e não uma relação de co-movimento causal ao longo do tempo.

O segundo cuidado é referente ao impacto que outros fatores exercem nas séries de tempo. Suponha que o objetivo seja delimitar o mercado relevante de gasolina em uma cidade com dois postos de combustíveis. Cada um deles determina seus preços (pressupondo a inexistência de colusão) e apresenta sua própria série de tempo para o preço da gasolina. Todavia, o governo decide elevar um imposto sobre a comercialização de gasolina, portanto os preços serão elevados em ambos os postos sem que tenha havido uma relação direta ou causal

entre eles. A correlação entre os preços terá aumentado devido a um choque externo. O ideal é que fatores externos sejam retirados da análise de correlação para que o mercado seja definido apenas pela atuação dos consumidores e ofertantes por meio da integração e arbitragem. Tem-se, desta forma, a correlação parcial, definida por Haldrup (2003) como a correlação entre séries de preços ajustadas sem a interferência de fatores comuns externos.

Mantendo o exemplo dos preços da gasolina é possível retirar o efeito da decisão governamental por meio das seguintes regressões:

$$x_t = \hat{\beta}_0 + \hat{\beta}_1 D_t + \hat{u}_{1t} \quad (9)$$

$$y_t = \hat{\beta}_2 + \hat{\beta}_3 D_t + \hat{u}_{2t} \quad (10)$$

Em que x_t e y_t são as séries de preço dos postos de gasolina e D_t é uma *dummy* que assume valor 1 nos meses em que houve o aumento do imposto. Os resíduos \hat{u}_{1t} e \hat{u}_{2t} podem ser interpretados como as séries de preços livres da influência externa, portanto uma análise de correlação entre estes resíduos constitui uma análise de correlação parcial. Como os resíduos são ruídos brancos (com média zero), a correlação parcial teria a seguinte forma:

$$\rho_{xy|D_t} = \frac{\sum_{t=1}^T \hat{u}_{1t} \hat{u}_{2t}}{\sqrt{[\sum_{t=1}^T (\hat{u}_{1t})^2 \sum_{t=1}^T (\hat{u}_{2t})^2]}} \quad (11)$$

Cabe ressaltar que possíveis choques externos devem ser analisados com cautela caso a caso, sendo este apenas um exemplo. Para a análise de correlações parciais pode ser necessário retirar efeitos sazonais, políticas governamentais, choques externos na demanda, entre outros fatores. Todavia, a ideia é mesma do exemplo analisado.

Outro problema apontado por Davis e Garcés (2012) quanto ao uso de correlações de preços na delimitação de mercado relevante diz respeito à compreensão do que está por trás do comportamento dos preços de dois produtos diferenciados. Esse tipo de avaliação parte do pressuposto de que o determinante da co-movimentação de preços é primariamente o comportamento do consumidor, que substitui um produto pelo outro. Contudo, há outros fatores a serem considerados, não necessariamente relacionados ao comportamento do consumidor, que podem gerar um falso positivo e correlações espúrias.

3.1.2 Vetores auto-regressivos (VAR)

De acordo com Lutkepohl e Kratzig (2004), nos modelos VAR as variáveis são geralmente tratadas como endógenas (é possível incluir componentes exógenos, como *dummies*, tendência, entre outros). As séries são modeladas em termos dos próprios valores defasados, constituindo vetores de variáveis e matrizes de coeficientes a serem estimados. Desta forma é possível compreender se uma variável impacta nas demais, o que é bastante útil na delimitação de mercados relevantes. De forma geral, um VAR de ordem p com k variáveis pode ser representado por:

$$Y_t = A_1 Y_{t-1} + A_2 Y_{t-2} + \dots + A_p Y_{t-p} + u_t \quad (12)$$

Em que Y_t é um vetor que contém as $(Y_{1t}, Y_{2t}, \dots, Y_{kt})$ variáveis estacionárias, as matrizes A_i ($i = 1, \dots, p$) são as matrizes dos coeficientes e $u_t = (u_{1t}, u_{2t}, \dots, u_{kt})$ é a matriz que contém os termos de erro de cada variável. O modelo (12) é conhecido como um VAR em sua forma reduzida (ou irrestrito), isto porque é um modelo atóxico que não possui restrições e relações com base na teoria econômica. A partir de um VAR irrestrito é possível obter um VAR estrutural por meio da ortogonalização do termo de erro. Este processo consiste em transformar o modelo para que a matriz de variância e covariância dos erros seja uma matriz diagonal, ou seja, a diagonal principal indicaria as variâncias dos erros e não haveria covariância entre erros contemporâneos. Para mostrar como este processo ocorre, a matriz de variância e covariância dos erros em (12) pode ser expressa por $\sum_u = E(u_t u_t')$. Sendo \sum_u uma matriz simétrica, positiva e definida, há uma matriz P não singular tal que $\sum_u = P D P'$, em que D é uma matriz diagonal, portanto $P^{-1} \sum_u P'^{-1} = D$. Uma forma de diagonalizar a matriz de variância e covariância é multiplicar (12) por P^{-1} , culminando em:

$$P^{-1} Y_t = P^{-1} A_1 Y_{t-1} + P^{-1} A_2 Y_{t-2} + \dots + P^{-1} A_p Y_{t-p} + v_t \quad (13)$$

Em que v_t é o novo vetor dos termos de erro, definido por $v_t = P^{-1} u_t$ e a nova matriz de variância e covariância dos erros é dada por $\sum_v = E(v_t, v_t') = P^{-1} E(u_t u_t') P'^{-1} = P^{-1} \sum_u P'^{-1} = D$, portanto uma matriz diagonal. O modelo (13) é um VAR estrutural ou restrito, isto porque a transformação realizada impõe uma série de relações contemporâneas por meio de P^{-1} . Maiores detalhes podem ser vistos em Johnston e DiNardo (1997) e Lutkepohl e Kratzig (2004).

O número de defasagens (p) a ser especificado em um VAR geralmente é definido pelos critérios de seleção baseados na função de máxima verossimilhança, sendo os critérios de Akaike e o de Schwarz os mais utilizados. Após a definição do número de defasagens é importante verificar se há autocorrelação entre os resíduos, dado que a existência da autocorrelação pode exigir a inclusão de um maior número de defasagens. Comumente os testes de Ljung-Box e Breusch-Godfrey são utilizados para este propósito.

Três tipos de análises são mais comumente utilizados a partir dos modelos VAR. O primeiro deles é o teste de Causalidade de Granger. Neste teste a causalidade é vista como precedência temporal, isto é, se uma variável precede temporalmente outra variável (se valores defasados estão relacionados com o valor atual das demais variáveis). Para ilustração, considere um VAR (2) com duas variáveis x e y na forma não matricial:

$$y_t = \beta_1 y_{t-1} + \beta_2 y_{t-2} + \beta_3 x_{t-1} + \beta_4 x_{t-2} + \varepsilon_1 \quad (14)$$

$$x_t = \beta_5 y_{t-1} + \beta_6 y_{t-2} + \beta_7 x_{t-1} + \beta_8 x_{t-2} + \varepsilon_2 \quad (15)$$

Em que os β 's são os coeficientes relacionados a cada defasagem de cada variável. A ideia é analisar a significância conjunta dos coeficientes por meio do teste F: se a variável x causa, no sentido Granger, a variável y , então o teste F deve rejeitar a hipótese nula de que $\beta_3 = \beta_4 = 0$ na equação (14). Da mesma forma, para que y preceda temporalmente x é necessário que a hipótese nula $\beta_5 = \beta_6 = 0$ seja rejeitada em (15). Com isto é possível obter uma causalidade de Granger unidirecional (de x para y , ou o inverso), bidirecional (ambas se precedem temporalmente) ou nenhuma causalidade de fato. Claramente, atestar a presença da causalidade de Granger é um importante indicador na delimitação de mercados relevantes.

Grande parte do interesse nos modelos VAR está nos resíduos. Dado um modelo estacionário é possível prever como um choque em uma variável defasada afeta nas demais e na própria variável atual. Para a delimitação de mercados relevantes esta é uma informação importante pelo fato de que se um choque no preço de um mercado (uma região ou um produto) afeta um outro mercado (outra região ou produto), há indícios de que ambos participem do mesmo mercado relevante. Este tipo de análise tem o nome de Função de Impulso Resposta (FIR), e pode ser ilustrado da seguinte forma. Matricialmente um VAR (1) pode ser expresso por:

$$Y_t = A_1 Y_{t-1} + u_t \quad (16)$$

Como o VAR (1) é estacionário, o mesmo vale para Y_{t-1} . Portanto:

$$Y_t = A_1(A_1 Y_{t-2} + u_{t-1}) + u_t \quad (17)$$

$$Y_t = A_1^2 Y_{t-2} + A_1 u_{t-1} + u_t \quad (18)$$

O mesmo vale para Y_{t-2} , Y_{t-3} , e assim consecutivamente. Com isto, é possível observar que um VAR estacionário pode ser invertido em um modelo de médias móveis infinito com a seguinte especificação ilustrativa:

$$Y_t = u_t + M_1 u_{t-1} + M_2 u_{t-2} + \dots \quad (19)$$

Em que as matrizes M refletem os efeitos dos choques nas variáveis do modelo e são obtidas a partir das matrizes A definidas anteriormente. A análise também pode ser feita para o caso do VAR estrutural, porém com algumas peculiaridades devido ao procedimento de diagonalização da matriz de variância e covariância dos erros. Johnston e DiNardo (1997) e Lutkepohl e Kratzig (2004) são recomendados para compreender as peculiaridades deste caso.

Uma terceira análise interessante a partir do VAR é a decomposição da variância do erro de previsão. Esta visa verificar qual a porcentagem da variância do erro de previsão de uma variável que é devido a ela própria e qual porcentagem é devido a cada uma das outras variáveis ao longo do tempo. De acordo com Lutkepohl e Kratzig (2004), a previsão h períodos à frente com origem em T pode ser expresso matricialmente por:

$$Y_{T+h|T} = A_1 Y_{T+h-1|T} + A_2 Y_{T+h-2|T} + \dots + A_p Y_{T+h-p|T} \quad (20)$$

O erro de previsão correspondente é dado por:

$$Y_{T+h} - Y_{T+h|T} = u_{T+h} + \Phi_1 u_{T+h-1} + \Phi_2 u_{T+h-2} + \dots + \Phi_{h-1} u_{T+1} \quad (21)$$

Para a análise da decomposição da variância do erro de previsão é necessário que o modelo esteja expresso com os erros ortogonais. Expressando o erro de previsão na forma ortogonal:

$$Y_{T+h} - Y_{T+h|T} = \Psi_0 v_{T+h} + \Psi_1 v_{T+h-1} + \Psi_2 v_{T+h-2} + \dots + \Psi_{h-1} v_{T+1} \quad (22)$$

Denotando o ij -ésimo elemento de ψ_n de $\psi_{ij,n}$, o k -ésimo elemento do vetor do erro de previsão torna-se:

$$Y_{k,T+h} - Y_{k,T+h|T} = \sum_{n=0}^{h-1} (\psi_{k1,n} v_{1,T+h-n}, \dots, \psi_{kK,n} v_{K,T+h-n}) \quad (23)$$

Considerando as propriedades dos erros ortogonais é possível especificar a variância do erro de previsão como:

$$\sigma_k^2(h) = \sum_{n=0}^{h-1} (\psi_{k1,n}^2, \dots, \psi_{kK,n}^2) = \sum_{j=1}^k (\psi_{kj,0}^2, \dots, \psi_{kj,h-1}^2) \quad (24)$$

O termo $(\psi_{kj,0}^2, \dots, \psi_{kj,h-1}^2)$ pode ser interpretado como a contribuição da variável j para a variância do erro de previsão h períodos à frente da variável k . Ao dividir este termo por $\sigma_k^2(h)$ obtém-se a contribuição em termos percentuais.

3.2 Técnicas com séries não estacionárias

Quando duas ou mais séries de tempo não são estacionárias, elas podem ser cointegradas. A cointegração indica que as séries apresentam uma relação de longo prazo, ou seja, seguem uma mesma trajetória ao longo do tempo. Segundo Lutkepohl e Kratzig (2004), duas ou mais séries integradas de mesma ordem (geralmente I(1) no caso de dados econômicos) são cointegradas se apresentarem uma tendência estocástica em comum e pelo menos uma combinação linear que seja estacionária, I(0). Para a delimitação de mercados relevantes esta é uma questão importante, visto que o fato de preços de produtos diferentes e/ou locais distintos seguirem uma mesma trajetória indicaria que os mercados são integrados, portanto fazem parte do mesmo mercado relevante. Segundo Forni (2004), a intuição econômica é oriunda da arbitragem: se os produtos são substitutos, tanto do lado da demanda quando do lado da oferta, os preços não se dispersarão ao longo do tempo, dado que os consumidores e os produtores irão mover-se entre eles de modo que os mais caros apresentem reduções de preço e os mais baratos terão seus preços elevados.

Diversos testes de cointegração são propostos pela literatura. A seguir uma breve revisão dos mais comumente utilizados.

3.2.1 Engle-Granger

Este teste foi proposto por Engle e Granger (1987) e visa encontrar apenas uma relação de cointegração entre duas ou mais variáveis. Seguindo o exemplo de Bueno (2012), suponha duas variáveis y_t e x_t . O primeiro passo da metodologia consiste em verificar se as séries não são estacionárias em nível e se são integradas de mesma ordem. Suponha ambas $I(1)$. O segundo passo consiste em estimar a relação de longo prazo por MQO, todavia não há um critério para determinar qual será a variável explicativa e qual será a variável dependente. Esta definição deve ser realizada pelo conhecimento econômico do fenômeno analisado. Por exemplo, se Minas Gerais é o maior estado produtor de leite no Brasil, supõe-se que os preços deste estado têm influência nos preços em São Paulo. Um teste de cointegração com os preços de leite em Minas Gerais e São Paulo leva a crer que o primeiro seja a variável explicativa, ao passo que o segundo seja a variável explicada. Supondo y_t e x_t como variáveis dependente e explicativa, respectivamente, a relação de longo prazo é dada por:

$$y_t = \beta_0 + \beta_1 x_t + u_t \quad (25)$$

Em (25) é possível incluir ou retirar a constante β_0 , bem como uma tendência determinística. Após estimar (25) por MQO, obtém-se a série de resíduos \hat{u}_t , em que o circunflexo representa que a série é estimada. Desta forma, a seguinte combinação linear é obtida:

$$\hat{u}_t = y_t - \beta_0 - \beta_1 x_t \quad (26)$$

Por fim, um teste de raiz unitária é realizado em \hat{u}_t , sendo os mais comuns os testes de Dickey-Fuller ou Dickey-Fuller aumentado. Se a série de resíduos estimados não possuir raiz unitária é possível concluir que as séries y_t e x_t são cointegradas.

Uma das principais críticas relacionadas ao teste de Engle-Granger é que apenas uma relação de cointegração é obtida, não importando o número de variáveis na análise. Na teoria podem existir várias combinações lineares estacionárias resultantes da existência de vários vetores de cointegração. Em uma análise com k variáveis, é possível existir até $k - 1$ vetores de cointegração linearmente independentes, cada um deles denotando uma relação de cointegração, porém o teste de Engle-Granger admite a existência de apenas um. Outra crítica importante é a arbitrariedade na definição da variável dependente e das variáveis explicativas.

Uma abordagem interessante é fornecida por Forni (2004). O autor argumenta que uma série I(I) não necessariamente apresenta uma média constante e sua variância aumenta com o tempo, dado que os choques na série são permanentes. Desta forma, se a diferença entre duas séries logaritimizadas é I(1), ambas as séries se distanciam com o passar do tempo de forma ilimitada. Caso contrário elas caminham ao longo do tempo em torno de uma trajetória em comum. Forni (2004) sugere os testes de Dickey-Fuller aumentado e KPSS para testar a estacionaridade da série resultante. Se for comprovada a existência de raiz unitária (série I(1)), os mercados são distintos, caso contrário (série I(0)) ambos fazem parte do mesmo mercado relevante.

3.2.2 Cointegração de Johansen

O teste de cointegração de Johansen foi proposto por Johansen (1988) e Johansen e Juselius (1990). Segundo Enders (1995), a principal vantagem desta técnica é que ela permite a existência de múltiplos vetores de cointegração, além do fato do teste basear-se em um modelo VAR, portanto as variáveis são tratadas como endógenas em um cenário dinâmico. Não há a necessidade de definir *a priori* a variável dependente e as variáveis explicativas.

O teste de cointegração de Johansen pode ser ilustrado da seguinte forma. Suponha um processo autorregressivo na forma matricial tal como em (12):

$$Y_t = A_1 Y_{t-1} + A_2 Y_{t-2} + \dots + A_p Y_{t-p} + u_t \quad (27)$$

Com alguma manipulação algébrica a seguinte expressão é obtida:

$$\Delta Y_t = \sum_{i=1}^{p-1} \tau_i \Delta Y_{t-1} + \pi Y_{t-1} + u_t \quad (28)$$

Em que:

$$\pi = -(I - \sum_{i=1}^p A_i) \quad (29)$$

$$\tau_i = \sum_{j=i+1}^p A_j \quad (30)$$

A expressão (28) é um VAR restrito que deve ser usado quando as variáveis não são estacionárias em nível e são cointegradas, também conhecido como um modelo de correção de erros (VECM). Os modelos VECM são bastante utilizados no contexto de séries temporais e permitem analisar as Funções Impulso Resposta e a Decomposição da Variância do Erro de Previsão. Conforme exposto anteriormente no contexto do VAR estas duas técnicas são bons indicadores da integração de mercados. Dado que as variáveis são I(1) e cointegradas, as matrizes τ_i representam os coeficientes de curto prazo, enquanto π contém os coeficientes de longo prazo e os vetores de cointegração. A questão chave é o *rank* da matriz π , já que este é igual ao número de vetores de cointegração. Se o *rank* = 0 então as variáveis não são cointegradas, por outro lado se *rank* = n o processo é estacionário. Para casos intermediários o *rank* representa o número de vetores de cointegração, enquanto πX_{t-1} é o fator de correção do termo de erro. Como mostrado em Enders (1995), o número de vetores de cointegração distintos é obtido pela significância das raízes características de π . Assim, as estimativas de π e o número de raízes características são calculados por dois testes:

$$\lambda_{traço}(r) = -T \sum_{i=r+1}^n \ln(1 - \hat{\lambda}_i) \quad (31)$$

$$\lambda_{max}(r, r + 1) = -T \ln(1 - \hat{\lambda}_{r+1}) \quad (32)$$

Em que $\hat{\lambda}$ são os valores estimados das raízes características, r é o número de vetores de cointegração e T é o número de observações. O primeiro é o *teste do traço* e a hipótese nula é que o número de vetores de cointegração distintos é menor ou igual a r . O segundo teste é o *teste do máximo autovalor*, que testa a hipótese nula de que o número de vetores de cointegração é r contra a hipótese alternativa de $r + 1$ vetores.

Independentemente do número de variáveis, atestar a existência de pelo menos um vetor de cointegração é o suficiente para concluir que os mercados são integrados. Do ponto de vista da análise antitruste, isto indica que mercados distintos são partes de um mesmo mercado relevante, visto que as séries caminham em torno de uma mesma trajetória de longo prazo por pelo menos uma combinação linear. Novamente, é preciso fazer uma ressalva na aplicação de testes de cointegração na definição de mercado relevante, pois, independente do bom instrumental analítico provido pela econometria, caso a teoria econômica por trás da equação a ser identificada não esteja bem definida, ainda é possível cair em falsos positivos.

4. A jurisprudência recente sobre métodos de séries temporais para a definição de mercado relevante

Nesta seção, ilustramos três casos em que se expõe o debate sobre a aplicação de usos de séries de tempo à delimitação do mercado relevante. O primeiro caso diz respeito à fusão das ações das empresas Quattor, Unipar Comercial e Polibutenos pela Braskem, em 2010; o segundo caso relata a discussão apresentada na fusão Braskem Solvay, em 2014; por fim, apresentamos o debate feito no caso Innova S.A./Videolar S.A, finalizado em 2014.

4.1 Braskem-Quattor

Em 2010, a Braskem entrou com o pedido de aprovação pelo CADE da aquisição da Quattor, empresas atuantes no mercado de resinas termoplásticas no Brasil, no qual discutiu-se a definição de mercado relevante, se nacional ou internacional, para os produtos polietilenos (PEAD, PEBD, PEBDL) e o polipropileno (PP), visto que a operação resultaria em uma única produtora nacional para tais resinas. A dimensão geográfica do mercado relevante das resinas foi o ponto mais controvertido, visto que a jurisprudência do CADE, geralmente, considerava o mercado relevante como sendo internacional³⁸.

Dentro do caso foram elaborados dois pareceres pelas Requerentes para a determinação do mercado geográfico relevante no Ato de Concentração Nº 08012.001205/2010-65. Os métodos usados para avaliar o mercado relevante foram: cointegração de Johansen, VECM, Causalidade Granger e Decomposição da Variância do Erro de Previsão. Com uma base de dados contendo os preços domésticos, o preço internacional interno e o preço internacional da nafta (insumo), a nota concluiu que: (i) havia uma relação de longo prazo entre os preços, isto é, estes preços são cointegrados pelos testes do traço e máximo autovalor (a Tabela 1 do anexo apresenta os testes do traço e máximo autovalor, a Tabela 2 a estimativa da equação de cointegração e a Tabela 3 o modelo VECM); (ii) os preços internacionais causavam, no sentido da causalidade de Granger, os preços domésticos, a despeito do controle do custo comum

³⁸ Em outros casos, por outro lado, nas decisões do AC 08012.005473/1997-45; AC 08012.006452/2000-86 (Suzano, IJNIPAR e Petroquisa - formação da Riopol) e do AC 08012.005799/2001-92 (Copene e Odebrecht - formação da Braskem), o CADE considerou o mercado relevante geográfico como sendo o Mercosul para polietileno e polipropileno. Além disto, no caso do Ato de Concentração 08012.005598/2005-19, o Conselho avaliou os impactos da operação no mercado de polietilenos e polipropilenos tanto no cenário mundial como no cenário nacional, porque - de acordo com o Relator Ricardo Vilias Bôas Cueva - não seria possível chegar, "com grau de certeza elevado, a uma definição conclusiva sobre a dimensão geográfica".

(nafta); (iii) com a escolha da ordenação do Preço Externo → Preço da Nafta → Preço Interno (pela ordem de exogeneidade das variáveis), a Decomposição da Variância do Erro de Previsão demonstrou que o preço da resina internacional explicava em grande parte o preço da resina nacional (Tabela 4 do anexo). Desta forma, seria argumentado que uma fusão/aquisição entre a Braskem e a Quattor não impactaria de forma severa a concentração do mercado relevante por ele ser internacional.

Em resposta, o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE elaborou um parecer que verificou a existência de inconsistências com a execução dos testes de Causalidade Granger e de Decomposição da Variância. Primeiro, o modelo de fato usado pelo parecer foi um VAR em primeira diferença, sem quebra estrutural, diferentemente do modelo dado como o mais adequado, um VECM com quebra estrutural, no caso do teste de causalidade Granger. Segundo, o parecer do DEE afirmou que a ordenação Preço Externo → Preço da Nafta → Preço Interno não seria consistente: a Nafta antecipa o movimento dos preços externos no VECM, assim como a causalidade Granger mostrou que o preço externo é sempre antecipado pela Nafta. Neste caso, haveria motivo para crer na ordenação Preço da Nafta → Preço Externo → Preço Interno, caso em que há pouca explicação da variação do preço interno em razão do preço externo pela Decomposição da Variância do Erro de Previsão (Tabela 5 do anexo).

O DEE ainda formulou a hipótese de que, se aumentos unilaterais do preço doméstico refletissem aumentos significantes e permanentes no mesmo preço – o que poderia ser verificado através dos testes de Função Impulso Resposta (que não faziam parte do argumento central do parecer, mas figuram no Anexo III do parecer) – haveria uma evidência para qualificar o mercado como doméstico. Com um choque unilateral do preço doméstico sobre o mesmo, verificavam-se aumentos permanentes para todos os preços, com exceção do PP. Contudo, os efeitos dos preços externos apresentados pelas Requerentes eram maiores sobre os preços domésticos nas funções impulso resposta apresentadas no anexo do parecer (Figura 1 do anexo).³⁹

As Requerentes entenderam que a crítica movida pelo DEE ao teste de causalidade de Granger considerava apenas o fato de que o coeficiente do preço internacional não seria significativo para as equações do VECM para o preço doméstico, mas insistiram em considerar a relação de cointegração presente nas equações, o que revelaria a relação de causalidade de longo prazo. Mas criticaram a ordenação proposta, argumentando que as evidências de

³⁹ A nota do DEE, porém, também ressalta mais de uma vez a necessidade de um teste para além da correlação de preços e que compreenda a lucratividade com um aumento de preços, tal como no Perda Crítica e Elasticidade Crítica.

antecipação do preço da Nafta ao preço internacional, tanto pelo VECM como pela causalidade Granger, são falhas.

Apesar das discrepâncias metodológicas, o voto do Conselheiro Relator fez as seguintes considerações: i) foi verificada a existência de cointegração entre os preços nacionais e os internacionais internados (computados todos os custos de internação, mais a margem de serviço), havendo, assim, uma tendência de longo prazo entre os mesmos; ii) outros testes de correlação também indicavam que a variância nos preços domésticos eram explicadas pela variância nos preços internacionais; iii) por fim, o teste da perda crítica não apresentou fortes indícios contra a hipótese de mercado internacional. Desse modo, ficou-se entendido que o mercado relevante geográfico de resinas termoplásticas era internacional.

4.2 Braskem-Solvay

Em 2014, a Braskem propôs a compra da sua concorrente Solvay, na Argentina, no bojo do Ato de Concentração nº 08700.000436/2014-27, para o qual foram apresentados estudos de cointegração de preço, apresentadas pelas Requerentes, para o mercado de PVC-S. Para observar os impactos da operação na concorrência diversos testes foram realizados pelas Requerentes e pelo CADE. Inicialmente, as Requerentes realizaram testes de cointegração de preços, enquanto o DEE, além da cointegração de preços, realizou o teste da perda crítica.

Em uma primeira nota o DEE refez o teste de cointegração apresentado, controlando os preços nacionais e internacionais pelos fatores comuns, como o preço internacional do eteno (principal insumo), além de apresentar o teste do monopolista hipotético. Nesse estudo, o Departamento ressaltou para os resultados contraditórios das duas metodologias: enquanto os testes de cointegração – apresentados pelo Parecer Econômico e referendados pelo DEE – apontavam para um mercado relevante internacional de PVC, os resultados do teste do monopolista hipotético mostraram que o mercado relevante teria uma dimensão nacional, somente.

Foram refeitos os testes de cointegração dois-a-dois entre o preço nacional do PVC e preços em outras regiões do globo, como no Golfo do México (EUA), Nordeste da Ásia, Sudeste da Ásia, e Europa. Após a realização deste teste, o Parecer partiu para a Decomposição da Variância e a Causalidade de Granger. A principal crítica do DEE baseou-se no fato de que a análise de cointegração deveria atentar para o número de vetores de cointegração encontrados: de fato, ao se encontrar o número de vetores de cointegração igual ao número de variáveis

endógenas no modelo, a conclusão é que os testes de raiz unitária “erraram” ao determinar que as séries seriam $I(1)$. Refazendo a análise, considerando os fatores sazonais e controlando pelos fatores comuns, o DEE encontrou as séries sendo como $I(0)$, isto é, estacionárias, não fazendo sentido a hipótese de cointegração, mas sim uma análise de decomposição de variância e função impulso-resposta por meio do modelo VAR. Os resultados da Causalidade de Granger são apresentados nos Quadros 01 (preços controlados pelo eteno) e 02 (preços controlados pelo nafta), no anexo. Foram estimados, para cada preço internacional, um modelo VAR juntamente com o preço doméstico.

Para ter mais elementos à análise, o DEE procedeu ao Teste do Monopolista Hipotético para o mercado de PVC, seguindo a metodologia proposta por Werden (2003). Os resultados obtidos demonstraram que havia uma alta probabilidade de que um aumento não-transitório de preços de mais que 10% fosse lucrativo para um monopolista hipotético do mercado nacional de PVC. Este resultado indicava que a produção nacional de PVC não seria rivalizada por outros produtos e/ou pela produção de outras regiões geográficas. Isto é, o mercado relevante deste produto teria dimensão geográfica nacional.

Diante da controvérsia e debate entre as Requerentes e a Autoridade de concorrência o Departamento realizou um experimento natural (“*difference-in-differences*”) para averiguação do mercado relevante em PVC, a exemplo da análise feita no caso envolvendo o “*Ineos Group Limited*” e a “*Kerling ASA*”⁴⁰, no Reino Unido, no mesmo setor de PVC. Segundo o Departamento, não haveria uma superioridade de metodologias, mas este seria útil para verificar qual a intensidade da rivalidade dos bens substitutos, ou seja, até que ponto a rivalidade potencial poderia se concretizar em rivalidade efetiva. Considerando o controle como o efeito das interrupções das plantas das Requerentes no mercado de PVC, buscou-se averiguar se houve aumento de importações, quais os países de origem e quais os impactos nos preços das resinas. Como resultado, o mercado geográfico relevante deveria ser entendido como mais amplo do que o Brasil incluindo, ao menos, a América do Sul e, eventualmente, a América do Norte (assumindo uma postura conservadora). Porém, a Ásia e sobretudo a União Europeia não pareceram fazer parte do mesmo mercado relevante geográfico do PVC-S produzido no país, fatos não apontados pela análise de cointegração. Além disso, o Departamento frisou a importância da análise qualitativa, como o fato de haver estoques e medidas antidumping

⁴⁰ Operação notificada à Comissão Europeia em 17 de Julho de 2007. Para maiores detalhes, ver Amelio A.; De La Mano, M. e Godinho, M. (2008).

aplicadas para outros países, que distorceram os resultados das avaliações econométricas. Em seu voto, Araujo (2014) concluiu pela definição de mercado como a América do Sul, com grau de rivalidade moderada da América do Norte.

4.3 Videolar e Innova

Em 2013, durante a aquisição da Innova S.A. pela Videolar S.A., foram apresentados pareceres por parte das Requerentes com exercícios de correlação e cointegração de preços de poliestireno no Brasil, nos Estados Unidos e na Ásia, indicando que tais produtos estariam em um mesmo mercado relevante.

O DEE realizou, a partir do mesmo conjunto de dados utilizado pelas Requerentes em seu Parecer Econômico, o modelo de Johansen, ao invés do modelo Engle-Granger usado pelos pareceristas. Nesse, uma das variáveis é considerada dependente enquanto a outra explicativa, o que, ao inverter a posição dessas variáveis na equação, o resultado observado pode ser alterado – deixar ou passar a ser cointegrado.

Os resultados obtidos apontaram ausência de relação entre os preços asiáticos de ABS e de PP em relação ao preço do PS nacional. Ainda, conforme o DEE, variações de preços do poliestireno brasileiro precedem e também são precedidas por variações de preços de poliestireno em mercados internacionais. Assim, mesmo que o preço do poliestireno no Brasil continuasse cointegrado com os preços internacionais de PS, a conclusão de que as empresas no Brasil seriam tomadoras de preço neste mercado não foi verificada, tal como foi apontado pelas Requerentes. Em outras palavras, inexistia relação de causalidade entre preços externos e domésticos de poliestireno.

O Departamento ainda sugeriu às partes duas modificações ao teste de causalidade de Granger empregado pelo Parecer, em linha com a teoria de séries temporais para reduzir a possibilidade de resultados viesados e inferências equivocadas: (i) Testar a causalidade de Granger usando as variáveis em primeiras diferenças ao invés de em nível, visto a conclusão que as séries eram não estacionárias; (ii) Testar a causalidade de Granger sob um VECM ao invés de um VAR.

Com essas modificações o DEE demonstrou que a conclusão obtida da análise em questão era sensível a alterações metodológicas, tendo resultados consideravelmente diferentes ao se replicar o teste de causalidade de Granger do Parecer Econômico, incorporando as alterações citadas. Foram verificadas evidências de causalidade bilateral dos preços do PS no

Brasil e na Europa, observada também nos preços do PS no Brasil e do PP na Ásia, diferentemente do resultado encontrado no Parecer (Quadro 03). Além disso, o preço do PS na Ásia deixou de Granger-causar o preço do PS no Brasil, enquanto este último Granger-causa o primeiro.

Sendo assim, a hipótese do Parecer Econômico de que as firmas de poliestireno no Brasil seriam tomadoras de preços (*price-takers*), dentro da lógica do teste de Granger, passou a não ser mais crível do ponto de vista do Conselheiro Oliveira Júnior (2014), visto que variações de preços de PS no Brasil precedem e são precedidos por variações de preços de PS em mercados internacionais. Em seu voto, o Conselheiro decidiu pela dimensão geográfica do mercado relevante de poliestireno como nacional.

5. Conclusões

As decisões mais recentes do Cade quanto ao uso das metodologias de séries de tempo na definição de mercado relevante têm caminhado na direção colocada pelas principais referências da literatura antitruste: em que pese a importância do uso de técnicas de séries de tempo para a delimitação do mercado relevante, fica clara a necessidade de uma avaliação criteriosa quanto aos pressupostos usados no modelo para que ele seja o mais crível possível e evite falsos positivos. Além disso, percebe-se a supremacia dos resultados obtidos pelo TMH sobre os testes de cointegração, por exemplo. Muitas vezes os resultados obtidos nessa análise parte do pressuposto de que o determinante da co-movimentação de preços é primariamente o comportamento do consumidor, ignorando outros fatores a serem considerados, como choques de custo.

O presente trabalho, portanto, teve como objetivo apresentar as principais técnicas de séries temporais utilizadas na delimitação de mercados relevantes. A ideia foi apresentar um panorama geral e os principais elementos estatísticos das distintas análises para, posteriormente, ilustrar com casos recentes avaliados pelo Conselho nos quais a discussão sobre a aplicação adequada de séries de tempo foram cruciais. Conforme ressaltado ao longo do texto, as técnicas de séries temporais são úteis se usadas com cautela, isto porque são análises relativamente simples, rápidas e na maioria das vezes dependem apenas de dados de preços. Desta forma, pode-se considerar que são estimativas “*quick and dirty*” (se por um lado há a vantagem da rapidez, por outro há a desvantagem da falta de confiabilidade e robustez). O ideal é que estes

tipos de análises sejam complementares a outros testes mais apropriados à análise antitruste, como o próprio teste do monopolista hipotético.

6. Referências bibliográficas

AMELIO A.; DE LA MANO, M. E GODINHO, M, Ineos/Kerling Merger: an Example of Quantitative Analysis in Support of a Clearance Decision, *Competition Policy Newsletter*, 01:65-69, 2008.

ARAÚJO, G. V. C. de, Voto no Ato de Concentração nº 08700.0004361/2014-27, 2014.

BRAZIL. CADE. DEE/GTME. *Delimitação de Mercado Relevante – Versão pública*. 2010. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf. Acesso em 01/05/2016.

_____, Nota Técnica nº 07/2014/DEE.

_____, Nota Técnica nº 17/2014/DEE.

_____, Nota Técnica nº 18/2014/DEE.

_____, Nota Técnica nº 24/2014/DEE.

BUENO, R. D. L. S. *Econometria de séries temporais*. Cengage Learning: São Paulo, 2008. 300p.

CARVALHO, V. M. Voto no Ato de Concentração nº 08012.001205/2010-65, 2010.

DAVIS, P., GARCÉS, E. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton University Press, 2010. 592 p.

ENDERS, W. *Applied econometric time series*. New York: John Wiley, 1995. 433p.

ENGLE, R. F. ; GRANGER, C. W. J. Cointegration and error correction: representation, estimation, and testing. *Econometrica*. V. 55, p. 251-276. 1987.

FORNI, M. Using stationarity tests in antitrust market definition. *American Law and Economics Review*, v. 6, n. 2, p. 441-464. 2004.

HALDRUP, N. Empirical analysis of price data in the delineation of the relevant geographical market in competition analysis. *University of Aarhus, Economics Working Paper n. 2003-09*, 2003.

JOHANSEN, S. Statistical analysis of cointegration vectors. *Journal of Economic Dynamics and Control*. v. 12, n. 2-3, p. 231-254. 1988.

JOHANSEN, S.; JUSELIUS, K. Maximum likelihood estimation and inference on cointegration: with application to the demand for money. *Oxford Bulletin on Economics and Statistics*. v. 52, n. 1, p. 169-210, 1990.

JOHNSTON, J.; DINARDO, J. *Econometric methods*. MacGrow-Hill International Edition,

1997. 403 p.

LÜTKEPOHL, H. ; KRÄTZIG, M. Applied time series econometrics. Cambridge University Press, 2004. 323 p.

MACKINNON, J. G.; HAUG, A. A.; MICHELIS, L. Numerical distribution functions of likelihood ratio tests for cointegration. *Journal of applied Econometrics*, v. 14, n. 5, p. 563-577, 1999.

OLIVEIRA JÚNIOR, M. Voto no Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19, 2014.

WERDEN, G., The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm. *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, No. 1, 2003. Pp. 253-275.

WOOLDRIDGE, J. M. Introductory Econometrics: A Modern Approach. 2º edition. South-Western, Cengage Learning. 2002. 900 p.

Anexo

Tabela 1. Resultados da cointegração de Johansen - testes do traço e máximo autovalor

Produto	Modelo	Número de Vetores de Cointegração					
		Traço			Máx. Autovalor		
		Nenhum	Um	Dois	Nenhum	Um	Dois
PEBD	Defasagens: 1, sem intercepto e sem tendência	0.0000	0.2088	0.8742	0.0000	0.1538	0.8742
PEBDL	Defasagens: 1 sem intercepto e sem tendência	0.0000	0.2038	0.8377	0.0000	0.1511	0.8377
PEAD	Defasagens: 1 sem intercepto e sem tendência	0.0000	0.2963	0.9309	0.0000	0.2255	0.9309
PP	Defasagens: 1 sem intercepto e sem tendência	0.0000	0.4131	0.8418	0.0000	0.3349	0.8418

P-valores de Mackinnon-Haug-Michelis (1999). Variáveis Endógenas: Produto interno, Produto externo e Nafta NW Europa CIF. F

Fonte: Braskem. Elaboração original: Tendências. Reprodução: DEE/CADE. Nota explicativa: rejeita-se a hipótese nula de nenhum vetor de cointegração, ao passo que não se rejeita a hipótese nula de um vetor de cointegração.

Tabela 2. Estimativas do vetor de cointegração

Reprodução da Tabela 3 - Resultados do Vetor de Cointegração no Parecer Tendências

Equação de Cointegração	PEBD	PEBDL	PEAD	PP
Mercado Interno (-1)	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000
Mercado Externo (-1)	-0.806902	-0.981948	-0.950488	-0.718256
	(0.06772)	(0.07072)	(0.06754)	(0.09203)
	[-11.9155]	[-13.8841]	[-14.0730]	[-7.804336]
Nafta Europe (-1)	-0.655702	-0.252285	-0.383822	-1.053653
	(0.20779)	(0.20298)	(0.19393)	(0.26457)
	[-3.15564]	[-1.24289]	[-1.97916]	[-3.98258]

Variáveis Endógenas: Nafta NW Europa CIF, Produto Externo e Produto Interno. Os desvios são apresentados em parênteses e estatísticas *t* em colchetes. Fonte: Braskem. Elaboração Original: Tendências. Reelaboração: DEE/CADE.

Tabela 3. Estimativas do VECM

	D.(Mercado Interno)	D.(Mercado Externo)	D.(NaftaNWCIF)
CointEq1	-0.259191	0.011968	0.015826
PEBD	(0.03748)	(0.07466)	(0.03748)
	[-6.91482]	[0.16030]	[0.44554]
CointEq1	-0.259132	0.065418	0.026500
PEBDL	(0.03598)	(0.07073)	(0.03598)
	[-7.20122]	[0.92491]	[0.69629]
CointEq1	-0.296703	0.075192	0.025346
PEAD	(0.03994)	(0.06842)	(0.03727)
	[-7.42812]	[1.09903]	[0.68013]
CointEq1	-0.203034	-0.037785	0.010575
PP	(0.03090)	(0.06393)	(0.03090)
	[-6.57140]	[-0.59107]	[0.32813]

Os desvios são apresentados em parênteses e estatísticas *t* em colchetes. A estatística *t* para o nível de significância de 5% é 1.645.

Fonte: Braskem. Elaboração Original: Tendências. Reelaboração: DEE/CADE. Nota explicativa: todos os coeficientes de ajustamento da equação de cointegração, na medida em que a primeira diferença do preço do mercado interno é a variável dependente, são significantes. Trata-se de uma evidência de que os preços domésticos se ajustam para os preços externos.

Tabela 4. Resultados da Decomposição da Variância do Erro de Previsão

Produtos	Tempo	PMI em Função de PME	PME em função de PMI	PMI em função de Nafta	PME em função de Nafta
PEBD	1 ano	71.1	0.69	23.01	7.87
	2 anos	72.57	0.44	24.51	7.33
PEBDL	1 ano	79.97	1.23	12.45	7.4
	2 anos	82.23	1.3	13.41	7.26
PEAD	1 ano	78.33	1.19	14.03	6.66
	2 anos	80.47	1.42	15.08	6.22
PP	1 ano	69	3.64	24.67	4.17
	2 anos	71.17	2.27	25.75	3.42

Variáveis Endógenas: Nafta NW Europa CIF, Produto Externo e Produto Interno. Fonte: Braskem. Elaboração Original: Tendências. Reelaboração: Dee/CADE. Nota explicativa: o preço no mercado externo explica grande medida o preço no mercado interno.

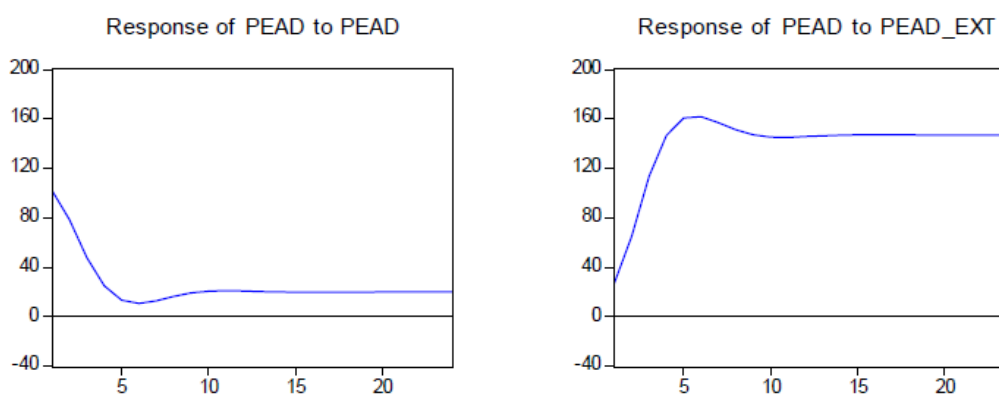
Tabela 5. Comparação da Decomposição da Variância do Erro de Previsão entre as distintas ordenações na explicação do preço doméstico.

Produtos	Tempo	Ordenação (Preço Internacional, Nafta, Preço Doméstico)			Ordenação (Nafta, Preço Internacional, Preço Doméstico)		
		Preço Doméstico	Preço Internac.	Preço Nafta	Preço Doméstico	Preço Internac.	Preço Nafta
PEBD	1 ano	5.88	71.1	23.01	5.88	16	78.12
	2 anos	2.91	72.58	24.52	2.91	15.69	81.41
PEBDL	1 ano	7.57	79.98	12.45	7.57	22.21	70.22
	2 anos	4.35	82.24	13.41	4.35	22.19	73.46
PEAD	1 ano	7.63	78.33	14.04	7.63	19.31	73.05
	2 anos	4.43	80.48	15.09	4.43	19.13	76.44
PP	1 ano	6.32	69.00	24.67	6.32	10.21	83.47
	2 anos	3.07	71.17	25.76	3.07	10.39	86.54

Variáveis Endógenas: Nafta NW Europa CIF, Produto Externo e Produto Interno. Fonte: Braskem. Elaboração Original: Tendências.

Reelaboração: DEE/CADE. Nota explicativa: a alteração na ordenação reduz consideravelmente a importância do preço internacional na explicação do preço doméstico, indicando que o mercado relevante geográfico tende a ser nacional ao invés de internacional.

Figura 1. Funções de impulso-resposta dos preços da resina PEAD.



Fonte: Braskem. Elaboração Original: Tendências. Reelaboração: DEE/CADE. Nota explicativa: O choque selecionado é igual a um desvio-padrão dos preços. Verifica-se que o choque não se exaure inteiramente com o aumento unilateral de preços doméstico (“Response of PEAD to PEAD”), o que parte do fato de se estar trabalhando com dados não estacionários. Há de se notar que o choque sobre preços externos produz um efeito consideravelmente maior sobre o preço PEAD doméstico. Trata-se de uma evidência que, se associada a outros resultados, pode ajudar a determinar o mercado relevante como internacional.

Quadro 01 – Causalidade de Granger – Eteno

Direção da Causalidade			Teste χ^2	Graus de Liberdade	Decisão
Brasil	Não Granger-Causa	Golfo (EUA)	0,57	2	Aceita
Brasil		NE Ásia	0,91	2	Aceita
Brasil		SE Ásia	1,53	2	Aceita
Brasil		Europa NWE	1,70	2	Aceita
Golfo (EUA)		Brasil	6,67	2	Rejeita a 5%
NE Ásia		Brasil	3,49	2	Aceita
SE Ásia		Brasil	0,31	2	Aceita
Europa NWE		Brasil	4,07	2	Aceita
TODOS		Brasil	10,96	4	Rejeita a 5%

Elaboração: Departamento de Estudos e Pesquisa - DEE/CADE

Quadro 02 – Causalidade de Granger – Nafta

Direção da Causalidade			Teste χ^2	Graus de Liberdade	Decisão
Brasil	Não Granger-Causa	Golfo (EUA)	0,99	2	Aceita
Brasil		NE Ásia	1,58	2	Aceita
Brasil		SE Ásia	2,99	2	Aceita
Brasil		Europa NWE	2,86	2	Aceita
Golfo (EUA)		Brasil	7,17	2	Rejeita a 5%
NE Ásia		Brasil	3,17	2	Aceita
SE Ásia		Brasil	0,18	2	Aceita
Europa NWE		Brasil	4,09	2	Aceita
TODOS		Brasil	13,63	4	Rejeita a 1%

Elaboração: Departamento de Estudos e Pesquisa - DEE/CADE

Quadro 03 – Resultados do teste de causalidade de Granger para o modelo sem constante -

Elaboração: Departamento de Estudos Econômicos - CADE

Método	Direção da Causalidade		Teste Chi2	p-valor	Decisão	
VEC	PS Brasil	Não Granger-Causa	PS USA	4,97	2,6%	Rejeita
VEC	PS USA		PS Brasil	4,47	3,4%	Rejeita
VEC	PS Brasil		PS Europa	4,92	2,6%	Rejeita
VEC	PS Europa		PS Brasil	6,44	1,1%	Rejeita
VEC	PS Brasil		PS Ásia	6,24	1,2%	Rejeita
VEC	PS Ásia		PS Brasil	2,39	12,2%	Aceita
VAR	PS Brasil		ABS Ásia	0,44	50,5%	Aceita
VAR	ABS Ásia		PS Brasil	3,96	4,7%	Rejeita
VAR	PS Brasil		PP Ásia	14,74	0,1%	Rejeita
VAR	PP Ásia		PS Brasil	12,01	0,2%	Rejeita

Elaboração: Departamento de Estudos e Pesquisa - DEE/CADE

A aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para a consumação das operações realizadas em bolsa ou mercado de balcão: uma análise do artigo 109-A do Regimento Interno do CADE

Tainá Hütten de Camargo⁴¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o artigo 109-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - RICADE por meio da construção dialética entre a realidade econômico-regulatória do mercado de capitais brasileiro e a persecução da máxima eficiência de tal mercado, sob o ponto de vista do Direito da Concorrência. Neste sentido, discute-se a inclusão de tal artigo no RICADE e seu alcance, bem como situações possíveis e casos reais em que a atuação do CADE se mostra relevante.

Palavras-chave: Concorrência; Mercado de Capitais; Atos de concentração

ABSTRACT

The purposes of this essay is review the item 109-A of the Internal Rules of the Brazilian Antitrust Authority by means of a dialectical interpretation between the Brazilian capital markets economic-regulatory reality and the maximization of such market efficiency under an antitrust perspective. In that sense, this essay analyzes the inclusion of such item in the Internal Rule and its real scope as well as analyzes some possible and current situations in which the enforcement of Brazilian Antitrust rules seems appropriate.

Keywords: Antitrust; Capital markets; Mergers

Classificação JEL: K21; K22

⁴¹ Mestre em Direito Empresarial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2016). Especialista em Finanças Empresariais pelo IBMEC-RJ (2013).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A ausência de análise prévia do CADE; 2.1. Razões para ausência da análise prévia; 2.2. Consequências da ausência de notificação prévia; 3. A necessidade de análise posterior, pelo CADE, das operações em bolsa ou mercado de balcão; 3.1. Equilíbrio das competências do CADE e da Comissão de Valores Mobiliários; 3.2. Os possíveis remédios a serem aplicados pelo CADE no âmbito do mercado de capitais; 4. Conclusões; 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Com a vigência da Lei 12.259/2011, passou a ser adotado no Brasil o regime da análise prévia dos atos de concentração. A modificação foi assim justificada na exposição de motivos do Projeto de Lei 06/2009 que deu origem à Lei atual:

O controle de concentrações não é prévio, o que significa que as partes podem consumir a operação antes da decisão do Sistema. Isso as incentiva a tentar postergar a análise o máximo possível, ao mesmo tempo em que reduz substancialmente as opções para a solução de problemas concorrenciais eventualmente aventados. Vale observar que a grande maioria de condicionantes impostos para a aprovação de operações foi de caráter comportamental, em oposição aos condicionantes de caráter estrutural, muito mais efetivos para corrigir questões concorrenciais advindas de operações de concentração, de acordo com os ditames da moderna teoria antitruste.⁴²

Em linha com a adoção da análise prévia dos atos, a Lei 12.529/2011 introduziu na política de defesa da concorrência uma especificação mais clara de quais atos estariam sujeitos à aprovação do Cade, ao contrário do artigo 54 da Lei 8.884/1994, que previa hipótese abrangente para notificação de atos ao Cade.

Neste sentido, os artigos 88 e 90 da Lei 12.529/2011 trouxeram ao ordenamento jurídico brasileiro critérios mais objetivos para a obrigatoriedade de notificar:

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)⁴³; e

⁴² Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2005/107%20A%20-%20MJ%20MF%20MP.htm

⁴³ Alterado pela 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

II - pelo menos um outro grupo envolvido 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\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)⁴⁴.

(...)

§ 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.

(...)

§ 5o Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6o deste artigo.

(...)

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.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Como se vê, em geral, apenas operações de maior complexidade se enquadram nas hipóteses de notificação obrigatória da Lei 12.529/2011, o que segue a orientação do legislador quando da proposta de lei ao expor que “*O Sistema tem conferido ênfase excessiva à análise de atos de concentração, em detrimento da repressão a condutas anticompetitivas, ao passo que internacionalmente existe o consenso a respeito de que um sistema de defesa da concorrência deve privilegiar a última vertente, tendo em vista seu maior potencial lesivo aos consumidores*”⁴⁵.

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”.

⁴⁴ Idem anterior.

⁴⁵ Importante mencionar, ainda, que a Resolução 02 do CADE, conforme alterada, delimita ainda mais os critérios para que os agentes sejam obrigados à notificar o CADE. No entanto, como tais critérios fogem ao escopo do presente trabalho, não será feito esclarecimento específico a respeito.

Portanto, ao mesmo tempo em que o legislador quis evitar a procrastinação de atos por parte dos agentes econômicos que viam na análise *a posteriori* uma oportunidade de tornar eficazes, na prática, os atos de concentração sem a necessária observância dos ditames do Direito da Concorrência, também se desejou evitar uma verdadeira avalanche de notificações ao CADE que tornassem moroso e custoso o procedimento administrativo da análise prévia.

Além disso, em algumas situações excepcionais, o legislador trouxe a permissão do parágrafo único do artigo 89 que dispõe que o CADE regulamentará, por meio de Resolução, a análise prévia de atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública⁴⁶.

Os três artigos acima mencionados (88 a 90), ainda foram regulamentados pelos artigos 9º a 11 da Resolução CADE 02, que, em linhas gerais, determinam ser de notificação obrigatória as operações de participação societária (ou de títulos conversíveis em participação societária) que acarretem aquisição de controle ou que atinjam os seguintes percentuais:

(i) nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado: (a) aquisição que confira ao adquirente titularidade direta ou indireta de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante da empresa investida; (b) aquisição feita por titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante, desde que a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante; ou

(ii) nos casos em que a empresa investida seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado: (a) aquisição que conferir participação direta ou indireta de 5% (cinco por cento) ou mais do capital votante ou social; (b) última aquisição que, individualmente ou somada com outras, resulte em um aumento de participação maior ou igual a 5%, nos casos em que a investidora já detenha 5% ou mais do capital votante ou social da adquirida.

Especificamente quanto à regulamentação mencionada no artigo 89, podem ser encontradas as regras do artigo 11 da Resolução CADE 02 que determinam que “*em se tratando*

⁴⁶ Art. 89. Para fins de análise do ato de concentração apresentado, serão obedecidos os procedimentos estabelecidos no Capítulo II do Título VI desta Lei.
Parágrafo único. O Cade regulamentará, por meio de Resolução, a análise prévia de atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública.

de oferta pública de títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, a sua subscrição independe da aprovação prévia do Cade para consumação, mas fica proibido o exercício de quaisquer direitos políticos atrelados aos títulos ou valores adquiridos até a aprovação da operação pelo Cade” e do artigo 109 do RICADE que prevê no mesmo sentido:

Art. 109. Em cumprimento ao disposto no art. 89, parágrafo único da Lei nº 12.529, de 2011, as operações de oferta pública de ações podem ser notificadas a partir da sua publicação e independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação.

§1º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, fica proibido o exercício dos direitos políticos relativos à participação adquirida por meio da oferta pública até a aprovação da operação pelo Cade.

§2º O Cade pode, a pedido das partes, conceder autorização para o exercício dos direitos de que trata o § 1º, nas hipóteses em que tal exercício seja necessário para a proteção do pleno valor do investimento.

§3º A obrigatoriedade da oferta pública por alienação de controle de que trata o art. 2º, III da Instrução CVM nº 361, de 5 de março de 2002, deverá ser informada quando da notificação da operação que determinar a realização da oferta, sendo desnecessária posterior notificação após a respectiva publicação.

§4º As ofertas públicas de que tratam os incisos I e II do art. 2º da Instrução CVM nº 361, de 2002, não se enquadram nas hipóteses de ato de concentração disciplinadas pela Lei nº 12.529, de 2011.

Deste modo, na excepcional situação de aquisição de participação (ou títulos conversíveis em participação) em oferta pública, o agente econômico fica dispensado da prévia notificação, ainda que tal aquisição se enquadre nos requisitos dos artigos 88 e 90. Por outro lado, fica impedido de exercer seus direitos políticos até que o CADE se manifeste.

Entretanto, observa-se que o artigo não previa situações genéricas de operações no mercado de capitais, mas tão somente atos de concentração especialmente realizados no âmbito das ofertas públicas.

Assim, outras operações realizadas nos ambientes de bolsa e mercado de balcão acabavam se subsumindo às regras gerais dos artigos 88 e 90 da Lei 12.259, o que tornava a regra da análise prévia pelo CADE ineficaz, uma vez que, diante da dinâmica e agilidade de determinadas operações, restava ao CADE tão somente o exercício de seu poder fiscalizatório e punitivo *a posteriori*.

Esse é o caso, por exemplo, da operação em que a Companhia Brasileira Cartuchos (CBC), principal produtora de munições do País, tornou-se controladora acionária da Forjas Taurus S.A.⁴⁷, fabricante de armas e equipamentos de segurança. A aquisição do controle da

⁴⁷ Ato de Concentração no CADE 08700.003843/2014-96.

Forjas Taurus deu-se como consequência de uma série de atos, dentre eles a aquisição de ações em ambiente de bolsa de valores que fizeram a CBC alcançar participação de 18% (dezoito por cento) do capital social da Forjas Taurus⁴⁸.

Como lembra o advogado Carlos Alexandre Lobo⁴⁹, na ocasião, **o direito político proporcional à participação relevante adquirida em seu capital**⁵⁰ ficou suspenso até a avaliação posterior do negócio pelo CADE.

Outra operação semelhante à da Forjas Taurus foi a compra, pela Companhia Siderúrgica Nacional - CSN, de participação acionária equivalente a 11,54% do capital votante da Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A - Usiminas. Tal aquisição foi realizada no âmbito do pregão regular da bolsa de valores brasileira em 2011 (ainda antes da vigência da Lei 12.529)⁵¹.

Em igual solução, o CADE determinou a suspensão dos direitos políticos da CSN, ficando vedada a indicação, direta ou indireta, pela CSN, de quaisquer membros para o Conselho de Administração, Conselho Fiscal e demais órgãos de gestão e fiscalização da Usiminas, entre outras restrições.

Nesse contexto, de modo a confirmar em regulamento um entendimento já existente, foi anunciada pelo Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em 19 de fevereiro de 2014, por meio do Despacho VMC 75/2014, a Consulta Pública 02/2014, que dentre outras propostas, sugeria a inclusão do artigo 109-A no RICADE de modo a prever que “*as operações realizadas em bolsa de valores independem da aprovação prévia do CADE para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§1º e 2º do art. 109*”.

Portanto, a proposta visava deixar expressa a permissão para consumação imediata de operações realizadas em bolsa de valores, sendo que o exercício dos direitos políticos relativos à participação adquirida ficaria vedado até a aprovação da operação pelo CADE, exceto se o CADE autorizasse de maneira diversa.

⁴⁸ Realizada a operação descrita, a CBC subscreveu novas ações ordinárias de emissão da Taurus, por ocasião do exercício do direito de preferência e de duas rodadas de rateio de sobras de ações não subscritas, consolidando ao final a detenção de 52,51% do capital social da Taurus.

⁴⁹ Disponível em:

http://www.veirano.com.br/por/contents/view/cade_ajusta_os_criterios_de_notificacao_e_analise_de_atos_de_concentracao. Acesso em 18.07.15.

⁵⁰ Foi encaminhado à CBC o Ofício nº 2.457/14 pelo CADE, comunicando à Companhia o indeferimento do pedido de exercício político das ações ON da CBC detidas na TAURUS, superiores à posição detida em 12/05/14, para fins de votação na AGE de 27 de junho de 2014; permitindo o exercício político de 2,5% das ações ON e de 0,2% das ações PN, posições detidas previamente à notificação de 12 de maio de 2014; restrição válida até o julgamento do Ato de Concentração TAURUS e CBC pelo CADE.

⁵¹ Ato de concentração nº 08012009198/2011-21.

A consulta foi respondida por diversos agentes, sendo relevantes⁵², para o presente trabalho, as ponderações feitas pela Associação Brasileira das Companhias Abertas - ABRASCA⁵³ e pelo escritório de advocacia Barbosa Müssnich Aragão Advogados - BMA⁵⁴.

Sugeriu a ABRASCA que a redação proposta para o artigo 109-A fosse incluída do termo “*ou em mercado de balcão organizado*” de modo a incluir na regulamentação “*todos os ambientes de negociação em mercado secundário; assim, não apenas as operações em bolsa de valores, mas também aquelas em mercado de balcão deveriam estar contempladas no novo art. 109-A que se pretende incluir*”.

Além disso, a ABRASCA também recomendou a inclusão de um artigo 109-B que autorizasse “*automaticamente o exercício dos direitos políticos relativo à participação adquirida quando se trate de aquisição de participação minoritária*”, por entender se tratar de mero investimento passivo, sem aquisição de controle, em que os direitos políticos visam proteger o valor patrimonial do investimento.

O BMA manifestou-se no mesmo sentido da ABRASCA, defendendo a inclusão “*de todos os ambientes de negociação em mercado secundário*” e da autorização, desde logo, do “*exercício pleno dos direitos políticos por parte do investidor, de forma a garantir maior transparência do mercado de capitais e melhor proteção dos investidores*”.

Assim, os interessados pugnaram pela inclusão do mercado de balcão e de um artigo 109-B para prever a autorização automática de exercício dos direitos políticos nesses casos. Somente o primeiro pleito foi acolhido e, em 1º de outubro de 2014, foi inserido no RICADE, pela Resolução nº 8, o artigo 109-A, com a seguinte redação:

Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores ou em mercado de balcão organizado independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109. (grifo nosso)

Observa-se assim que a norma prevê a dispensa da aprovação prévia do CADE em todos os ambientes de negociação em mercado secundário para consumações das operações, ainda que sejam de notificação obrigatória, ficando suspensos os direitos políticos desde a realização da operação até que ocorra a aprovação pelo CADE, salvo autorização prévia quando o exercício for necessário para a proteção do pleno valor do investimento.

⁵² Outros participantes se manifestaram, mas somente esses dois apresentaram propostas ao artigo 109-A.

⁵³ Consulta Pública nº 08700.002392/2014-70, fls. 77 e 77v.

⁵⁴ Consulta Pública nº 08700.002392/2014-70 fls. 102 e 102v.

Portanto, diante da inviabilidade da aplicação da norma geral às operações realizadas no âmbito das bolsas e mercados de balcão, o CADE confirmou a possibilidade de se realizar tais operações sem prévia notificação, mas, por outro lado, deixou claro que tais operações não estão dispensadas de sua análise em definitivo e, mais ainda, regulamentou remédio comportamental imediato para os agentes envolvidos (i.e. o não exercício dos direitos políticos).

Diante de tal cenário, deve-se analisar a real abrangência do disposto no artigo 109-A, isto é, avaliar em que medida devem os agentes que atuam no mercado de capitais subsumir-se às regras da defesa da concorrência. Para tanto, analisar-se-á, primeiramente, as razões e consequências da ausência de notificação prévia ao CADE para, em seguida, mensurar a necessidade de se levar as operações de bolsa e mercado de balcão ao conhecimento do CADE posteriormente à sua realização.

2. A ausência de notificação prévia ao CADE quanto à realização de operações em bolsa ou mercado de balcão

Como se viu na introdução do presente trabalho, o artigo 109-A do RICADE permite a consumação das operações realizadas em bolsa ou mercado de balcão sem que tenham sido previamente levadas ao conhecimento do CADE.

Evidentemente, o CADE não quis, com a inclusão de tal artigo, estabelecer um regime no qual toda e qualquer operação de bolsa ou mercado de balcão deveria ser submetida – ainda que posteriormente – à análise do CADE, mas tão somente aquelas que se enquadrassem no disposto nos artigos 88 e 90 da Lei 12.259 e na regulamentação infralegal.

Logo, operações de compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, realizadas em bolsa ou mercado de balcão, que envolvam duas partes cujo faturamento ou volume de negócios sejam equivalentes ou superiores a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais), de um lado, e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais), do outro⁵⁵, devem ser levadas ao conhecimento do CADE, ainda que posteriormente à sua realização.

⁵⁵ Além desses critérios, quando se tratar especificamente de aquisição de participação ou de títulos conversíveis em participação, necessário observar se as características da operação se enquadram nos dispositivos dos artigos 9º a 11 da Resolução CADE 02.

Neste ínterim, valioso perquirir as razões para que o CADE se abstenha de analisar previamente tais operações, bem como as consequências da ausência da análise prévia mediante a utilização de ferramentas comuns aos doutrinadores e julgadores do direito da concorrência.

2.1 Razões para a ausência da análise prévia

A partir da década de 1960 nos Estados Unidos da América, começa-se a observar um movimento de maior racionalização econômica do direito da concorrência, sob influência do pensamento trazido pela Escola de Chicago. O precursor de tal movimento foi Oliver Williamson que, criticando a atuação da Suprema Corte norte-americana no caso *Brown Shoe*⁵⁶, apresentou defesa a atos de concentração que gerassem mais eficiências do que ineficiências.

O trabalho de Williamson introduziu a premissa de que a política de defesa da concorrência deve buscar cenários em que os efeitos líquidos para a sociedade sejam positivos. Isto é, o direito da concorrência deve beneficiar situações nas quais os ganhos de eficiência e economias superem os efeitos danosos.

Em seguida, com a publicação da obra “*The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*”, Robert Bork apontou inconsistências na política de defesa da concorrência norte-americana e defendeu sua aplicação com base em racionalidade econômica⁵⁷. Desde então, “*observou-se uma tentativa de racionalização da análise concorrencial, especialmente com a edição de guias de análise pelas autoridades concorrenciais norte-americanas a partir de 1968*”⁵⁸.

No Brasil, somente com a promulgação da Lei 8.884/1994 é que a política de defesa da concorrência passou a ter maior força. Durante o período de vigência de tal lei, o CADE solidificou sua metodologia para análise de atos de concentração, orientando-se nitidamente nas diretrizes norte-americanas – isto é, buscando racionalizar sua análise com base em uma

⁵⁶ No caso “*Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962)”, a Suprema Corte não avaliou as eficiências, tendo decidido que “*The Government brought suit to enjoin consummation of a merger of two corporations on the ground that its effect might be substantially to lessen competition or to tend to create a monopoly in the production, distribution and sale of shoes, in violation of § 7 of the Clayton Act, as amended in 1950. The District Court found that the merger would increase concentration in the shoe industry, both in manufacturing and retailing, eliminate one of the corporations as a substantial competitor in the retail field, and establish a manufacturer-retailer relationship which would deprive all but the top firms in the industry of a fair opportunity to compete, and that, therefore, it probably would result in a further substantial lessening of competition and an increased tendency toward monopoly*”. Trecho disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/294/case.html>.

⁵⁷ BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: The Free Press, 1993.

⁵⁸ COELHO, Gustavo Flausino, e MAFRA, Ricardo Villela. *Padrão de prova aplicável à demonstração de eficiências econômicas no âmbito da análise de atos de concentração*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 26, p. 93 – 111, Jul – Dez, 2014.

perspectiva econômica. Tal metodologia perpetuou-se e permanece aplicável até hoje, já na vigência da Lei 12.259⁵⁹.

A análise da concorrência, em especial no âmbito do direito da concorrência, passou a ter como ponto de partida o paradigma conhecido como estrutura-conduta-desempenho (ECD), no qual se busca inferir, a partir das características estruturais de um mercado, características relativas às condutas ou comportamento de seus agentes e características a respeito do desempenho do mercado. Assim, portanto, avalia se há alocação eficiente, progresso técnico e lucro. Para tanto, deve ser feita uma análise caso a caso de modo a avaliar em que medida ataca a concentração privilegiada, efetivamente, os consumidores e a eficiência do mercado em si.

Assim, espera-se que o CADE tenha atuação tão somente em relação aos casos nos quais a possibilidade de dano ao mercado realmente exista.

Nos termos da Instrução CVM nº 461, de 23 de outubro de 2007, as bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, e os mercados de balcão organizado são ambientes (ou mercados⁶⁰) organizados de valores mobiliários administrados por entidades autorizadas pela CVM.

Atualmente, no Brasil, podemos citar como exemplos de entidades administradoras: a BMFBovespa, como principal entidade administradora do ambiente de bolsa para as negociações de ações, que são realizadas no sistema Megabolsa, e administra também outros sistemas, tanto de bolsa como de balcão, como o BovespaFix, para negociação de títulos de dívida corporativa, e o Sisbex, para negociação de títulos públicos de renda fixa, contratos de câmbio, títulos privados, contratos de energia e derivados; e Cetip – Mercados Organizados, que oferece serviços de registro, central depositária, negociação e liquidação de ativos e títulos, é líder no registro e depósito de ativos de Renda Fixa e Derivativos de Balcão e concentra grande parte das negociações eletrônicas de títulos públicos e privados⁶¹.

Nesses ambientes, são realizadas aproximadamente 3,5 milhões de operações diárias, que movimentam, diariamente, aproximadamente 200 bilhões de reais⁶².

⁵⁹ A Lei 12.529/2011 determina que, para justificar a aprovação de uma operação, as eficiências devem: (i) cumulada ou alternativamente, (a) aumentar a produtividade ou a competitividade, (b) melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou (c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e (ii) ter parte relevante de seus benefícios repassados aos consumidores.

⁶⁰ No âmbito do presente trabalho, evitaremos utilizar “mercado” para referência ao ambiente de bolsa, de modo a evitar confusão com o mercado que o Direito da Concorrência visa proteger.

⁶¹ Informação disponível em

http://www.portaldoinvestidor.gov.br/menu/Menu_Investidor/sistema_distribuicao/mercados_regulamentos.html

⁶² Análise feita com base em dados disponíveis em

<http://www.bmfbovespa.com.br/shared/iframeBoletim.aspx?altura=600&idioma=pt-br&url=www2.bmf.com.br/pages/portal/bmfbovespa/boletim1/resumoMercados1.asp>

e http://www.bmfbovespa.com.br/download/BOLETINSDIARIOS/bdi_00_20151016.pdf. Data base de 16 de outubro de 2015.

Há, portanto, grande possibilidade de muitas dessas operações envolverem agentes econômicos cujo faturamento ou volume de negócios ultrapassem os limites estabelecidos pelo artigo 88 da Lei 12.259, conforme alterado pela Portaria Interministerial 994, e pela regulamentação infralegal.

Entretanto, ao que indicam a velocidade e dinamismo acima mencionados, as operações em bolsa e mercado de balcão mostram-se de certa maneira eficientes e com baixo custo social. Boa parte dessas transações representa trocas nas quais alguém perde o mesmo que outro ganha – isto é, são um jogo de soma zero.

R. H. Coase, em seu teorema, destaca que a solução ótima para eliminação das imperfeições deriva exatamente da negociação direta entre as partes interessadas – como o que acontece nas bolsas e mercados de balcão organizado, onde são compensadas as externalidades positivas e negativas.

Em tais operações, a precificação dos ativos negociados indica competitividade e equilíbrio de mercado, a lei de oferta e procura aplica-se por segundo e acredita-se ser possível atingir um estado chamado de “ótimo de Pareto”.

Como explica Daniel K. Goldberg *“Um outro nome para o "ótimo de Pareto" é "eficiência econômica": bens e direitos são alocados de forma eficiente se não há qualquer distribuição alternativa sem que alguém (produtor ou consumidor) saia prejudicado”*⁶³.

Assim, ao se considerar que as operações de bolsa e de mercado de balcão estão inseridas em um mercado perfeitamente competitivo, atinge-se um resultado eficiente em que, na teoria, não seriam necessárias as aplicações das políticas da defesa da concorrência.

Além disso, o capital especulativo que alimenta tais operações é imprescindível para a circulação de riquezas e crescimento econômico, visto que é por meio das operações do mercado de capitais que as companhias (e demais emissores de valores mobiliários) captam recursos que acabam estimulando a geração de empregos, crescimento da produtividade e, assim, o desenvolvimento local.

Todas essas características são caras ao direito da concorrência, um direito essencialmente econômico. Deste modo, é de se compreender que a atuação prévia do CADE em relação a tais operações se mostra inviável e até mesmo desnecessária. O dinamismo e agilidade das operações de bolsa e mercado de balcão e as eficiências geradas por tal dinamismo

⁶³ GOLDBERG, Daniel k. *Notas sobre concorrência no sistema bancário*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 23/2004, p. 32 – 52, Jan – Mar, 2004.

e agilidade seriam completamente perdidos se os agentes que atuam em tais ambientes fossem obrigados a reportar-se ao CADE previamente a tomada de decisão de investimentos.

Mais ainda, se fosse necessária a atuação repreensiva do CADE pelo descumprimento da notificação prévia, teríamos um custo social impagável, posto que seriam onerados os agentes (aos quais seriam aplicadas penalidades com frequência) e o próprio órgão de defesa da concorrência (que ampliaria seu dever fiscalizatório e punitivo).

Assim, o dinamismo e agilidade das bolsas e mercados de balcão associados às aparentes eficiências produzidas, tornam possível a isenção dessas operações do crivo prévio do CADE para sua consumação.

Apesar disso, embora a defesa da eficiência seja atualmente aceita, ela é sujeita a diversos critérios que buscam assegurar que os seus benefícios serão compartilhados com a coletividade. Neste sentido, e como se passa a analisar, apesar de aparentemente eficientes, as operações em bolsa e mercado de balcão não podem estar totalmente livres da análise pelo órgão de defesa da concorrência.

2.2 Consequências da ausência da análise prévia

Embora aparentemente eficientes, em algumas situações, as operações de bolsa e mercados de balcão podem não funcionar adequadamente. Isto é, a alocação de bens e direitos decorrentes das leis de mercado aplicáveis a tais transações podem, nem sempre, levar a um resultado benéfico para a sociedade, isto é, podem haver falhas em tais ambientes.

Como explica Daniel K. Goldberg⁶⁴,

As chamadas ‘falhas de mercado’ ocorrem em diversas ocasiões, quando, por exemplo, (i) há uma divergência entre custos privados e custos sociais (e.g., fabricante polui o ar porque sabe que os custos serão arcados por toda a sociedade, as chamadas ‘externalidades negativas’), (ii) existem bens públicos (não ‘rivais’ quanto ao consumo), (iii) assimetrias de informação, ou a presença de (iv) monopólios naturais (setores em que a escala mínima eficiente de produção é ‘maior do que o mercado’).

A falha mais fácil de se compreender ao se avaliar os ambientes de bolsa e mercado de balcão é da assimetria de informações, sancionada inclusive pela CVM, mas não é essa a única falha que pode ocorrer.

Imagine-se as operações realizadas em bolsa ou mercados de balcão que venham a ser implementadas entre concorrentes como dos já citados casos da Forja Taurus e da CSN. Nessas

⁶⁴ GOLDBERG, Daniel k. *Notas sobre concorrência no sistema bancário*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 23/2004, p. 32 – 52, Jan – Mar, 2004.

situações, a regulação econômica vem para assegurar que o resultado da interação entre as concorrentes seja eficiente, tendo resultados adequados e condizentes à proteção dos mercados relevantes envolvidos em tais operações.

Ademais, mesmo em operações que não envolvam aquisição de participação ou de títulos conversíveis em participação, podem haver falhas. Por exemplo, em uma gestão agressiva de derivativos, na qual os administradores de uma companhia a expõe sobremaneira ao risco de valorização ou desvalorização de um ativo de um concorrente, pode estar havendo uma eliminação silenciosa da concorrência, posto que a primeira companhia terá seus resultados diretamente atrelados às condutas da segunda e, na hipótese de falência da segunda, o mercado consumidor na qual se inserem pode sofrer a perda das duas companhias.

Além disso, embora, como anteriormente demonstrado, uma operação que resulte em concentração de mercado possa ser aprovada se gerar eficiências que compensem seus efeitos negativos, ainda não é claro qual o padrão de prova aplicável à demonstração de tais eficiências, cabendo ao CADE a análise específica de cada caso.

Assim, sendo considerável a possibilidade de existirem falhas de mercado e diante da necessidade do CADE analisar com mais afinco as operações complexas realizadas em ambientes de bolsa e mercado de balcão que envolvam agentes econômicos de grande porte, é de se defender ser necessária a avaliação do CADE, mesmo que posterior.

Evidentemente, a análise posterior dessas operações, na contramão daquelas que se submetem à análise prévia, pode trazer algumas consequências ao mercado e aos agentes econômicos envolvidos.

A principal consequência para o mercado é a permissão tácita para que sejam praticados atos de *gun jumping* - aqueles atos que os agentes envolvidos praticam antes da aprovação da operação pelo CADE, violando a regra da análise prévia.

Tais atos podem ser praticados por meio de troca de ativos ou de informações de modo a prejudicar a independência e autonomia dos agentes, eliminando as condições de concorrência entre tais agentes.

Muito se discutia sobre tais atos quando da vigência da Lei 8.884, na qual a análise posterior era a regra. Naquele contexto, a análise do CADE era condição resolutive do negócio praticado, logo, até que o CADE se manifestasse, os atos implementados eram válidos e eficazes. Assim, avaliava-se como seria possível que as partes tomassem decisão de investimento ou de implementação da operação sem que tivessem acesso adequado às informações uma das outras. Ademais, dado o longo tempo que o CADE levava para se

manifestar não era crível que os agentes aguardassem indefinidamente para continuarem suas atividades.

Apesar disso, a problemática não se extinguiu com o novo regramento, pois não é de se imaginar que as partes irão perguntar ao CADE se podem fazer uma operação entre si sem ter um mínimo de interação antes e sem ter pactuado os principais termos e condições da operação.

A solução a ser adotada, então, é defender como necessária tal interação, desde que sejam preservadas a independência e autonomia das partes até que o CADE se manifeste e desde que não haja troca de informações concorrencialmente sensíveis.

Isto é, a troca de informações durante as negociações deve se ater à viabilizar a operação, em um contexto de boa-fé contratual, preservando qualquer informação sensível que não se mostrar essencial para que as partes se comprometam a implementar a transação, caso o CADE se manifeste favoravelmente.

No caso das operações realizadas em ambiente de bolsa e mercado de balcão, não é de se imaginar que as partes tenham tido interação entre si, ou seja, o agente, ao tomar a decisão de investimentos, acredita-se, teve acesso tão somente aos dados públicos divulgados pela investida. Mas a interação não é impossível (e em muitos casos, sequer é sancionável pela CVM).

Para tentar corrigir tal impropriedade, o CADE optou por manter a suspensão dos direitos políticos enquanto não finaliza sua análise. Assim, não sendo eficiente exigir que as operações realizadas em ambiente de bolsa e mercado de balcão fossem submetidas ao seu crivo prévio, optou o CADE por restringir o exercício dos direitos dos agentes que praticassem operações consideradas como de interesse do CADE, por força da Lei 12.259 e dos dispositivos infralegais.

Tal impedimento, logicamente, trouxe como consequência aos agentes econômicos envolvidos a espera da manifestação favorável do CADE para iniciarem atos de exercício de seus direitos políticos. Isso significa, na prática, por exemplo, que um acionista, por exemplo, pode perceber dividendos e exercer direitos patrimoniais, mas não pode votar em uma assembleia geral sem autorização do CADE.

A restrição, embora pareça razoável do ponto de vista da política da defesa da concorrência, pode ser prejudicial se olhada sob a ótica do direito societário e do mercado de capitais: impede-se o exercício do direito de voto por acionistas minoritários enquanto o CADE não aprova a operação.

Para evitar tal consequência é que alguns participantes haviam sugerido a inclusão de um artigo 109-B no RICADE para prever que aquisições de participação minoritárias não se sujeitariam à regra da suspensão de direitos políticos, o que não foi aceito pelo CADE.

Assim, compreendidas as razões para que o CADE não exija a notificação prévia dos atos realizados em ambiente de bolsa e mercado de balcão e verificadas as consequências de tal permissão pelo CADE, deve ser feita a análise da real necessidade em notificar o CADE posteriormente, partindo da problemática ora apontada, em que a defesa da concorrência se contrapõe ao direito do acionista minoritário (e, conseqüentemente, vai de encontro aos interesses da política do mercado de capitais).

3. A necessidade de análise posterior, pelo CADE, das operações em bolsa ou mercado de balcão

Como anteriormente mencionado, as operações de compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, realizadas em bolsa ou mercado de balcão, que envolvam duas partes cujo faturamento ou volume de negócios sejam equivalentes ou superiores a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais), de um lado, e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais), do outro, devem ser levadas ao conhecimento do CADE, posteriormente à sua realização.

Indaga-se qual seria a real necessidade em se notificar o CADE após a consumação de tais operações, especialmente se considerarmos (i) o dinamismo de tais operações e a agilidade com que os agentes podem desfazer dela, e (ii) as consequências que a notificação posterior traz ao mercado e seus agentes.

Para responder a tal questionamento, e como visto anteriormente, deve-se, primeiro, analisar se, mesmo em um ambiente altamente regulado como o do mercado de capitais, existem falhas capazes de chamar a atenção e a competência do CADE e, em segundo lugar, quais remédios o CADE seria capaz de aplicar para que tais falhas fossem corrigidas (isto é, ainda que lhe reste competência para atuar em tal mercado, se o CADE possui mecanismos realmente eficazes para combater as distorções eventualmente produzidas e, assim, equilibrar de maneira adequada os interesses das políticas da concorrência e do mercado de capitais).

3.1 Equilíbrio das competências do CADE e da Comissão de Valores Mobiliários

A CVM tem seu âmbito de atuação determinada pela Lei nº 6.385/76 que lhe atribui competência para expedir normas acerca dos valores mobiliários, seus emissores e os administradores e controladores de tais emissores, assim como confere à CVM dever fiscalizatório para que consiga alcançar, adequadamente, as finalidades da mencionada lei. Deste modo, é possível inferir que, no que tange a sua competência, a CVM pode ter função normativa ou fiscalizatória, essa última por meio de atuação preventiva – impedindo ilícitos – como repressiva – punindo os infratores.

Seja por meio de sua função normativa ou fiscalizatória, a preocupação da CVM – isto é, a razão de sua existência e a finalidade de sua atuação – não se aproxima necessariamente de qualquer preocupação que possa ter o CADE ou qualquer outro órgão do SBDC. Portanto, imperioso avaliar em que medida a interação entre a CVM e as autoridades concorrenciais é possível e como equilibrar tal interação, preservando as respectivas competências.

Segundo Gesner Oliveira, quando se analisa a relação entre concorrência e regulação⁶⁵ setorial, devem ser observadas quatro diferentes possibilidades de divisão de competências: (i) isenção antitruste – o setor é regido unicamente pela autoridade reguladora, que concentra todas as competências; (ii) competências concorrentes; (iii) competências complementares; e (iv) regulação antitruste (na qual todas as questões são atribuídas à autoridade concorrential)⁶⁶.

Na isenção antitruste, compete às instituições regulatórias aplicar as leis da concorrência partindo-se do pressuposto de que as normas setoriais possuem prevalência sobre as concorrenciais e que o órgão da concorrência não atua sobre setores regulados. Nas competências concorrentes, tanto a instituição regulatória quanto a antitruste aplicam a legislação de defesa da concorrência. Nas competências complementares, às instituições regulatórias é atribuída a regulação técnica e econômica, ao passo que as concorrenciais aplicam a legislação de defesa da concorrência. Na regulação antitruste a instituição de defesa da concorrência aplica tanto as normas antitruste, quanto as regulatórias, com prevalência das primeiras. Por fim, na desregulação determinada atividade econômica deixa de ser regulada técnica e economicamente para ser regida apenas pelas normas de defesa da concorrência.

Após analisar os quatro modelos, se conclui que o sistema de competências complementares – no qual a autoridade setorial tem como missão a regulação técnica e

⁶⁵ Nesse trabalho, serão utilizados os termos “regular” e “regulação” em seu sentido amplo para tratar da função normativa e fiscalizatória da CVM, afastando qualquer discussão a respeito da natureza da CVM (se é ou não órgão regulador), posto que tal análise não é objeto desta pesquisa.

⁶⁶ OLIVEIRA, Gesner apud ARAGÃO, Alexandre Santos, 2009.

econômica e o órgão concorrencial a aplicação da lei antitruste – seria o mais adequado, por não eliminar as competências e ao mesmo tempo, equilibrar as vantagens de cada órgão.

Portanto, um modelo adequado de interação entre instituições regulatórias e concorrenciais deve privilegiar a manutenção de suas competências, de maneira equilibrada, ou seja, com o mínimo de sobreposição e o máximo de complementaridade.

Para alcançar tal resultado, a regulação deve evitar restrições desnecessárias à concorrência no setor regulado ou a formação de estruturas concentradas de poder que tornem provável o abuso de posição dominante ou coordenação colusiva. Por outro lado, devem ser observadas, pelas autoridades antitrustes, as especificidades de cada setor regulado.

Assim, considerando uma vertente cooperativa entre o SBDC e a CVM, deve ser indagado (i) em que situação a atuação da CVM pode permitir restrições à concorrência ou formação de estruturas concentradas de poder, e (ii) como pode dar-se a cooperação entre as autoridades concorrenciais e a CVM.

Para responder ao primeiro questionamento, parte-se, como exemplo, da aquisição de ações preferenciais por um investidor qualquer no ambiente de bolsa de valores.

Em geral, no mercado de capitais brasileiro, raramente é permitido o exercício do direito de voto ao acionista titular de ações preferenciais. Assim, na medida em que ele não é titular de direitos de sócio que lhe asseguram, de modo permanente, a maioria das deliberações sociais, não lhe é atribuído poder de controle. Além disso, em determinadas situações, são conferidas medidas protetivas (pelas leis ou pela normatização da CVM) a tal acionista, lhe permitindo participação mais contundente na vida social, de modo a proteger seus direitos essenciais⁶⁷.

Considerando a hipótese em que tal acionista é um grande investidor institucional, com expressiva participação societária não votante em duas sociedades anônimas concorrentes, torna-se necessária a avaliação quanto à predominância dos interesses anticoncorrenciais de tal acionista na gestão das duas companhias, ainda que sob ponto de vista do direito societário (e das regras atinentes à CVM) não se tenha qualquer indício de irregularidade. Semelhante preocupação poderia ser vista em hipótese na qual tal acionista fosse um concorrente da própria investida.

⁶⁷ Como exemplo, pode ser citado o disposto no artigo 111, §1º da Lei no 6.404/76: “As ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a 3 (três) exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso”.

Do mesmo modo, se um acionista adquire participação minoritária em um concorrente – como nos mencionados casos da CBC e CSN -, necessária a atuação do SBDC, ainda que não haja qualquer irregularidade sob a ótica estrita do direito societário e do mercado de capitais.

Outro exemplo que se pode considerar é a celebração de contratos de derivativos no âmbito dos mercados de balcão em que uma parte passa a correr o risco do negócio da outra parte⁶⁸. Não estará, formalmente, configurada qualquer irregularidade do ponto de vista técnico do mercado de capitais, mas poderá estar em risco a competitividade entre elas⁶⁹.

Portanto, resta evidente que nem tudo é possível a CVM cuidar (e se preocupar), restando às autoridades concorrenciais inimagináveis situações em que sua atuação se mostre relevante, a despeito de toda competência normativa e fiscalizatória outorgada à CVM.

Quanto ao segundo questionamento feito anteriormente - como pode dar-se a cooperação entre as autoridades concorrenciais e a CVM -, não só é simples respondê-lo – isto é, basta a troca de informações tempestivas entre tais órgãos -, como já há dispositivo legal que determina que a CVM deve comunicar ao CADE as mudanças de controle acionário, conforme abaixo:

Lei 12.529, Art. 88, §8º: As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados.

Evidente que, no caso em que houver conflito entre as competências dos órgãos anticoncorrenciais e a CVM, a cooperação deverá refletir a primazia de uma regra à outra, o que deverá ser avaliado no caso em concreto, sempre tendo como principal objetivo a segurança jurídica e a proteção do mercado. Há de se salientar que nos casos da CBC e CSN, privilegiou-se a norma anticoncorrencial em detrimento dos direitos políticos (albergados pelas normas do direito societário e do mercado de capitais).

Em suma, a aplicação do Direito da Concorrência aos emissores de valores mobiliários, investidores e demais participantes do mercado de capitais, é uma realidade inegável que tende a se alargar ainda mais, sem que haja, necessariamente, invasão ou inversão de competências

⁶⁸ Por exemplo, em uma operação de troca de parâmetros (SWAP), duas companhias concorrentes podem vincular-se uma a outra – A aposta em B e B aposta em A. Eventual prejuízo direto em uma, ocasiona prejuízo indireto na outra.

⁶⁹ Em setembro de 2015, a CVM editou a Instrução nº 568, a qual, ao alterar o artigo 12 da Instrução CVM nº 358, deixou claro que ações referenciadas por derivativos serão computadas para verificação dos percentuais que configuram participação relevante. Logo, embora não se cometa qualquer irregularidade, já é possível verificar que tais operações merecem maior atenção dos reguladores.

entre autoridades anticoncorrenciais e CVM. Para tanto, a atuação das autoridades anticoncorrenciais deve, com efeito, ser excepcional e pontual, respeitado sempre o arcabouço regulatório setorial.

Assim, a regra é a aplicação do princípio da concorrência, mesmo em atividades reguladas, sendo que qualquer exceção à aplicação desse princípio deve ser pontual, de forma a se evitarem as disfunções que a sua não-aplicação pode ocasionar. Neste sentido, importante avaliar que tipos de remédio o CADE poderia utilizar para garantir a aplicação do princípio da concorrência nessas situações.

3.2 Os possíveis remédios a serem aplicados pelo CADE no âmbito do mercado de capitais

Os remédios aplicados pelo CADE são usualmente classificados como estruturais e comportamentais, sendo que os remédios estruturais determinam uma transferência de direitos, enquanto os remédios comportamentais determinam restrições ao exercício dos direitos.

O mais comum remédio estrutural é a determinação de venda ou desinvestimento dos ativos, total ou parcialmente. Já os remédios comportamentais, por serem obrigações de fazer ou não fazer, não seguem uma tendência lógica, devendo ser avaliados caso a caso.

Utilizando-se dos exemplos comentados na seção anterior, em que ocorrem falhas de mercado capazes de gerar restrições competitivas sem que exista uma correspondente irregularidade sob ponto de vista do direito societário e do mercado de capitais, podem ser utilizados os seguintes remédios visando afastar potenciais efeitos anticoncorrenciais⁷⁰:

- (i) desinvestimento (total ou parcial);
- (ii) transformação de uma participação ativa em passiva, pela retirada dos direitos de indicação de representante, voto, veto e de informação;
- (iii) eliminação de *interlocking directorates*, ou seja, vedação de indicação de membros que tenham representação, concomitantemente, nos órgãos de administração da investida e investidora, para evitar que tenham acesso a informações estratégicas de ambas as empresas; e
- (iv) criação de *chinese walls*, para impedir a troca de informações sensíveis entre as empresas.

⁷⁰ Categorias adotadas pela OECD em estudo realizado em 2008, conforme comenta Patricia Bandouk Carvalho.

Os remédios descritos em (i) e (iii) têm uma natureza estrutural, enquanto os descritos em (ii) e (iv) têm natureza comportamental. Obviamente, os remédios de natureza estrutural, por impedirem o adquirente da participação de exercer controle ou influência sobre a sociedade já investida são mais eficazes, embora nem sempre eficientes, se considerarmos a análise dos ganhos líquidos mencionada na primeira seção deste trabalho.

Os remédios com natureza comportamental, como as “*chinese walls*”, por sua vez, embora permitam um caminho intermediário e menos restritivo, por vezes geram dificuldades e custos significativos para seu monitoramento.

Para a ‘dosagem’ de tais remédios, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, por meio do qual serão incorporadas considerações econômicas que auxiliem o raciocínio jurídico. Neste sentido, “*em havendo eventual necessidade de se restringir a concorrência a fim de que outro bem jurídico seja privilegiado, a observância do princípio da proporcionalidade garante que o direito à concorrência não seja inadequadamente, desnecessariamente ou desproporcionalmente lesado, ou seja, garante que de fato não haja medidas alternativas mais idôneas, menos onerosas ou que garantam uma melhor relação de custo-benefício no sentido de alcançar o objetivo visado pela medida restritiva, assim deixando de afetar o ambiente competitivo*”⁷¹.

Em outras palavras, a aplicação do princípio da proporcionalidade pode conter os efeitos anticompetitivos de maneira ponderada com dados econômicos e setoriais, conferindo maior segurança jurídico-econômica aos agentes. Logo, não se trata de mera conveniência da autoridade anticoncorrencial em adotar um ou outro remédio, mas de tomada de decisão técnica que, de fato, maximize o bem-estar social, nos moldes em que se baseia a teoria do interesse público.

Nesse sentido, não basta que o regulador compreenda que a medida anticoncorrencial pode ser o meio mais adequado e menos custoso de se atingir fins economicamente desejáveis, como se demonstrou na seção anterior, mas é necessário que a autoridade antitruste compreenda e avalie dados econômicos específicos que lhe permitam tomar uma decisão ponderada, com base na aplicação do princípio da proporcionalidade.

71 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert, e RODRIGUES, Eduardo Frade. Proporcionalidade e melhora regulatória: a regulação dos serviços de táxi. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 22/2012, p. 277 – 305, Jul – Dez, 2012.

No mencionado caso da CSN, o CADE optou por adotar remédios de natureza estrutural e comportamental, como se observa da notícia veiculada em 09 de abril de 2014, na qual o CADE assim se pronunciou⁷²:

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica aprovou nesta quarta-feira, com restrições, a aquisição de participação acionária no capital social de Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A – Usiminas pela Companhia Siderúrgica Nacional – CSN (AC 08012.009198/2011-21). Embora a operação tenha recebido o aval do órgão antitruste, a aprovação foi condicionada à redução de parte da posição da CSN na siderúrgica concorrente. O prazo para que a CSN se desfaça das ações que adquiriu na Usiminas e o percentual a ser alienado são confidenciais.

(...)

O conselheiro relator do caso, Eduardo Pontual Ribeiro, explicou que a ausência de controle não exclui a possibilidade de efeitos anticoncorrenciais decorrentes dessas aquisições de participação acionária, uma vez que os incentivos para as empresas concorrerem se alteram. Pontual destacou que a limitação à participação da CSN na Usiminas é necessária já que as siderúrgicas são rivais no “extremamente concentrado mercado de aços planos”. As empresas são as duas maiores desse segmento estabelecidas no Brasil.

Até que seja efetivada a venda do percentual de ações determinado pelo Cade, os direitos políticos derivados das ações detidas pela CSN na Usiminas se manterão suspensos. Desse modo, fica vedada a indicação direta ou indiretamente, pela CSN, de quaisquer membros para o Conselho de Administração, Conselho Fiscal e demais órgãos de gestão e fiscalização da Usiminas, entre outras restrições.

Durante o período de cumprimento da decisão do Cade será permitido o aluguel de ações da CSN, desde que realizado com intermédio de bolsa de valores, pulverizadamente, de modo impessoal e nos termos e limites das operações regulamentadas pela BM&F Bovespa. Contratos fora de bolsa e desses limites, como contratos particulares, por exemplo, são vedados. A determinação visa afastar a possibilidade de direcionamento a um ou mais acionistas determinados para que, de forma isolada ou conjunta, utilizem os direitos políticos relativos às ações da CSN

As restrições à operação foram estabelecidas pelo Cade em comum acordo com a CSN, mediante a celebração de um Termo de Compromisso de Desempenho – TCD.

Como se observa, embora fosse mais simples ao CADE a adoção de um remédio estrutural que determinasse a venda da totalidade da participação adquirida, o CADE aparentemente⁷³ se absteve de utilizar mecanismo demasiadamente restritivo, indicando ter atuado de forma conveniente aos interesses concorrenciais e com aplicação franca do princípio da proporcionalidade.

⁷² Disponível em: [http://cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20\(2\).pdf](http://cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20(2).pdf). Acesso em 18 de outubro de 2015.

⁷³ Como existem dados confidenciais cujo conteúdo não pode ser publicamente acessado, não é possível concluir em que medida o CADE foi sensível aos apelos da CSN.

4. Conclusões

Como visto, diante da dinâmica dos mercados de capitais, é de se compreender as razões pelas quais o artigo 109-A do RICADE não exige a análise prévia dos atos de concentração perpetuados nos ambientes de bolsa e mercado de balcão.

Por outro lado, as consequências resultantes de tal dispensa – isto é, a prática de atos anticompetitivos decorrentes das condutas permitidas pelo artigo 109-A do RICADE -, justificam o necessário e constante intercâmbio e monitoramento de tais operações pelo CADE, e, conseqüentemente, tornam indispensável a notificação posterior.

Em outras palavras, embora seja compreensível que o CADE tenha afastado a análise prévia das operações de compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, realizadas em bolsa ou mercado de balcão, as consequências anticompetitivas que tal afastamento pode gerar justificam, por sua vez, a necessidade de notificação posterior (ou seja, não há fundamento para se defender a ausência completa de notificação ao CADE).

Ademais, compreendida, portanto, a necessidade em se manter a competência do CADE sobre tais operações – ainda que em sede de notificação posterior –, imperioso reconhecer que tal competência deve ser exercida de maneira equilibrada com a competência já exercida pela CVM, de modo a permear a vertente cooperativa da relação entre tais instituições e privilegiar não uma ou outra entidade, mas a toda a sociedade brasileira.

Neste sentido, ao aplicar os remédios estruturais ou comportamentais a que se sujeitam os agentes julgados pelo CADE, valioso que as autoridades os ponderem da forma mais eficiente possível, com adoção do princípio da proporcionalidade e sempre considerando toda a dinâmica do mercado de capitais e todo o esforço político-normativo da CVM.

5. Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Competências antitruste e regulações setoriais*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 16, jan. 2009.

BONFIM, Anderson Medeiros. *Antitruste em setores regulados: o caso dos portos*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 22/2012, p. 223 – 247, jul – dez. 2012.

CARVALHO, Patricia. *Remédios antitruste em atos de concentração relativos à aquisição de participação minoritária em rival*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 21, p. 181 – 205, jan–jun. 2012.

CASELLI, Bruno Conde. *Advocacia da concorrência e regulação: a interação entre Seae e ANP à luz da nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011)*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 26, p. 177 – 193, jul – dez. 2014.

CASTRO, Bruno Braz de. *Os limites jurídicos entre a legislação federal de defesa da concorrência e a ordenação econômica formulada por estado ou município: a contribuição da state action doctrine*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 17, p. 92, jan. 2010.

COELHO, G.; MAFRA, R. *Padrão de prova aplicável à demonstração de eficiências econômicas no âmbito da análise de atos de concentração*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 26, p. 93 – 111, jul – dez. 2014.

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

GUERRIERO, Ian. *Modelos de simulação na análise antitruste: teoria e aplicação nos casos Ambev, Nestlé-Garoto e CVRD*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 15, p. 163, jan. 2007.

GOLDBERG, Daniel k. *Notas sobre concorrência no sistema bancário*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 23/2004, p. 32 – 52, Jan – Mar, 2004.

LOBO, Carlos Alexandre. *Cade ajusta os critérios de notificação e análise de atos de concentração*. Disponível em:
http://www.veirano.com.br/por/contents/view/cade_ajusta_os_criterios_de_notificacao_e_analise_de_atos_de_concentracao. Acesso em 18 de julho de 2015.

MARTINEZ, Ana Paula. *Controle de concentrações econômicas no Brasil: passado, presente e futuro*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 18, p. 11, jul. 2010.

MAFRA, Ricardo. *Gun-jumping e atos até o fechamento de operações: a proteção do investimento no contexto da análise prévia de atos de concentração*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 24, p. 11 – 29, jul - dez 2013.

MORESCA, L.; RODRIGUES, R. *Hedge e derivativos: aspectos jurídicos da internalização do risco*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, p. 68 e ss. *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Competências antitruste e regulações setoriais*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 16, p. 29, jan. 2009.

RAGAZZO, C.; RODRIGUES, E. *Proporcionalidade e melhora regulatória: a regulação dos serviços de táxi*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 22/2012, p. 277 – 305, jul – dez. 2012.

TOLLINI, Priscilla Tardelli. *Complementaridade entre agente regulador e autoridade da concorrência: o caso do sistema financeiro*. RDC, vol. 2, nº 2, p. 23-42, nov. 2014.

Possíveis Impactos das Novas Diretrizes do FIES e Ead nas Estratégicas dos Oligopólios Educacionais⁷⁴

Eneida Cardoso de Britto Corrêa⁷⁵

RESUMO

No contexto de crises política, econômica e institucional experimentadas no país, a partir de 2015, o Ministério da Educação (MEC) realiza profundas alterações em duas importantes políticas públicas regulatórias voltadas para a oferta de Educação Superior Privada, que são: o Financiamento Estudantil (FIES) e Ensino a Distância (EaD). Tais alterações sugerem que as mantenedoras de instituições de educação superior, sobretudo as grandes instituições, consideradas oligopólios, alterem ou reforcem posicionamento mercadológico, a fim de aumentar a lucratividade e continuar a trajetória de crescimento, por intermédio da aquisição de rivais ou de parte dos ativos, o que contribui diretamente para aumento da quantidade de fusões e, por consequência do nível de concentração nos mercados relevantes relacionados a oferta de educação superior privada.

Palavras-chave: Educação Superior Privada; Oligopólios; Mercados Relevantes; FIES; EaD; Atos de Concentração.

ABSTRACT

In the context of political, economic and institutional crisis experienced in the country, from 2015, the Ministry of Education carries out major changes in two important regulatory public policies for the provision of Private Higher Education, which are: the Student Financing Program (FIES) and Distance Education (EaD). These changes suggest that the sponsors of higher education institutions, especially large institutions considered oligopolies, alter or strengthen market position in order to increase profitability and continue the path of growth through the acquisition of rivals or part of the assets. It is directly contributing to increasing the amount of mergers and accordingly the level of concentration in the relevant markets related to private higher education supply.

Keywords: Private Higher Education; Oligopolies; Relevant markets; FIES; EaD; Merger and Acquisitions.

Classificação JEL: L13

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Mercado de Prestação de Serviços de Ensino Superior Privado; 3. As Mudanças

⁷⁴ Este artigo, elaborado como trabalho final da disciplina Organização Industrial do Mestrado Acadêmico de Economia da Universidade de Brasília (DF), contém excertos da dissertação *Modelo regulatório híbrido da educação superior privada: possibilidades, limites e desafios*, apresentada pela autora, como trabalho final do Mestrado Profissional em Administração Pública da Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV), em 2015.

⁷⁵ Mestre em Administração Pública pela FGV, MBA Executivo Internacional – Ohio University e MBA em Planejamento, Orçamento e Gestão Pública pela FGV, atualmente ocupando o cargo de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental no Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, tendo atuado no mesmo cargo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Possui graduação em Ciências Sociais e História pela Universidade de Brasília (UNB) e experiência na área de Administração, com ênfase em Gestão Governamental, Políticas Públicas e Educação Corporativa.

Normativas no FIES e EaD; 3.1. Financiamento Estudantil (FIES); 3.2. Educação a Distância (EaD); 4. Oligopólios Educacionais e o Modelo de Cournot; 5. Conclusões; 6. Referências.

1. Introdução

O crescimento do setor de prestação de serviços educacionais privados de nível superior no país, nas três últimas décadas, surpreende pelos percentuais significativos alcançados e pelas características indutoras, tendo sido o Estado o principal “incentivador” desse crescimento, por intermédio de políticas públicas regulatórias coordenadas e articuladas pelo Ministério da Educação (MEC), sendo as empresas prestadoras de serviços de educação superior privada as grandes responsáveis pelos resultados alcançados.

Políticas tais como o Financiamento Estudantil (FIES), utilizado por milhares de estudantes, como consumidores, e por empresas educacionais, via mantenedoras, propiciaram às Instituições de Ensino Superior (IES) acessarem a uma fonte de financiamento, quase um “capital de giro” sem riscos e subsidiado, e oportunizaram que estudantes, independente das suas condições materiais e, praticamente, com pouquíssimas exigências em termos de desempenho acadêmico, pudessem se graduar numa faculdade ou em uma universidade sem arcar com os custos financeiros de um curso superior no curto prazo, com o compromisso de, após a conclusão do curso, pagar os valores devidos em função da graduação para o Estado.

Por outro lado, a metodologia do Ensino a Distância (EaD)⁷⁶ propiciou que as ofertas de cursos superiores quebrassem as barreiras ou as fronteiras regionais, típicas do ensino presencial, permitindo que o processo ensino-aprendizagem, mediado por ferramentas e dispositivos tecnológicos e informacionais, seja disponibilizado nos mais diferentes e distantes municípios brasileiros, mas, ainda, sob a exigência de condicionantes relativos ao ensino semipresencial representado pelos Polos, em que alunos acessam os recursos tecnológicos e informacionais, bibliotecas, cumprem exigências acadêmicas, entre outros.

⁷⁶ O Ensino a Distância (EaD) ou Educação a Distância (segundo posição do Conselho Nacional de Educação - CNE) é modalidade educativa incentivada pelo Poder Público a mais de duas décadas tendo como referência a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), art. 80. Baseada no tripé metodologia, gestão e avaliação, e oferecida tanto no âmbito das Rede Pública de Ensino e pelas Instituições Privadas, possibilitou ao longo dos últimos anos, no que se relaciona ao Ensino Superior, a ação articulada entre políticas, o Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI), as Diretrizes Curriculares e o Projeto Pedagógico de Curso (PPC) fossem aplicadas em ambientes virtuais, multimídias e interativos. Todavia a aplicação da metodologia de EaD é bem mais ampla e goza de tratamento diferenciado pelo Poder Público.

Todavia, o cenário político e econômico mudou substancialmente nos dois últimos anos⁷⁷ exigindo alterações significativas na modelagem do FIES e, ainda, no Ensino a Distância, que, num primeiro momento, exige investimentos significativos em equipamentos tecnológicos (*hardware*) e de informação (*software* e aplicativos), espaços físicos equipados e pessoal especializado para orientar os estudantes, no modo a distância, e nos Polos, mas que podem ser rapidamente diluídos, pois os recursos informacionais das novas plataformas educacionais permitem alcançar um público muito maior do que num ambiente presencial, sendo a capilaridade do EaD um dos grandes diferenciais em relação ao ensino presencial em salas de aula tradicionais, sugerindo que essa *modalidade educativa* possa vir a ser uma das principais estratégias concorrenciais dos grandes grupos educacionais em seu processo de expansão.

Outra possibilidade adotada pelos grupos educacionais, objeto de exame, de avaliação e de julgamento de órgãos colegiados concorrenciais e reguladores, são as *fusões e aquisições horizontais*, que, direta ou indiretamente, estão moldando o mercado de prestação de serviços de ensino superior privado nos seus aspectos concorrenciais e educacionais.

O objetivo deste ensaio é investigar e refletir sobre as estratégias negociais de grandes grupos educacionais que atuam no setor de prestação de serviços educacionais de nível superior – *oligopólios educacionais* – na busca por otimizar os seus lucros via fusões e aquisições, tendo como consequência o aumento no nível de concentração nos mercados relevantes associados.

Pretende-se, ainda, neste estudo, verificar se as alterações pontuais nos marcos regulatórios das políticas públicas educacionais de nível superior, especialmente FIES e EaD, podem induzir os agentes econômicos a tomarem decisões que aumentem as operações com viés concentracionista aumentando o portfólio de produtos e o nível de oferta dos serviços.

Utilizamos como referencial teórico o Modelo de Cournot, partindo da hipótese de que se todas as empresas operam com produtos homogêneos⁷⁸, o mesmo preço e a mesma

⁷⁷ No final de 2014, concluída a reeleição da ex-Presidente Dilma Rousseff, as primeiras manifestações presidenciais, destacam o propósito de adoção de medidas para melhorar a economia, com claros sinais de esgotamento; Reforma Política, inclusive com proposta de plebiscito; Reforma Tributária, tendo em vista os conflitos distributivos, e o combate a corrupção, com medidas para criminalizar o “caixa dois”. Em termos de implicações para a Educação Superior, já havia claros sinais de redução significativa de recursos financeiros com impactos diretos no financiamento estudantil e na oferta de bolsas de estudos, o que ocorre efetivamente a partir do primeiro semestre de 2015.

⁷⁸ O conceito de produtos homogêneos tem sido associado aos mercados de concorrência perfeita, onde uma grande quantidade de firmas oferece produtos que são perfeitos substitutos entre si. No caso do mercado de prestação de serviços de educação superior observa-se um grande número de firmas ofertando cursos superiores, mas, também, a presença de empresas dominantes, no conjunto compõem **uma estrutura oligopolista de mercado**. Na caracterização dos cursos superiores ofertados por instituições privadas numa estrutura de mercado oligopolista, mas fortemente regulada pelo Estado, que estabelece **barreiras à entrada**, há de se considerar que o processo regulatório tende a “homogeneizar” os produtos, na medida em que os pré-requisitos e condicionantes impostos relacionados as diretrizes curriculares nacionais e os parâmetros de qualidades dos cursos exigidos para o credenciamento das instituições educacionais e respectivas autorizações de cursos são iguais para qualquer

tecnologia, e fazem as suas escolhas estratégicas simultaneamente, existirá uma coincidência no custo marginal. Todavia, a margem de lucro estará diretamente associada às **quantidades produzidas**, sendo oportuno e desejável, para o acréscimo no nível de lucratividade e o crescimento contínuo, **a adoção das estratégias de compra de rivais ou de seus ativos parcialmente**.

Como recursos de pesquisa, foram utilizados: investigação documental com leitura de estudos setoriais, relatórios, notícias, jornais, informativos; pesquisa bibliográfica e em redes eletrônicas; estudos de pareceres públicos de Atos de Concentração (AC), conservados no interior do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – autarquia responsável pelo exame de mérito e julgamento dos AC; exames de notas técnicas, pareceres e relatórios elaborados pela Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior (SERES), unidade orgânica do MEC responsável pelo credenciamento de instituições educacionais de nível superior e **autorização de cursos**.

2. Mercado de Prestação de Serviços de Ensino Superior Privado

O Ensino Superior Privado, nas três últimas décadas, se firmou como o grande motor de desenvolvimento da educação superior no país, e, mais, como um mercado vigoroso que cresceu proporcionalmente e em complexidade. Vários fatores contribuíram para esse movimento ascendente, com destaque para o processo de globalização que “(...) trouxe consigo a internalização do capital que, rigorosamente, busca oportunidades, preferencialmente, com menores riscos, para aporte de novos capitais a serem remunerados com altas taxas de retorno (...)” (CORREA, 2015, p.15); e, ainda, internamente, a Constituição Federal de 1998, reconhece no art. 209 a participação da iniciativa privada no processo educacional em todos os níveis.

O fenômeno de crescimento, que não é nacional, ao contrário, é um movimento internacional, cujas forças atraem não somente instituições tradicionais do setor, mas também

instituição privada, independente do curso. Uma possível diferenciação estará no quantitativo de vagas a serem autorizadas e no processo avaliativo *a posteriori* nos termos dos Decretos nº 5.773, de 9 de maio de 2006, e nº 7.690, de 2 de março de 2012. O aluno que lograr êxito na conclusão de um curso superior numa instituição credenciada, seja bacharelado, licenciatura, tecnólogo ou curso superior à distância, numa instituição pública ou privada, independentemente da localização da IES na Federação, ou do preço do curso, terá direito a um diploma que o credencia, entre outros direitos, ao exercício de uma atividade profissional reconhecida. Nesse sentido, adotamos para fins deste estudo a abordagem de produto homogêneo sob a ótica da prática reguladora, como uma aproximação conceitual para o melhor entendimento do modelo, mas sem olvidar a existência de outros fatores determinantes na escolha final do consumidor, tais como: marca, tradição, publicidade/informação, preço, etc.

algumas *non profit*, hoje reconhecidas como Terceiro Setor⁷⁹, e, sobretudo instituições lucrativas que representam o 2º Setor, que se chama *Mercado*.

Demonstramos na Tabela 1, a seguir, elaborada por Corrêa, em 2015, na defesa de um novo modelo regulatório híbrido, o intenso ritmo de crescimento do mercado de prestação de serviços educacionais, de 2000 a 2012, na perspectiva das matrículas efetuadas nos cursos de graduação:

TABELA 1: HISTÓRICO DE MATRÍCULAS

Ano	Públicas	Com fins Lucrativos	Sem fins Lucrativo	Sem Informação	Especial	Total Privadas	Total em Matrículas
2000	887,026	324,578	1.433,058	49,583	0	1.757,636	2.694,245
2001	939,225	396,896	1.639,501	55,132	0	2.036,397	3.030,754
2002	1.051,655	506,360	1.873,483	48,415	0	2.379,843	3.479,913
2003	1.136,370	630,080	2.084,269	36,303	0	2.714,349	3.887,022
2004	1.178,328	725,637	2.226,688	33,080	0	2.952,325	4.163,733
2005	1.192,189	831,447	2.394,382	35,138	0	3.225,829	4.453,156
2006	1.239,119	936,486	2.499,041	0	0	3.435,527	4.674,646
2007	1.270,885	1.244,347	2.365,042	107	0	3.609,389	4.880,381
2008	1.300,611	1.396,862	2.382,583	0	0	3.779,445	5.080,056
2009	1.370,256	1.464,724	2.280,916	0	0	3.745,640	5.115,896
2010	1.461,696	1.599,228	2.388,196	0	0	3.987,424	5.449,120
2011	1.595,391	1.734,700	2.416,671	0	0	4.151,371	5.746,762
2012	1.775,359	2.558,445	2.601,821	0	122,459	5.160,266	7.058,084
Evolução	100.1%	688.2%	81.6%	-100.0%	-	193.6%	162.0%
Representação Setorial em 2000	32.9%	12.0%	53.2%	1.8%	0.0%	65.2%	100.0%
Representação Setorial em 2012	25.2%	36.2%	36.9%	0.0%	1.7%	73.1%	100.0%

Fonte: Elaboração da autora, com informações do Censo da Educação Superior – 2012 e Observatório Universitário, 2013.

Todos os segmentos que ofertam cursos superiores apresentaram crescimento. Mas o segmento com fins lucrativos apresentou uma variação de 688,2% no espaço de 13 anos, bem superior aos demais. Nos últimos anos, discute-se um arrefecimento na tendência de crescimento, possivelmente causado pelas crises política e econômica, pano de fundo para a

⁷⁹ O Terceiro Setor representa o segmento histórico e tradicional de atuação da iniciativa privada na Educação Superior. Todavia, mais recentemente, novos atores, também, representantes ativos da iniciativa privada na educação, passaram a compor o segmento, não por vocação social, mas por competência e eficiência, e com forte incentivo estatal, que são as empresas prestadoras de serviços educacionais, de natureza lucrativa, doravante denominadas Mercado ou 2º Setor, pois atuam na lógica de negócios. Uma das características de maior relevância social do Terceiro Setor, além da vocação social, é o porte das instituições que, em sua maioria, são de médio e pequeno porte, distribuídas em todo território nacional, com concentração nas regiões metropolitanas do Centro – Sul. Essa dispersão espacial associada ao porte permite que tais entidades consigam avançar em locais pequenos e de infraestrutura menor, como, por exemplo, no caso de uma Faculdade cuja instalação no interior do país é mais fácil de ser viabilizada, do que um Centro Universitário ou uma Universidade com todos os seus cursos.

alteração no mais importante programa do Governo Federal de acesso à educação superior no país, que é o Financiamento Estudantil (FIES), principalmente, a partir de 2015.

Em relação às mensalidades, o setor educacional privado de nível superior vivenciou um ciclo de queda de valores das mensalidades, no período de 2000 a 2010, que chegou ao valor médio de R\$ 575,00, no último ano da série, uma redução de mais de 38%, tendo como referência o valor médio de R\$ 794,00, praticado em 2000, correspondendo a 65,2%, considerando o valor médio de R\$ 950,00, praticado em 1996.

Alguns fatores como o aumento da concorrência, as crises econômicas e, principalmente, a diminuição da demanda reprimida (pela expansão da oferta) explicam o comportamento dos preços, que tiveram uma recuperação, a partir de 2011, em função, principalmente, dos financiamentos estudantis. Em 2014, o valor da mensalidade média, de acordo com os estudos da HOPER Educação (2014, p. 27), foi de R\$ 645,00, tal recuperação, aliada à eficiência na gestão de custos, poderá ser decisiva nos próximos anos, em que estão projetadas, no máximo, correções pontuais para as mensalidades associadas aos impactos inflacionários.

As instituições privadas com fins lucrativos, verdadeiras **empresas prestadoras de serviços educacionais**, têm se destacado na busca por maior eficiência operacional e pela melhor gestão dos custos organizacionais combinada com o combate à inadimplência e à evasão escolar, com o conseqüente risco da redução dos financiamentos estudantis. Para tanto, uma das principais estratégias são as **fusões e as aquisições** que tem se intensificado na última década.

A consequência de maior visibilidade desse processo é o surgimento e a consolidação de superestruturas organizacionais de natureza educacional, mas com um *modus operandi* bastante diverso e complexo pelo seu gigantismo e por sua tendência concentradora, são os **Oligopólios Educacionais**. A Nota Técnica 326/2013-CGLNRS/DPR/SERES/MEC assim define Grupos Educacionais: “(...) Concentração de empresas, sob a forma de integração (participações societárias, resultando no controle de uma ou umas sobre as outras), obedecendo todas a uma única direção econômica (...)”.

Em dados mais recentes compilados na Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior (SERES)⁸⁰ do MEC é possível observar que o segmento da iniciativa

⁸⁰ O MEC conta na sua estrutura organizacional com duas secretarias finalísticas que atuam diretamente com Educação Superior: Secretaria de Educação Superior (SESU); Secretaria de Supervisão e Regulação do Ensino Superior (SERES); e Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica (SETEC), que supervisiona Instituições de Educação Superior e Educação Básica especializadas em educação profissional e tecnológica. Compõem, ainda, o sistema de ensino superior, a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES); o

privada com fins lucrativos, mesmo com a queda nos valores das mensalidades, continuou avançando e aperfeiçoando suas práticas de gestão a cargo das **mantenedoras**, mas num processo de fusão e de aquisições, que, inicialmente, era tratado, no âmbito da SERES, como processo de transferência de manutenção⁸¹. No ranking apresentado a seguir, temos os principais grupos em atuação no país.

TABELA 2: RANKING DOS 20 MAIORES GRUPOS ECONÔMICOS EDUCACIONAIS

ORD	Grupo Econômico	Nº de Mantenedoras	Matriculas	Market share
1	KROTON EDUCACIONAL S.A.	120	1019842	17,4%
2	ESTACIO PARTICIPACOES S.A.	44	388364	6,6%
3	ASSOCIACAO UNIFICADA PAULISTA DE ENSINO RENOVADO OBJETIVO (UNIP)	33	365538	6,2%
4	REDE INTERNACIONAL DE UNIVERSIDADES LAUREATE LTDA	10	229310	3,9%
5	UNIAO DAS INSTITUICOES EDUCACIONAIS DO ESTADO DE SAO PAULO	113	84032	1,4%
6	SER EDUCACIONAL S.A.	21	82901	1,4%
7	GAEC EDUCACAO S.A.	7	71926	1,2%
8	CENTRO ESTADUAL DE EDUCACAO TECNOLOGICA PAULA SOUZA	75	59790	1,0%
9	ASSOCIACAO EDUCACIONAL LUTERANA DO BRASIL – AELBRA	8	47657	0,8%
10	DEVRY BRASIL	8	35210	0,6%
11	INSTITUTO MANTENEDOR DE ENSINO SUPERIOR DA BAHIA LTDA – ME	6	33597	0,6%
12	FUNDACAO PRESIDENTE ANTONIO CARLOS CAMPANHA NACIONAL DE ESCOLAS DA COMUNIDADE	21	18698	0,3%
13	SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL – SENAC	19	17719	0,3%
14	GRUPO IBMEC EDUCACIONAL S.A	8	11649	0,2%
15	INSTITUTO ENSINAR BRASIL	21	10657	0,2%
16	ASSOCIACAO EDUCATIVA DO BRASIL - SOEBRAS	12	10225	0,2%
17	UNIAO SOCIAL CAMILIANA	6	9628	0,2%
18	SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL	49	8583	0,1%
19	ITPAC-INSTITUTO TOCANTINENSE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS LTDA	12	6770	0,1%
TOTAL		637	2.535.979	43,1%

Fonte: Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior – Ministério da Educação, 2016. Reproduzida com adaptações.

Conselho Nacional da Educação (CNE); o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) (4), principais parceiros da SERES, área reguladora responsável, entre outros por: planejar e coordenar o processo de formulação de políticas para a regulação; e autorizar, reconhecer e renovar o reconhecimento de cursos.

⁸¹ A transferência de manutenção, nos termos da Portaria MEC nº 40/2007 é considerada um incidente na vida organizacional da IES, ou seja, um ato extraordinário que requer da **Mantenedora** a comprovação, entre outros, da qualidade na prestação de serviços. O entendimento deste importante instituto, requer a recuperação dos conceitos de mantenedora e mantida. A mantenedora é responsável pelos aspectos organizacionais, societários e financeiros e possui personalidade jurídica, mantendo sob a sua responsabilidade uma ou várias instituições de ensino, provendo os recursos necessários à instituição. A Mantida responde pelas atividades acadêmico-pedagógicas, e depende economicamente e administrativamente da Mantenedora.

Os vinte maiores grupos educacionais – que podem representar uma mantenedora ou várias – em atuação no país, respondem por **43,1%** do mercado de prestação de serviços educacionais, considerando apenas as matrículas nos cursos superiores de graduação ofertadas em 637 Instituições de Educação Superior (IES), significando que 43,1% do alunado está cursando o nível superior nessas instituições, correspondendo a **2.535.979 matriculados**, de um total de 7.828.013 inscritos no ensino superior, segundo dados do Censo da Educação Superior, ano 2014, promovido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP).

Segundo o Censo Superior 2014, são 2.368 instituições em atividade no território nacional, dessas 2070 são privadas, correspondendo a 87% do total, e 298 são públicas, o que equivale a 13%, em regra, universidades e institutos federais. As matrículas na rede privada equivalem a 5.827.011, o que corresponde a 75% do total de 7.828.013 inscrições. A rede pública responde por 1.961.002 matrículas, equivalente a 25%. Em 2014, foram ofertados 32.828 cursos superiores, 21.842 por IES privadas – 67% – e 11.036 por universidades e institutos federais, o que equivale a 33% do total da oferta.

As pesquisas do MEC indicam três naturezas de grupos econômicos atuando com educação superior: de capital aberto; capital estrangeiro; e outras categorias. Os grupos de capital aberto são: Kroton Educacional S.A.; Estácio Participações S.A.; Ser Educacional S.A.; e GAEC Educação S.A. Essas empresas possuem ações negociadas na BM&F Bovespa⁸². Em relação à participação de capital internacional, dois grupos se destacam: Rede Internacional de Universidade Laureate Ltda. e Devry Brasil.

Em outra abordagem, a Revista Exame, em Edição Especial, classificou os 200 maiores grupos privados com atuação no país em 2015, considerando as vendas líquidas. No conjunto, eles tiveram receita de 720 bilhões de dólares em 2015, respondendo por 2,9 milhões de empregos. Os lucros alcançaram 9 bilhões de dólares, uma redução de 71% em relação ao ano anterior. Os Grupos Kroton Educacional, de Belo Horizonte (MG), e Estácio, do Rio de Janeiro (RJ), aparecem nas posições 100 e 152, respectivamente. Em 2014, ocupavam a posição 126 e 169, respectivamente, o que demonstra a trajetória ascendente dos dois principais grupos educacionais cujas vendas líquidas alcançaram R\$ 5, 51 bi – Grupo Kroton, e R\$ 3,07 bi Grupo Estácio, em 2015.

⁸² A Bolsa de Valores de São Paulo Bovespa era a oficial do Brasil até iniciar um processo de fusão com a BM&F, Bolsa de Mercadorias e Futuro, que culminou na criação de uma nova instituição, denominada BM&F Bovespa no dia 8 de maio de 2008.

O entendimento quanto à estrutura organizativa/administrativa do Sistema Federal de Ensino relaciona-se diretamente com a organização acadêmica. Na Tabela 3, adiante, são apresentadas as distribuições:

TABELA 3: DISTRIBUIÇÃO DE INSTITUIÇÕES POR ORGANIZAÇÃO ACADÊMICA

Tipo de Valores	Faculdades	Universidades	Centro Universitários	IF e Cefet	Total de Instituições
Valor absoluto	2.042	193	140	41	2.416
Valor relativo (%)	84,5%	8,0%	5,8%	1,7%	100,0%

Fonte: Elaboração da autora, em 2015, com os dados do CENSUP 2013.

As instituições privadas somam 2.112 IES, que representam 87,4% do total. As 304 instituições públicas representam 12,6%. As faculdades representam 84,5% das instituições privadas, o que sugere que a indissociabilidade de ensino, de pesquisa e de extensão é uma diretriz de difícil implementação no atual cenário educacional de nível superior.

Essa classificação ou taxinomia, além de não identificar e representar a diversidade e a complexidade das IES em termos de estruturas, de funções, de objetivos, de características, de tipos de graus concedidos, de variedades de cursos, de perfil dos alunos, entre outros, carrega em si um desvio fundamental, na medida em que as exigências acadêmicas e funcionais para a constituição de Faculdades e de Centros Universitários são bem menores que as das Universidades, não sendo exigido a articulação do ensino com pesquisa e extensão.

Ressalte-se que, mesmo no caso dos Centros Universitários que são figuras infralegais, criadas por Decreto e Portaria do MEC⁸³, não existe a obrigatoriedade de integração de pesquisa e de ensino, como entendido nos meios acadêmicos, sendo a extensão um conceito difuso. Assim, nesse ambiente de nível superior privado, é possível inferir: a) a realização de pesquisas está restrita às Universidades; e b) a classificação das instituições de ensino superior está a cargo do Mercado. O último, por sua vez, tenderá em optar por modelos acadêmicos de menor custo, considerando que, nas palavras de Nunes (2012, p. 239 e 240):

(...) a articulação do ensino, pesquisa e extensão em instituições de excelência que, segundo a legislação deve caracterizar o ensino ministrado nas universidades é **dispendiosa. Requer concentração de recursos materiais e humanos**, e não dispersão como vem sendo sugerido pelo grande número de universidades (públicas), que seriam obrigadas a fazer atividades de pesquisa. (NUNES, 2012, p.) (Adaptação e grifo nosso).

⁸³ Os atos de criação dos Centros Universitários são o Decreto nº 2.306, de 19 de agosto de 1997, e a Portaria MEC Nº 2.041, de outubro de 1997.

Ainda em relação aos modelos organizativos, é importante destacar que a evolução do mercado do ensino superior privado permitiu a criação de novos segmentos ou novas camadas que não se incorporam à divisão tradicional mantenedora, mantidas ou IES, adotados pelo MEC/SERES. Os Grupos Educacionais não são, em princípio, mantenedores, eles **possuem** mantenedoras, que estão em diferente patamar, como, por exemplo, no caso do Grupo Kroton. Não existe nenhum registro formal no **e.Mec**, em que possam ser pesquisadas informações sobre o Grupo, mesmo que educacionais. Todavia, esse é o maior grupo econômico educacional em atuação no país, composto por 120 instituições, que, por sua vez, desdobram-se em universidades, faculdades e centros universitários *mantidas*, os quais, também, desdobram-se em unidades (se no mesmo município), campi e polos (para atividades de EaD).

Tal situação exemplifica o gigantismo e a complexidade do ambiente mercadológico de ensino superior, e coloca um grande desafio tanto para o órgão regulador, quanto para o Sistema de Defesa da Concorrência, pois, em regra, os exames e os julgamentos do CADE perpassam a “camada” **Grupos Econômicos**. Entretanto, as análises e as decisões do MEC/SERES perpassam a “camada” **Mantidas**, e, **ocasionalmente**, a “camada” **Mantenedoras**, como nos exemplos da transferência de manutenção ou da assistida.

Outro ponto de reflexão é a forma como os exames são processados. Se de um lado, o CADE, corretamente, preocupa-se com a defesa da concorrência e, por consequência, com os possíveis abusos ou desconformidades que levem ao exercício abusivo de poder de mercado em detrimento dos demais interesses sociais, o MEC, principalmente, nos exames relativos à transferência de manutenção, preocupa-se com a continuidade da prestação dos serviços educacionais, o que também é meritório, mas reproduz o mesmo modelo de exame do credenciamento das instituições. Todavia, pergunta-se: a qualidade do ensino; a correta alocação das novas instituições; os produtos educacionais ou *entregas* sociais; a gestão dos recursos; a seleção das instituições pela sua capacidade de oferta e inovação; a adequabilidade dos cursos às demandas regionais, etc. No contexto acima exposto: quem está pensando essas grandes questões ou políticas? Tais questões, pela sua relevância, não deveriam estar articuladas ou coordenadas nos momentos cruciais em que organizações educacionais estão se fundindo ou associando?

Tão importante quanto conhecer os atores e as autoridades que atuam na educação superior privada é fundamental entender de que tipo de *mercado* estamos falando, pois o mercado de prestação de serviços educacionais é dotado de uma dinamicidade, em que várias características e peculiaridades delimitam “fronteiras” e distinções entre os produtos entregues

pelas IES, que vão de cursos superiores, pós-graduações tanto nas modalidades presencial ou a distância (EaD), quanto no Sistema de Soluções Educacionais (SSE), entre outros.

As empresas prestadoras de serviços educacionais tendem a diversificar o negócio educacional. Além do EaD, que exige investimentos em novas tecnologias e inovação, o SSE, desde 1980, tem evoluído de forma contínua e dinâmica. Iniciando com sistemas apostilados de ensino, ou simplesmente apostilas, passando por diferentes etapas/fases de elaboração de material de apoio ao professor (impresso); encontros de qualificação de docentes; elaboração de indicadores de desempenho (discentes e docente); apoio publicitário e de marketing, entre outros, para chegar à etapa atual: a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias para uso em tablete, com o objetivo de substituição total ou parcial do material impresso. Em levantamento realizado pela HOPER Educação, em 2013, foram identificadas 43 Marcas no Mercado operadas por 30 Players, alguns bastante conhecidos como, por exemplo, os Grupos Objetivo, Mackenzie, Positivo, Kroton, Editora FTD, entre outros.

Em recente estudo publicado pelo CADE, foram explicitadas a forma de abordagem da Educação Superior Privada nas dimensões **produto e geográfica**. Desde 2007, foram notificadas ao Conselho várias operações, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, também conhecida como Lei Antitruste. Todavia, apenas em outubro de 2012, aprovadas e concluídas dezenas de análise de operações, o Conselho “(...) **julgou o primeiro ato de concentração** onde foram encontradas participações de mercado resultantes da operação acima de 20% (...)”^{84,85} (Atos de Concentração no Mercado de Prestação de Serviços de Ensino Superior, p. 43) considerada a *linha de corte* para verificação de eventual exercício de poder de mercado.

O CADE iniciou a sua participação nos exames dos atos de concentração em 2001, em decorrência da mudança da regulação no setor e, sobretudo, por causa do processo de expansão da educação superior privada. Nesse ano, o órgão julgou e aprovou a entrada do Grupo Americano Apollo no capital da antiga Pitágoras (atual Kroton). Entretanto, somente a partir do segundo semestre de 2007, o movimento de fusões e de aquisições se intensificou, criando a necessidade do CADE examinar muitas operações, implicando, assim, na construção de um

⁸⁴ A Lei Antitruste estabelece referenciais de valores mínimos para que uma operação de fusão/aquisição deva ser apresentada previamente para exame obrigatório de conformidade, de caráter autorizativo. Os valores atuais são de R\$ 750.000.000,00 de faturamento bruto anual e R\$ 75.000.000,00, conforme incisos I e II, do art. 88 da Lei nº 12.529/2011 e PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 994, DE 30 DE MAIO DE 2012.

⁸⁵ Ato de concentração nº 08012.008706/2011-53 (Requerentes: Anhanguera Educacional Ltda.; Instituição Educacional Professor Luiz Rosa Ltda.), aprovada sem restrições em 31/10/2012.

arcabouço jurisprudencial sob a ótica concorrencial que pudesse refletir um mercado dinâmico em rápida formação.

Nesse sentido, vários julgados, até 2008, doze no total⁸⁶, sobretudo envolvendo o Grupo Estácio, pormenorizaram as características dos mercados relevantes relacionados ao ensino superior privado. O auge desse processo de fusões e de aquisições ocorre entre 2011 e 2013, sendo os grupos de maior destaque, pela quantidade de operações formado por: Kroton, Anhanguera, Estácio, Laureate, Anima e Cruzeiro do Sul, segundo os registros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

É importante salientar que uma operação de compra e venda de instituições de ensino superior, na prática do MEC, é uma **negociação de manutenção de uma IES** – seja universidade, seja centro de ensino superior ou faculdade, e quem negocia são as *mantenedoras*, pessoas jurídicas de fato e de direito, que podem adquirir novas mantidas ou o controle societário de uma entidade mantenedora, que pode vir a ser adquirido por terceiros – fundos de investimento; outros grupos econômicos, etc. Nesse sentido, extraímos do Caderno de Educação do CADE esclarecedor comentário acerca dos Fundos de Investimento e o impacto na análise dos atos concorrenciais:

(...) **Fundos de investimento em participação** – Para o entendimento mais profundo de como se constituem e agem as IES privadas no Brasil é necessário ainda que se considere outras instituições que começaram a participar do mercado na última década e foram fundamentais para a configuração atual do mercado de ensino superior privado: os fundos de investimento em participação (ou *private equity*). Esses fundos têm por objetivo aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição e outros títulos e valores mobiliários de companhias abertas ou fechadas.

A participação dos fundos de investimento **não se resume ao aporte de capital, eles têm influência direta em decisões estratégicas das empresas investidas.** Assim, apesar de os investimentos nas empresas muitas vezes terem caráter minoritário, os fundos têm como prática assegurar o controle de gestão para garantir as melhorias no negócio acima mencionadas. **É usual a elaboração de Acordos de Acionistas, os quais estabelecem cláusulas que visam garantir o direito ao fundo de indicar profissionais para posições de diretoria e conselho administrativo, o que garante que o controle executivo da empresa investida esteja também nas mãos do fundo de private equity.** Os fundos de investimento têm ou tiveram participação nos principais grupos empresariais do mercado de ensino superior, que lideraram o processo de fusões e aquisições de empresas analisados e julgados pelo Cade: o fundo Pátria (brasileiro) atuou no processo de expansão da Anhanguera; a Laureate tem participação do fundo norte-americano KKR; a Estácio tem investimentos do fundo GP, de origem brasileira; o fundo Advent (de origem norte-americana) foi um dos controladores do grupo Kroton durante o seu período de expansão e, em 2015, voltou a investir no mercado de ensino superior adquirindo IES no Rio Grande do Sul; o fundo Actis, de origem britânica, detém participação societária na Cruzeiro do Sul; e, a Anima Educação conta com investimentos do fundo brasileiro BR Educacional.

⁸⁶ Atos de Concentração de números: 08012.004402/2001-45; 08012.011611/2007-31; 08012.011782/2007-60; 08012.001740/2008-00; 08012.001741/2008-46; 08012.006180/2008-71; 08012.006864/2008-73; 08012.006789/2008-41; 08012.010747/2008-12; 08012.010741/2008-37; 08012.010748/2008-59; 08012.010746/2008-60.

A participação dos fundos de investimentos no capital social de empresas de educação traz implicações para a análise concorrencial empreendida pelo Cade, não só pelo **aumento das concentrações de mercado decorrentes dos processo de compra de concorrentes, como também pela necessidade de se atentar para a possibilidade de tais fundos terem participação em outras empresas concorrentes ou, ainda, participantes de outros estágios da cadeia produtiva capazes de gerar um processo de integração vertical com as instituições de ensino superior.** (...) (Atos de Concentração no Mercado de Prestação de Serviços de Ensino Superior – Cadernos do Cade, p. 23 e 24. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/caderno-de-educacao-20-05-2016.pdf>>.) (Grifo nosso).

As dimensões produto e geográfica são basilares no exame dos Atos de Concentração (AC). Além da participação de fundos de investimento, as análises, em regra, consideram muitos outros elementos, tais como: a existência ou não de sobreposições horizontais ou verticais; a atual e a futura composição acionária; os tipos e as modalidades de cursos oferecidos, e os perfis distintos dos consumidores (estudantes) pela ótica da demanda; a abrangência geográfica de atuação das mantidas; entre outros, para, em consequência, segmentar os mercados relevantes de ensino superior.

Nas primeiras análises empreendidas pelo CADE, utilizou-se um conceito simples para mercado relevante: *prestação de serviços de ensino superior privado*, à época suficiente para avaliar um mercado incipiente em termos de operações de fusões e aquisições. Com o passar do tempo e maior complexidade das operações, houve a necessidade de aprimorar as definições. Atualmente, os mercados relevantes do setor de ensino superior privado, considerando a *expertise* do CADE e as orientações técnicas da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, têm como elementos referenciais:

- Tipos de Programa: sequencial de formação específica; graduação; especialização (pós-graduação lato sensu); Mestrado (pós-graduação stricto sensu); e Doutorado.
- Cursos de bacharelado e licenciatura e cursos superiores de tecnologia – possuem diferenciações tanto pela ótica da demanda, quanto pela da oferta. Os primeiros possuem maior duração, de quatro a seis anos. Os cursos superiores de tecnologia possuem uma duração menor (em geral dois anos) e possuem foco profissionalizante, com aplicação da teoria e princípios.
- Modalidade de ensino – presencial ou ensino a distância.
- Cursos e eixos temáticos – última desagregação incorporada no modelo de análise de mercado relevante na perspectiva produto, sob as óticas da oferta e da demanda.

A dinamicidade do mercado de educação superior privada, representada pelo seu porte e complexidade, tem exigido dos órgãos reguladores e da defesa da concorrência uma atuação proativa no monitoramento e no acompanhamento das pretensões e dos pleitos dos agentes econômicos, afim de que os consumidores finais – estudantes – não tenham seus direitos prejudicados em termos financeiros e qualitativos. Entretanto, as constantes e recentes

alterações normativas e legais nos programas governamentais, diretamente relacionados às novas diretrizes políticas e fiscais criou novos desafios de coordenação e articulação para os agentes econômicos e regulatórios.

3. As Mudanças Normativas no FIES e na EaD

3.1 Financiamento Estudantil

O ano de 2015 foi paradigmático em relação a duas das principais políticas públicas de acesso de jovens estudantes ao ensino superior, sobretudo o privado, que são o Financiamento Estudantil e a Educação a Distância.

As instituições privadas, reconhecidamente, são imprescindíveis para o alcance das metas previstas no Plano Nacional de Educação (PNE) 2014-2024. Espalhadas por todo o território nacional, as instituições de ensino privadas, compostas por empresas – representantes do Mercado ou do 2º Setor e organizações *non profit*, representantes do 3º Setor, vocacionadas socialmente, em regra, pequenas mas de grande capilaridade – ofertam conjuntamente mais de 75% das vagas. As IES, como são conhecidas, representam um conjunto de instituições diversificadas como Grupos Educacionais, Mantenedoras e Mantidas, grandes, médias ou pequenas instituições.

As metas do PNE estabelecem percentuais de cobertura da população na faixa etária de 18 a 24 anos, garantindo a elevação das taxas de matrícula – bruta e líquida⁸⁷ – para 50% e 33%, respectivamente, assegurando a qualidade da oferta. Tais objetivos são desafiadores em qualquer cenário, ainda mais num cenário de crises econômica e política, com indicativos fortes de ajuste fiscal.

O FIES é o instrumento viabilizador para o ingresso de jovens e adultos em instituições particulares de ensino, obedecendo critérios de renda e acadêmicos, possibilitando a concessão de financiamento a estudantes, que só após a conclusão do curso farão o ressarcimento aos cofres públicos, sob condições especiais.

Em 2010, o programa foi aprimorado, dos quais destacamos: a criação do Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo (FGEDUC), que dispensa a apresentação de fiador e institui a possibilidade de pagamento do financiamento com trabalho; a redução dos juros para 3,4% a.a.; a ampliação do prazo de carência e de pagamento. Desde então, houve um

⁸⁷ A taxa bruta reflete a porcentagem de matrículas na educação superior em relação a população de 18 a 24 anos, segundo informações do Observatório do PNE. Disponível em: <<http://www.observatoriodopne.org.br/metas-pne/12-ensino-superior>>. Acesso em: Em 2014, era de 34,2%, e a Meta é de 50% em 2024. A taxa líquida reflete a porcentagem de matrículas da população de 18 a 24 anos na Educação Superior. Dados da mesma fonte indicam que em 2014 o alcance foi 17,7%, e a Meta em 2014 é de 33%.

progressivo aumento dos contratos formalizados, atingindo, em 2014, 732.662 contratações, envolvendo recursos aproximados da ordem de R\$ 30 bilhões.

Na Tabela 4, a seguir, apresentamos a evolução do FIES no período de 2010 a 2015, com base nos dados disponibilizados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), via e.SIC⁸⁸:

TABELA 4: EVOLUÇÃO DO FIES – ANOS 2010 A 2015

ANOS	CONTRATOS FORMALIZADOS	IES COM FIES	REPASSE FINANCEIRO EM BILHÕES
2010	76.159	985	0,88
2011	154.282	1310	1,83
2012	377.916	1541	4,47
2013	559.928	1619	7,57
2014	732.662	1636	13,69
2015	287.418	1463	14,09
TOTAL	2.188.365	-	42,53

Fonte: Elaboração da autora, com dados do FNDE, 2016.

Observa-se que o auge do Programa foi alcançado em 2014, ano eleitoral, em que mais de 730.000 alunos obtiveram financiamento, o que significou um desembolso de R\$ 13,69 bilhões. Vale ressaltar que, em que pese a redução 60,77% nos contratos formalizados entre 2014 e 2015, no último ano, houve um desembolso de R\$ 14,09 bilhões em virtude de ajustes de contas. Estimativas do saldo devedor total em fase de amortização revelam valores aproximados de R\$ 1.860.000.000,00, mas encontra-se em desenvolvimento sistema para o tratamento de dados relativos à inadimplência.

A redução significativa dos contratos formalizados em 2015 revela uma inflexão no Programa, além dos problemas de sustentabilidade financeira, em que são inseridas exigências para alunos e instituições ofertantes dos financiamentos.

Os novos critérios, publicados no início do segundo semestre de 2015, disciplinam, entre outros: a) os cursos com notas 5 e 4 terão mais vagas ofertadas, com prioridade para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (excluindo Distrito Federal) e em carreiras como engenharia, áreas da saúde e formação de professores; b) aumento de juros para 6,5% e novo teto de renda familiar mensal bruta *per capita* (atualmente o teto é de até 3 salários mínimos); c) apenas estudantes sem diploma do ensino superior poderão pleitear o financiamento, e desde que tenham feito o Enem a partir de 2010, com nota final de pelo menos 450 pontos, e que não tenham zerado a redação. Ressalte-se que professores da rede estadual estão isentos de cumprir os três requisitos, e pessoas

⁸⁸ Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e.SIC). Disponível em: <<http://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.html?ReturnUrl=%2fsistema>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

que tenham concluído o ensino médio antes de 2010 não precisam cumprir a exigência de ter realizado o Enem, mas devem se encaixar nos outros dois requisitos.

Em 15/7/2016 foi anunciada a última grande alteração no FIES, com a publicação da Medida Provisória nº 741, de 14 de julho de 2016, em que as despesas com as taxas administrativas dos contratos do financiamento, repassadas para os agentes financeiros (CAIXA e BB), antes de responsabilidade do MEC, serão arcadas pelas instituições educacionais e equivalem a 2% sobre os contratos do FIES. Cálculos iniciais da Associação Brasileira de Mantenedoras do Ensino Superior (ABMES) estimam economia da ordem de R\$ 400 milhões.

A última medida foi divulgada e discutida como provisória no âmbito da ABMES. Todavia, combinada com as demais medidas restritivas adotadas em 2015, confere uma nova modelagem à política pública na busca de maior sustentabilidade e aderência às diretrizes educacionais e ao ensino de qualidade. Por outro lado, todas as IES deverão ajustar as suas programações e gestões financeiras, pois o impacto imediato é a redução da demanda ou das novas matrículas, sobretudo no ensino presencial.

3.2 Educação a Distância (EaD)

A EaD, atualmente considerada uma **modalidade de ensino** que articula e contextualiza o processo de ensino-aprendizagem num ambiente virtual multimídia e interativo, é ofertada tanto por instituições públicas quanto privadas. As instituições públicas compõem o Sistema Universidade Aberta do Brasil (UAB) cuja supervisão é de responsabilidade da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) que, recentemente, divulgou a lista das 84 (oitenta e quatro) instituições públicas de ensino superior (IPES) as quais foram aprovadas para oferta de vagas de curso superior.

O público em geral poderá ser atendido, mas na UAB são priorizados a formação de professores que atuam com educação básica, dos dirigentes, dos gestores e dos trabalhadores em educação básica dos estados, municípios e do Distrito Federal. Pelo sistema UAB, também, são ofertados mestrados profissionais em rede nacional, no formato semipresencial, voltados à formação de professores da educação básica.

Na Tabela 5, a seguir, apresentamos a evolução do ingresso na EaD no período de 2010 a 2012:

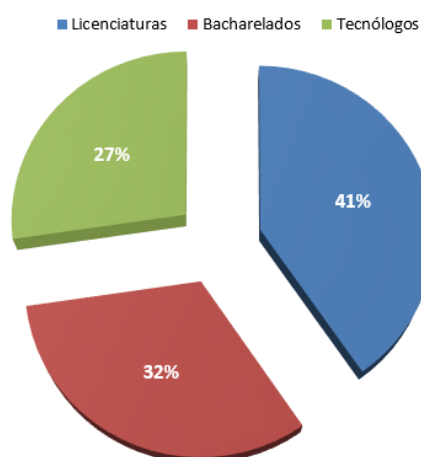
Tabela 5: EVOLUÇÃO DO INGRESSO EM EAD – 2010 A 2012

Ano	Alunos Ingressantes Privado	Alunos Ingressantes Público	Total
2010	297.298	34.730	332.028
2011	375.559	30.955	406.514
2012	469.415	38.911	508.326
Total	1.142.272	104.596	1.246.868
Evolução	57,9%	12%	53,1%

Fonte: Elaboração da autora, com informações do MEC e do HOPER Educação 2015.

A Educação a Distância é apontada pelos especialistas como uma das estratégias indicadas para a continuidade do processo de expansão do ES, de forma que as taxas de crescimento médio verificadas no período de 1997 a 2003 – época de “ouro” do crescimento da ES Privada –, em torno de 16,8% a.a., possam ser retomadas.

Outro dilema que gira em torno do EaD está associado à formação de futuros professores da Educação Básica nos cursos de licenciatura. A Educação Básica, pelas faixas etárias dos alunos, é presencial em todos os níveis, exigindo uma forte interação humana e social. Um profissional cuja formação é mediada pelo uso intensivo de tecnologia poderá acessar a uma vasta base de conhecimentos, até mesmo, com atendimento diferenciado e personalizado. Contudo, a oportunidade de desenvolvimento de habilidades e de atitudes requeridas numa sala de aula poderá ficar seriamente prejudicada. A seguir, demonstraremos, no Gráfico, a distribuição de cursos EaD por tipo de formação. Veja:

Gráfico 1: DISTRIBUIÇÃO DE CURSOS EAD

Fonte: Elaboração autora, 2015, com dados extraídos da Hoper Educação 2012.

A questão do financiamento estudantil para alunos da Educação a Distância é pleito recorrente da iniciativa privada, ou seja, FIES/EaD. Entre os muitos pontos controversos que

envolvem este tema, vale relembrar que os valores médios das mensalidades da EaD são significativamente menores do que uma mensalidade de um curso presencial tradicional⁸⁹.

No sentido de melhor conhecer a oferta dos cursos na modalidade a distância, apresentaremos, na Tabela 6, a seguir, a distribuição por região, estado e tipo de instituição.

TABELA 6: OFERTA DE CURSOS A DISTÂNCIA POR REGIÃO, ESTADO E TIPO DE INSTITUIÇÃO

REGIÃO NORTE							
ESTADO	TOTAL DE MUNICÍPIOS	QTD DE CURSOS OFERTADOS	MUNICÍPIOS ATENDIDOS	% MUNICÍPIOS ATENDIDOS	INSTITUIÇÃO PÚBLICA	INSTITUIÇÃO PRIVADA	TOTAL
AP	16	78	9	56,25%	3	25	28
RR	15	105	15	100,00%	5	12	17
AM	62	113	16	25,81%	3	19	22
AC	22	104	8	36,36%	2	15	17
RO	52	107	18	34,62%	2	12	14
PA	144	112	57	39,58%	3	21	24
TO	139	117	22	15,83%	3	15	18
SUBTOTAL	450	736	145	-	21	119	140
MÉDIA	64	105	21	44,06%	3	17	20
REGIÃO NORDESTE							
ESTADO	TOTAL DE MUNICÍPIOS	QTD DE CURSOS OFERTADOS	MUNICÍPIOS ATENDIDOS	% MUNICÍPIOS ATENDIDOS	INSTITUIÇÃO PÚBLICA	INSTITUIÇÃO PRIVADA	TOTAL
MA	217	124	42	19,35%	3	22	25
CE	184	104	41	22,28%	3	25	28
PI	224	102	41	18,30%	2	13	15
RN	167	98	23	13,77%	4	18	22
PB	223	99	28	12,56%	1	19	20
PE	185	106	41	22,16%	3	22	25
AL	102	118	17	16,67%	2	18	20
SE	75	80	28	37,33%	1	16	17
BA	417	331	197	47,24%	5	29	34
SUBTOTAL	1.794	1.162	458	-	24	182	206
MÉDIA	199	129	51	23,30%	3	20	23
REGIÃO CENTRO-OESTE							
ESTADO	TOTAL DE MUNICÍPIOS	QTD DE CURSOS OFERTADOS	MUNICÍPIOS ATENDIDOS	% MUNICÍPIOS ATENDIDOS	INSTITUIÇÃO PÚBLICA	INSTITUIÇÃO PRIVADA	TOTAL
MT	141	124	50	35,46%	1	17	18
MS	79	124	47	59,49%	1	24	25
GO	246	135	64	26,02%	2	24	26
DF	1	228	1	100,00%	3	94	97
SUBTOTAL	467	611	162	-	7	159	166
MÉDIA	117	153	41	55,24%	2	40	42
REGIÃO SUDESTE							
ESTADO	TOTAL DE MUNICÍPIOS	QTD DE CURSOS OFERTADOS	MUNICÍPIOS ATENDIDOS	% MUNICÍPIOS ATENDIDOS	INSTITUIÇÃO PÚBLICA	INSTITUIÇÃO PRIVADA	TOTAL
MG	853	143	197	23,09%	1	36	37
ES	78	126	45	57,69%	2	20	22
RJ	92	122	50	54,35%	6	32	38
SP	645	160	279	43,26%	5	53	58
SUBTOTAL	1.668	551	571	-	14	141	155
MÉDIA	417	138	143	44,60%	4	35	39

⁸⁹ Outras informações poderão ser consultadas no estudo setorial da HOPER Educação – 2014 (disponível em xxx).

TABELA 6: OFERTA DE CURSOS A DISTÂNCIA POR REGIÃO, ESTADO E TIPO DE INSTITUIÇÃO

REGIÃO SUL							
ESTADO	TOTAL DE MUNICÍPIOS	QTD DE CURSOS OFERTADOS	MUNICÍPIOS ATENDIDOS	% MUNICÍPIOS ATENDIDOS	INSTITUIÇÃO PÚBLICA	INSTITUIÇÃO PRIVADA	TOTAL
PR	399	147	161	40,35%	3	32	35
SC	295	118	80	27,12%	3	22	25
RS	497	138	135	27,16%	3	26	29
SUBTOTAL	1.191	403	376	-	9	80	89
MÉDIA	397	134	125	31,54%	3	27	30
TOTAL GERAL	5.570	3.463	1.712	39,75%	75	681	756

FONTE: Elaboração da autora com dados do Cadastro e-MEC de Instituições e Cursos de Educação Superior, 2016.

A presença do ensino de EaD nos municípios brasileiros ainda é pequena. Excetuando a região Centro-Oeste, a única que possui mais de 50% dos municípios alcançados pela Educação a Distância, somente o Estado de Roraima e o DF possuem 100% dos seus territórios cobertos integralmente pela modalidade a distância, ressaltando que o DF compõe um único município. A oferta está, majoritariamente, a cargo das instituições privadas

A Tabela 7, a seguir, mostra reflexão em relação ao comparativo entre as modalidades presencial e a distância, na abordagem quantitativa, e a oferta de cursos nas diferentes regiões brasileiras.

TABELA 7: COMPARATIVO DE CURSOS SUPERIORES NAS DIFERENTES MODALIDADES POR ESTADO E REGIÃO

REGIÃO NORTE							
ESTADO	CURSO PRESENCIAL		CURSO A DISTÂNCIA		TOTAL INSTITUIÇÃO	TOTAL DE CURSOS	TOTAL DE MUNICÍPIOS ATENDIDOS
	QTD CURSOS	QTD MUNICÍPIOS	QTD CURSOS	QTD MUNICÍPIOS			
AP	90	5	78	9	28	120	9
RR	81	7	105	15	21	136	15
AM	204	58	113	16	41	250	58
AC	70	22	104	8	26	133	22
RO	94	13	107	18	29	149	21
PA	194	60	112	57	44	241	77
TO	100	15	117	22	28	162	24
SUBTOTAL	833	180	736	145	217	1.191	226
MÉDIA	119	26	105	21	31	170	32
REGIÃO NORDESTE							
ESTADO	CURSO PRESENCIAL		CURSO A DISTÂNCIA		TOTAL INSTITUIÇÃO	TOTAL DE CURSOS	TOTAL DE MUNICÍPIOS ATENDIDOS
	QTD CURSOS	QTD MUNICÍPIOS	QTD CURSOS	QTD MUNICÍPIOS			
MA	147	65	124	42	43	204	78
CE	211	32	104	41	63	153	45
PI	141	34	102	41	42	182	50
RN	156	24	98	23	37	193	32
PB	171	20	99	28	46	215	38
PE	223	34	106	41	46	255	46
AL	145	19	118	17	39	197	27
SE	122	9	80	28	31	150	28
BA	288	140	139	129	73	331	197
SUBTOTAL	1.604	377	970	390	420	1.880	541
MÉDIA	178	42	108	43	47	209	60
REGIÃO CENTRO-OESTE							
ESTADO	CURSO PRESENCIAL		CURSO A DISTÂNCIA		TOTAL INSTITUIÇÃO	TOTAL DE CURSOS	TOTAL DE MUNICÍPIOS ATENDIDOS
	QTD CURSOS	QTD MUNICÍPIOS	QTD CURSOS	QTD MUNICÍPIOS			
MT	189	46	124	50	38	239	63
MS	138	26	124	47	34	194	51
GO	238	53	135	64	55	287	73
DF	181	1	124	1	31	228	1
SUBTOTAL	746	126	507	162	158	948	188
MÉDIA	298	50	203	65	63	379	75
REGIÃO SUDESTE							
ESTADO	CURSO PRESENCIAL		CURSO A DISTÂNCIA		TOTAL INSTITUIÇÃO	TOTAL DE CURSOS	TOTAL DE MUNICÍPIOS ATENDIDOS
	QTD CURSOS	QTD MUNICÍPIOS	QTD CURSOS	QTD MUNICÍPIOS			
MG	330	164	143	197	91	373	236
ES	184	26	126	45	47	240	46
RJ	372	41	122	50	109	400	57
SP	694	177	160	279	219	735	291
SUBTOTAL	1.580	408	551	571	466	1.748	630
MÉDIA	395	102	138	143	117	437	158
REGIÃO SUL							
ESTADO	CURSO PRESENCIAL		CURSO A DISTÂNCIA		TOTAL INSTITUIÇÃO	TOTAL DE CURSOS	TOTAL DE MUNICÍPIOS ATENDIDOS
	QTD CURSOS	QTD MUNICÍPIOS	QTD CURSOS	QTD MUNICÍPIOS			
PR	352	80	147	161	94	399	165
SC	280	71	118	80	40	309	98
RS	400	153	138	135	69	400	153
SUBTOTAL	1.032	304	403	376	203	1.108	416
MÉDIA	344	101	134	125	68	369	139
TOTAL GERAL	5.795	1.395	3.167	1.644	1.464	6.875	2.001

FONTE: Elaboração da autora com dados do Cadastro e-MEC de Instituições e Cursos de Educação Superior, 2016.

O total de cursos ofertados é sempre menor do que o somatório dos cursos presenciais ou a distância em virtude de que uma mesma graduação poderá ser ofertada tanto na modalidade presencial quanto na a distância. O mesmo raciocínio é válido para o total de municípios atendidos, pois um mesmo município poderá ofertar cursos presencial e a distância.

As Regiões Sudeste e Sul, em que pese serem menores em quantidade de estados, possuem as maiores quantidades de instituições educacionais atuando nas regiões, seja em números absolutos seja em relativos.

A quantidade de cursos ofertados a distância é sempre menor do que presencialmente. Entretanto, o número de municípios atingidos é sempre maior (exceto na Região Norte), o que demonstra a capilaridade da educação a distância e o seu potencial como alternativa estratégica para expansão da oferta.

A Educação a Distância, também denominada “Ensino a Distância”, a aproximadamente três anos virou objeto de debates e de discussões nas mais diversas instâncias: governamentais, associativas e particulares. Aparentemente, as **Diretrizes e as Normas Nacionais para a Oferta de Programas e Cursos de Educação Superior na Modalidade a Distância**, elaborada pela Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação (CNE), no Parecer CNE/CES Nº 23991,999922/2913-98, e publicado pelo Ministro de Estado da Educação no DOU, em 10/3/2016, não logrou êxito em pacificar o tema, que, até a presente data, **não foi regulamentado** na forma prevista.

Em manifestação de março de 2016, a Associação Brasileira de Educação a Distância (ABED) apresentou uma série de críticas ao novo Marco Legal, mesmo antes da sua regulamentação, que está atrasada. Registramos, a seguir, as proposições estruturais⁹⁰, que, na visão da ABED, foram discutidas, mas não foram incorporadas, mas que resumem com clareza os impasses que cercam o tema na atualidade. Assim:

- Autorização e regulamentação do uso de **Bibliotecas Digitais**.
- **Autorização e regulamentação para expansão de polos das IES que tenham IGC contínuo igual ou superior a 4, tendo em vista que a IES poderá expandir o número de polos a cada dois anos, sem necessitar de visita prévia para sua ativação. As visitas e as avaliações referentes a esses polos ocorrerão**

⁹⁰ A ABED encaminhou documento contendo as suas críticas ao novo marco legal de EaD. Disponível em: <http://www.abed.org.br/arquivos/Carta_ABED_EAD_Ministro_Educacao_2016.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2016.

quando do reconhecimento dos cursos oferecidos e/ou do credenciamento da IES, o que acontecer primeiro.

- **Permissão para que sejam constituídas IES para oferta exclusiva de cursos na modalidade a distância.**

- Definição da modalidade dos cursos considerando o maior percentual da modalidade de oferta das atividades de ensino e de aprendizagem.

- **Permissão para que as IES sejam efetivamente autônomas**, como definido na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB 9394/96, para descrever seus projetos, metodologias e modelos didático-pedagógicos para o ensino mediado por tecnologia de informação e comunicação, determinados nos seus documentos institucionais: Projeto de Desenvolvimento Institucional – PDI, Projeto Pedagógico Institucional – PPI e Projeto Pedagógico de Curso – PPC, de modo a promover, com seu corpo administrativo, docente, tutores e discentes, uma educação de qualidade e inclusiva, independente da modalidade de ensino.

- Necessidade de uma profunda revisão dos Referenciais de Qualidade para Educação Superior a Distância (2007), de modo a contemplar **diversos modelos didático-pedagógicos que não necessariamente demandem tutoria presencial, além de diferentes metodologias recentemente incorporadas ao cotidiano da sociedade**, assim como a necessidade de revisão da Portaria Normativa no 40*, de 2007. (Grifo nosso).

O potencial de crescimento da EaD é inquestionável e a tendência é que os grandes Grupos Educacionais invistam nesta estratégia, o que, também, é interessante para o Governo, na medida em que poderá contribuir para o alcance das metas do PNE. Todavia, existem gargalos administrativos a serem equacionados pelo MEC, relativo ao estoque de processos de credenciamento a serem analisados, ao tempo de duração dessas consultas, e, em especial, à análise de viabilidade dos Polos.

4. Oligopólios Educacionais e o Modelo de Cournot

Os oligopólios compõem, na visão dos economistas, um dos quatro tipos de estrutura de mercado. Nos oligopólios, poucas empresas fabricam ou ofertam serviços que, de certa forma, determinam a quantidade de produtos/serviços a serem oferecidos. Em outras palavras, o oligopólio representa uma estrutura de mercado em que apenas poucos vendedores oferecem produtos similares ou idênticos. Nesse ambiente, as ações de um vendedor/produzidor poderão impactar ações de um outro vendedor, mais especialmente, os lucros, o que cria uma *relação de interdependência*.

Pensando de forma ideal num mercado competitivo composto por um grande número de vendedores e produtores, cada um tem uma participação tão pequena que inviabiliza

qualquer pretensão de influenciar o preço do produto/serviço, cobrando valores superiores ao custo marginal. Mas com os oligopólios a situação é diversa. Assim “(...) uma característica-chave do oligopólio é a tensão entre a cooperação e o interesse próprio (...)” (MANKIWI, 2013, p. 330).

Dessa forma, podemos inferir que o interesse próprio de um oligopolista é sempre maximizar o seu lucro, mas a relação de interdependência, acima explicitada, cria verdadeiros dilemas que são o objeto de estudo das teorias dos jogos que tem por objetivo compreender como os *players* interagem e fazem as suas escolhas estratégicas.

Relacionando a teoria e a prática, numa primeira análise dos mercados relevantes do ensino superior privado, poderíamos imaginar que, pela quantidade de IES, estaríamos em um ambiente de concorrência perfeita, com muitos vendedores e muitos compradores. Mas as aparências enganam! Não podemos olvidar que as estruturas de mercados são *aproximações* ou modelos hipotéticos criados para ajudar a explicar a realidade, que é sempre muito mais complexa e rica em variáveis.

No nosso objeto de estudo – grandes grupos educacionais ou oligopólios educacionais – poderíamos supor que a quantidade significativa de IES, mais de 2.300 instituições privadas desdobradas em universidades, centros universitários e faculdades (a grande maioria são mantidas), comporiam um ambiente econômico próximo da estrutura de mercado conhecida como concorrência perfeita, em que várias instituições ofertam serviços semelhantes, quase homogêneos. As estruturas de mercado acabam definindo ou moldando a forma como as decisões em relação aos preços e produção são tomados pelas empresas.

No caso da concorrência perfeita, compradores e, principalmente, vendedores são tão pequenos em relação ao porte do mercado que as suas decisões não têm o “poder” de influenciar os preços. Todavia, os grandes grupos educacionais – representantes de uma estrutura intermediária entre o monopólio e a concorrência perfeita – não funcionam com essa mesma lógica, podendo coexistir paralelamente aos pequenos ofertantes de serviços educacionais de nível superior, pois o porte lhes permitem articular os seus interesses não somente em termos econômicos e administrativos, mas também em termos políticos e regulatórios, por intermédio das suas legítimas representações e organizações associativas. Todas essas variáveis, no conjunto, irão moldar o comportamento estratégico das empresas.

Empresas competitivas, independente do seu ramo de atuação e das suas vinculações ou integrações, buscam otimizar os seus lucros, e os grupos educacionais, não são diferentes. Consideradas empresas dominantes, os grupos precisam equacionar o problema da

interdependência, mesmo que possuam vantagem competitiva relativamente aos rivais, que podem ser decorrentes de menores custos, qualidade superior, reputação, marca, entre outros.

Nas lições de Luís Cabral (1994, p. 30), o “(...) o modelo da **empresa dominante** é especialmente apto para analisar este tipo de situação (vantagem competitiva) (...)”. (Grifado com adaptações). Continua o autor:

(...) O modelo baseia-se nas seguintes hipóteses: (i) as empresas da chamada faixa concorrencial (as pequenas empresas) comportam-se como *price takers*, produzindo a quantidade que iguala o preço ao seu custo marginal; (ii) a empresa dominante comporta-se como um *price maker*, **tomando a estratégia da faixa concorrencial como um dado**. Concretamente, dado qualquer preço fixado pela empresa dominante, a quantidade vendida por esta empresa iguala a diferença entre a procura de mercado e a quantidade oferecida pela faixa concorrencial. (...). (CABRAL, LUÍS, 1994, p. 30). (Grifo e adaptações nosso).

A questão da *faixa concorrencial*, como entendida por Cabral, acaba atuando como uma trava ao poder de monopólio da empresa dominante. Todavia, o próprio autor reconhece que a *faixa concorrencial* é comum em mercados com várias empresas dominantes, como no caso do setor educacional privado de nível superior, que podemos considerar líderes ou estratégicas em relação ao grupo bem maior de empresas marginais.

Uma das características das empresas líderes, no caso em estudo, dos grupos educacionais, é o **comportamento estratégico**, ao contrário do que acontece na concorrência monopolística, em que cada empresa pode ser uma *price maker*, ou na concorrência perfeita, na qual não existe possibilidade de o preço ser influenciado por uma única empresa.

Considerando que no setor educacional de nível superior não temos uma empresa dominante, mas várias, que temos uma suposta *faixa concorrencial*, e que existem barreiras à entrada de novos *players*, em função da ação regulatória, conforme definições de Conselheiros do CADE⁹¹, caberia a indagação: como as empresas líderes fariam as suas escolhas estratégicas considerando a relação de interdependência?

Na Teoria dos Jogos, dedicada ao estudo formal do relacionamento estratégico entre agentes, sejam empresas, países, exércitos, etc., podemos assimilar vários conceitos muito úteis no estudo dos Oligopólios em Economias Industriais. Tudo se inicia a partir de um **jogo**, constituído por um conjunto de jogadores e um conjunto de estratégias possíveis para cada

⁹¹ No ato de concentração 08700.005447/2013-12, o voto da Conselheira Ana de Oliveira Frazão indica que o aumento do rigor do MEC quanto ao cumprimento das normas regulatórias que estaria tornando mais moroso ou impedindo o credenciamento e a expansão de cursos, em especial de EaD, vejamos: “o órgão regulador tem sido extremamente moroso na análise dos pedidos de aumento de vagas, autorização de novos cursos, credenciamento de novas instituições e, principalmente, no credenciamento de EAD. Na educação a distância, a restrição de oferta é ainda mais complicada. A falta de ofertantes gerou uma concentração de 64,6% das matrículas nos 15 maiores grupos”.

participante. O jogo também possui uma gama de funções, utilidade, para cada jogador (que é o lucro de cada empresa) e um conjunto de regras (que podem ser societárias, reguladoras, etc.).

Dessa forma, cada jogador (ou cada empresa) fará a sua escolha estratégica, de forma independente dos outros jogadores ou empresas. Todavia, a sua utilidade, como jogador, dependerá da sua escolha e da do seu “rival”. Aqui está representada a interdependência de estratégias, de característica fundamental da Teoria dos Jogos, que procura dar um caráter aplicativo ao conjunto de ações de agentes racionais. Na verdade, procura-se respostas ou soluções, ou possíveis estratégias a partir de um conceito de ações racionais dos *players*.

O conceito de aplicação mais usual é conhecido como Equilíbrio de Nash ou *Nash-Cournot* ou equilíbrio estratégico⁹². Entretanto, mesmo partindo de um modelo de estudo do mercado oligopolista, e sabendo que as empresas educacionais, como jogadoras fazem as suas escolhas estratégicas simultaneamente, elegemos uma variável estratégica, que é a **quantidade de produto/serviço a ser oferecido**. E, para tanto, o modelo proposto por Cournot pode ajudar na compreensão das escolhas estratégicas dos oligopólios, pelo seu aspecto concorrencial.

No modelo formal de oligopólio, com base na construção teórica de Cournot, as hipóteses fundamentais são as descritas a seguir, segundo Luís Cabral (1994, p. 35):

- a) O produto das empresas é homogêneo.
- b) O preço (único) de mercado resulta da oferta agregada das empresas.
- c) As empresas determinam simultaneamente a quantidade oferecida.

Considerando as premissas da Teoria dos Jogos, com base no Equilíbrio Nash Cournot, teríamos como variável estratégica a **quantidade produzida** por cada empresa, e o lucro da cada uma estaria em função dessa variável.

Embora o modelo de Cournot, como a maioria dos modelos, seja estático, “(...) o equilíbrio derivado pode ser interpretado como resultado de um processo de ajustamento dinâmico (...)” (CABRAL, 1994, p. 38), em que as empresas escolhem uma quantidade ótima/ideal a ser produzida, considerando a quantidade gerada pela empresa rival. Nesse

⁹² No Equilíbrio de Nash existe um conjunto de estratégias em que cada jogador escolhe uma. O equilíbrio “existe” se nenhum jogador puder melhorar unicamente a sua utilidade por meio da mudança unilateral da sua estratégia.

sentido, uma das propriedades de equilíbrio de Cournot deve ser ressaltada, na interpretação de Cabral (1994, p. 42): “(...) à medida que **o número de empresas aumenta, o preço de equilíbrio aproxima-se do preço de equilíbrio de concorrência perfeita** (...)”. (Grifo nosso).

Todavia, aplicando a teoria ao setor educacional privado de nível superior, estamos diante de uma **situação inversa**, pois **os níveis de concentração no mercado estão aumentando**, de onde podemos inferir que, no médio prazo, poderão afetar o preço das mensalidades. Outra inferência possível, digno de nota, diz respeito às quantidades. Se a utilidade ou o lucro está em função da quantidade produzida, é razoável admitir que as empresas educacionais buscarão produzir cada vez mais e, para tanto, selecionarão estratégias que reforcem a concentração, tais como a compra de rivais e os investimentos intensivos em EaD pela sua capilaridade e possibilidades comerciais, conforme depoimento de Jânio Diniz, Diretor-Presidente da Ser Educacional à Reuters, ao analisar a recente decisão de fusão das rivais Kroton e Estácio anunciada em Julho/2016. Segundo ele, “(...) A gente fica sozinho no mercado (de fusões e aquisições) (...)”.

Continua o declarante:

(...) As instituições de ensino que não estavam oficialmente à venda acabaram nos procurando. **A gente acabou virando uma alternativa para todo mundo que não quer o bloco Kroton-Estácio**. A gente passa a ter **mais oportunidades de M&A**⁹³ do que tinha antes (...). (DINIZ, JÂNIO, 2016). (Grifo nosso).

Segundo Tirole (1994, p. 18), no estudo da firma como sinergia estática no aspecto da curva de custos, o tamanho e o número de empresas em uma indústria estão relacionados ao grau de retornos de escala, nas palavras do autor:

(...) An old theme in industrial organization, following Viner’s (1932) classic investigation of cost curves, is that the size and the number of the firms in industry are related to the degree of returns of scale. (...). (TIROLE, JEAN. 1994, p.18).

Continua o autor:

(...) One of the main determinants of the size of a firm is the extent to which it can exploit economies of scale or of scope. As has been well documented by engineers, **higher levels of production permit the use of more efficient techniques**. They vindicate the investment in cost-reducing technologies, and they allow workers to be more specialized. (...). (IDEM. 1994, p.18). (Grifo nosso).

Uma das características mais relevantes do Ensino a Distância, na atualidade, é o uso intensivo de tecnologia, com ferramentas e aplicativos que permitem aos usuários manter a comunicação e o fluxo de informações contínuas, independente das limitações de tempo e de espaço, próprias do ensino presencial.

⁹³ Sigla em inglês para fusões e aquisições.

Considerando as variáveis de impacto direto no desenvolvimento da prestação de serviços de educação superior no setor privado, abaixo expostas:

- As limitações impostas pelo Governo Federal ao acesso dos estudantes às linhas de financiamento estudantil, o que implica diretamente na diminuição da demanda pelo ensino presencial particular e, conseqüentemente, no total de mensalidades a serem arrecadadas.
- As contingências econômicas a que o setor está submetido em decorrência das crises econômica e política que o país atravessa nos últimos dois anos, o que inibe movimentos de aumentos significativos nos valores de mensalidade, mesmo considerando a variável inflacionária.
- As novas regras do FIES, impostas pelos órgãos reguladores, em especial àquelas relativas às taxas de pagamento aos Bancos, operadores oficiais dos financiamentos, que implicaram no aumento dos custos operacionais dos financiamentos, em que as taxas bancárias passam a ser responsabilidade das IES.
- Os custos fixos relativos à folha de pagamento dos trabalhadores em educação superior, em sua maioria professores, minimamente, com especializações *latu sensu*, e um segmento representativo com mestrado e doutorado, por força de obrigações regulatórias.
- A dependência de mais da metade dos jovens na faixa entre 18 a 30 anos dos programas sociais para cursar o ensino superior, conforme estudos divulgados pela Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior (ABMES)⁹⁴.

Nessas condições, uma possível estratégia a ser viabilizada para o aumento da escala e redução dos custos em função da produção em conjunto (escopo) seria uma combinação de fusões, de aquisições de rivais e de expansão via autorização para instalação de mais Polos de EaD, como forma de captação de mais alunos.

Estudos da Consultoria Hoper Educação estimam crescimento do EaD de 10 a 15 por cento até 2018, mantendo uma tendência de crescimento, mesmo com o aumento da fatia de mercado ter passado de 1,3% em 2003 para 17,1% em 2014.

⁹⁴ A ABMES divulgou em julho do corrente diagnóstico realizado pelo Instituto MDA. A pesquisa foi realizada com mais de 1000 jovens, com ensino médio completo, que pretendem cursar nível superior das cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Florianópolis, Salvador, Fortaleza, Manaus, Recife e Belém. Os dados revelaram que do grupo 57,9% dos jovens esperam contar com o PROUNI (programa de concessão de bolsas de estudos) e 50,3% contam com o FIES para cursar o nível superior.

Ocorre que fusões e aquisições horizontais que não geram ganhos de eficiência, em geral, elevam, em algum grau, o poder de mercado das empresas fusionadas. Nas palavras de Motta e Salgado (2015, p. 127), ao analisar a ausência de eficiências:

(...) é preciso dizer que existe uma pequena diferença na previsão acerca dos efeitos sobre os preços das fusões feitas por diferentes modelos na literatura sobre economia industrial. Em particular, modelos que presumem que a variável de decisão das empresas é preço predizem que os preços cobrados por ambas as companhias fusionadas e pelas demais irão subir de forma convergente, **enquanto modelos que presumem que a variável de decisão é quantidade predizem que as fusionadas irão reduzir a quantidade produzida (isto é, aumentar preços)**, enquanto as demais empresas *aumentarão* a produção (isto é, reduzir preços). A diferença não é importante, contudo, **porque ambos os tipos de modelo preveem que o efeito geral da fusão (na ausência de ganhos de eficiência) é reduzir o excedente do consumidor**. (MOTTA; SALGADO. 2015, p. 127). (Grifo nosso).

Segundo os estudiosos dos atos de concentração, são inúmeras as variáveis que afetam, de forma unilateral, o nível de poder de mercado, os mesmos autores destacaram também que:

- **Concentração** – existe razoável consenso de que “(...) outras coisas permanecendo iguais, quanto maior o número de empresas independentes operando após a realização da fusão, menos provável o prejuízo aos consumidores (...)” (MOTTA; SALGADO, 2015, p.128). Em outra abordagem deve ser alvo de maior atenção fusões que aumentem de forma sensível a concentração do setor, do que aquela que aumente apenas marginalmente.
- **Participações de mercado e capacidade instalada** – a serem utilizadas como recurso de filtragem no controle de fusões.
- **Entrada** – que representa a habilidade de as empresas elevarem preços depois de uma fusão, é também limitada pela entrada de entrantes potenciais. Esse quesito é, possivelmente, de suma significância no mercado de prestação de serviços de ensino superior, pois essa variável é controlada pelos reguladores, e, nos últimos tempos, alvo de críticas pela morosidade das análises, vejamos o comentário da Conselheira Ana de Oliveira Frazão no ato de concentração 08700.005447/2013-12. Nesse sentido: “(...) **o órgão regulador tem sido extremamente moroso na análise dos pedidos de aumento de vagas, autorização de novos cursos, credenciamento de novas instituições e, principalmente, no credenciamento de EAD**. Na educação a distância, a restrição de oferta é ainda mais complicada. **A falta de ofertantes gerou uma concentração de 64,6% das matrículas nos 15 maiores grupos** (manifestação do Fórum de Entidades Representativas do Ensino Superior Particular, p. 171). No mesmo sentido, a UNINTER (uma das requerentes no AC) afirmou (p. 172): “A regulação do MEC é rigorosa, impedindo que novas instituições entrem no

mercado, pelos altos custos de investimento e o longo período que o polo fica ocioso até começar a receber alunos. (...) . (Grifo e adaptações nosso).

- **Outras variáveis citadas pelos autores** – demanda; poder de barganha dos compradores e defesa da empresa falimentar.

Considerando que a redução do excedente do consumidor em geral também significa a redução do bem-estar social, torna-se crucial no exame dos AC que envolvem o setor educacional de nível superior conhecer e avaliar a natureza dos ganhos de eficiência, como forma de neutralizar eventual acréscimo no poder de mercado das empresas fusionadas ou na impossibilidade de ponderar e de medir tais ganhos de eficiência, fazer uso das soluções tradicionais relativas à adoção dos “remédios”, que são as travas ou os limitadores impostos às fusionadas no tocante às operações pleiteadas.

5. Conclusões

Durante o estudo, procuramos apresentar os Oligopólios Educacionais e as suas estratégias, pontuando as alterações nos marcos regulatórios das principais políticas públicas, inseridas no campo da educação superior privada, ponderando aspectos e variáveis concorrenciais de maior relevância.

Em que pese a informação assimétrica, que, muitas vezes, permeia a relação entre autoridades concorrenciais e reguladoras e as partes em um processo de fusão ou aquisição, ou transferência de manutenção, ao longo dos últimos anos, autoridades, em especial o CADE, lograram êxito na definição das características, das fronteiras e dos produtos dos mercados relevantes associados ao mercado de prestação de serviços de ensino superior.

Outras características desse mercado associadas ao cumprimento de grades curriculares, integração entre ensino, pesquisa e extensão, autorização para abertura de novos Polos para EaD, entre outros, sugerem que as estratégias a serem adotadas pelos grandes Grupos Educacionais possuem muitos pontos de semelhança e são exercidas de forma simultânea, no plano concorrencial.

Ocorre que tais empresas não são simplesmente concorrentes ou rivais, mas, sobretudo, compõem um Sistema Federal de Ensino Superior cuja entrada é regulada, e cujos membros respondem por um importante papel social de formar jovens e adultos para o exercício profissional das mais diversas atividades em todo território nacional.

Nesse sentido, muitos desafios estão postos para autoridades concorrenciais e reguladoras, dentre os quais destacamos:

PARA O CADE:

- a. Aperfeiçoar as suas análises e, por consequência, a qualidade dos julgamentos do Conselho, nos quesitos associados ao exercício de poder de mercado pelos Oligopólios Educacionais e eventual mitigação dessa prática pela comprovação e aplicação de técnicas e metodologias de ganhos de eficiência,
- b. Na ausência de ganhos de eficiência efetivos à aplicação de remédios estruturais – que modifique a alocação dos direitos de propriedade das fusionadas – ou remédios comportamentais voltados para a garantia de que concorrentes possam desfrutar de igualdades de condições em compras ou uso de ativos fundamentais, insumos ou tecnologias utilizados pelas empresas fusionadas.

PARA A SERES/MEC:

- c. Regulamentar as diretrizes e as normas nacionais para a oferta de programas e de cursos de educação superior na modalidade a distância, mesmo que tal tarefa importe na reabertura das discussões com todos os demais parceiros no Ministério da Educação e na Sociedade,
- d. Repensar a metodologia e sistematizar os exames dos pedidos relacionados a EaD, seja credenciamento, recredenciamento seja abertura de novos Polos, a fim de agilizar a análise dos pedidos num prazo razoável, e suprimir/zerar os “estoques”.
- e. Definir uma metodologia própria de exame dos processos de transferência de manutenção, evitando que as atuais análises não reproduzam o modelo de credenciamento de IES, pois são situações distintas, envolvendo instâncias educacionais distintas.
- f. Criar mecanismos de reconhecimento do porte das IES, de forma a subsidiar a elaboração e a aplicação de políticas públicas que respeitem as diferenças, as peculiaridades, as características e os potenciais das instituições que ofertam o ensino superior privado.

Associando atores governamentais reguladores e concorrências, é de fundamental importância a coordenação e a articulação de esforços, de forma que as Políticas Públicas voltadas à oferta de ensino superior, nas suas concepção, aplicação e avaliação, reflitam as

verdadeiras demandas sociais, oportunizando que milhões de jovens brasileiros possam ter acesso a uma educação superior de qualidade.

6. Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MANTENEDORAS DE ENSINO SUPERIOR. Seminário Financiamento Estudantil: realidade e perspectiva. Brasília. Disponível em: <<http://abmes.org.br/>>. Acesso em: 6 jul. 2016.

_____. FIES e PROUNI Bancam Mais de Um Terço das Matrículas em 18 Estados. Brasília. Disponível em: <<http://abmes.org.br/noticias/detalhe/1732/fies-e-prouni-bancam-mais-de-um-terco-das-matriculas-em-18-estados>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

_____. Custos do F serão das Escolas Temporariamente, Diz Associação. Notícias. Brasília. Disponível em: <<http://abmes.org.br/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Senado Federal, 1988.

BRASIL. Medida Provisória nº 741, DF. Presidência da República, 14 jul. 2016.

CABRAL, Luís. Economia Industrial. Portugal: McGraw-Hill de Portugal L.da. Alfragide, 1994.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Atos de Concentração no Mercado de Prestação de Serviços de Ensino Superior. Cadernos do Cade. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/caderno-de-educacao-20-05-2016.pdf>>. Acessado em: jun./jul/ago. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Parecer CNE/CES Nº 564/2015. Estabelece Diretrizes e Normas Nacionais para a oferta de Programas e Cursos de Educação Superior na Modalidade a Distância. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=31361-parecer-cne-ces-564-15-pdf&category_slug=dezembro-2015-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 20, 23, 27 jul. 2016.

CORRÊA, Eneida Cardoso de Britto. Modelo regulatório híbrido da educação superior privada: possibilidades, limites e desafios. Dissertação (mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresa, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, 140 f. Rio de Janeiro, 2015.

EXAME. Melhores e Maiores – As 1000 Maiores Empresas do Brasil. Abril. São Paulo, 2016.

EXAME.com – Conselho da Estácio Aprova Proposta de Compra pela Kroton. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/conselho-da-estacio-aprova-proposta-de-compra-pela-kroton>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

EXAME.com – Ser Educacional Mira Aquisições e Ensino a Distância. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mercados/>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

FERNANDES, Marcella. Governo limita vagas para o Fies. *Correio Braziliense*, Brasília, 27 jun. 2015. Brasil, p.6.

FÓRUM DAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO. VIII Congresso Brasileiro da Educação Superior Particular “Brasil: Realidade e Tendências para a Educação Superior”. Carta do Rio de Janeiro, de 15 maio 2015. Disponível em: <www.forumensinosuperior.org.br>. Acesso em: 10 jun. 2015.

HOPER EDUCAÇÃO. Análise Setorial do Ensino Superior Privado – Brasil/2014. Foz do Iguaçu (PR): Hoper Estudos de Mercado, 2014.

KOIKE, Beth. Com caixa reforçado, Kroton prevê aquisições e lucro maior em 2016. *Valor Econômico – Empresas*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/ultimas-noticias>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

MACHADO, Juliana. Conselho da Estácio cria comitê para analisar propostas de fusão. *Valor Econômico – Empresas*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/ultimas-noticias>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução da 6. ed. Norte-Americana de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate; revisão técnica Manuel José Nunes Pinto. Cengage Learning, São Paulo, 2014.

MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. *Política de Concorrência – Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil*. Tradução Lucia Helena Salgado. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

NUNES, Edson de Oliveira com equipe e colaboradores do Observatório Universitário. *Educação Superior no Brasil: estudos, debates, controvérsias*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

O GLOBO – Extra.Com. Estácio afirma não estar à venda, mas focada em recuperar confiança de investidores. *Economia*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/economia/>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

PERES, Leandra. Fies tem menos vagas para ser sustentável. *Valor Econômico*, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4112304/fies-tem-menos-vagas-para-ser-sustentavel>>. Acesso em: 8 jul. 2015.

SENADO FEDERAL. Portal de Noticias. Debate aponta para inclusão de incentivos à educação a distância no PNE. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/10/31>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

TIROLE, Jean. *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge: Seventh Printing, Massachusetts Institute of Technology, 1994.

VALOR ANÁLISE SETORIAL. *Ensino Superior Privado*. São Paulo: Valor Econômico S.A., 2014.

WIZIACK, Júlio. Ser Educacional entra na disputa pela compra da rede fluminense Estácio. Folha de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

O caso ANFAPE: o que nos diz a experiência internacional

Diogo Lucas Martins⁹⁵
Leandro Novais e Silva⁹⁶

RESUMO

O presente estudo objetiva demonstrar como os direitos de propriedade intelectual e da concorrência, que buscam, ainda que por meios diversos, o incentivo à inovação tecnológica, podem se tornar antagônicos quando exercidos com abusividade. Para tanto, se analisará o mercado de reposição automotiva a partir do estudo do chamado caso ANFAPE, entidade que formulou representação junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica denunciando a conduta de três importantes montadoras. Referida conduta dizia respeito a eventual uso abusivo dos registros de desenho industrial, espécie do gênero propriedade industrial, por parte das montadoras, que teria o escopo de eliminar a concorrência de fabricantes independentes no setor de autopeças. A fim de buscar soluções para casos similares ao da ANFAPE, se examinará a experiência dos mercados europeu, norte-americano e australiano, investigando como a questão é neles discutida, considerando suas propostas e eventuais contribuições ao caso brasileiro.

Palavras-chave: Direito Antitruste; Propriedade Intelectual; Desenho Industrial; Mercado Automobilístico; ANFAPE.

ABSTRACT

The present study demonstrates how the intellectual property rights and competition, instruments that seek, by different means, to encourage technological innovation by agents in the market, may become antagonistic when exercised unconscionably. To do so, the automotive replacement market will be analyzed based on the so-called ANFAPE case, an entity that formulated a representation in the Administrative Council of Economic Defense denouncing the conduct of three major national automakers. The conduct concerned a possible abusive use of industrial design registrations, a kind of industrial design, by automakers, aiming to eliminate competition from independent manufacturers from auto parts industry. To seek solutions to cases like the ANFAPE, a research will be carried out on the subject in three relevant markets: European, North American and Australian, investigating how the issue is discussed, analyzing the proposals of each of them and their possible contributions to the Brazilian case.

Keywords: Antitrust Law; Intellectual property; Industrial Design; Automotive market; ANFAPE.

Classificação JEL: K21; L62

⁹⁵ Diogo Lucas Martins é mestrando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado.

⁹⁶ Leandro Novais e Silva é mestre e doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais, instituição em que é Professor-Adjunto da disciplina; pesquisador associado do Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação (NECTAR-ITA) e Procurador do Banco Central do Brasil.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O caso ANFAPE: Dilemas entre concorrência e propriedade intelectual; 2.1. Breve análise da tutela do desenho industrial e suas implicações no mercado secundário automotivo; 2.2. O caso ANFAPE hoje; 2.3. Reflexos sobre o setor automobilístico; 3. A experiência internacional no aftermarket automobilístico; 3.1. A regulação do setor na Europa; 3.2. A regulação do setor nos Estados Unidos; 3.3. A proposta australiana; 4. Aplicação ao caso brasileiro; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

No mercado automobilístico, o desenho industrial proporciona às montadoras importante vantagem competitiva. Quando um consumidor prefere um modelo de automóvel em detrimento de outro, sua escolha é pautada em diversos fatores, mas, sem dúvida, o *design* do veículo ocupa posição privilegiada, sobrepondo-se, muitas vezes, a critérios importantes, como qualidade do motor, segurança, pós-venda, entre outros.

Dada a importância do *design* no segmento, para que as empresas possam inovar e atrair a preferência do consumidor, além de garantir o retorno de seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D), o ordenamento jurídico confere proteção ao desenho industrial dos veículos e de suas partes externas. Tal proteção é dada via concessão de registros emitidos pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), respeitados os requisitos e procedimentos constantes na Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial).

Entretanto, a concessão dos registros às montadoras, ainda que de acordo com os procedimentos legais, não afasta a possibilidade de que os direitos deles decorrentes possam ser exercidos de modo abusivo. Os abusos surgem, basicamente, da exclusividade temporária conferida ao titular de propriedade industrial e podem criar efeitos deletérios na concorrência.

Quando o consumidor necessita reparar determinada peça sobressalente de seu veículo, não é razoável, tampouco suportado pelo mercado, que ele troque todo o automóvel. Nesse momento, ele se encontra diante do chamado efeito *lock in*, que se dá quando a aquisição do produto novo exige investimentos tão altos que o proprietário é impelido à manutenção corretiva. Aquele que não encontra alternativas de substituição da peça a ser reparada estará sujeito às consequências de um monopólio.

Diante desse cenário, este estudo se propõe a analisar como o mercado automobilístico secundário, também denominado mercado de reposição ou *aftermarket*, pode ser afetado pelos registros de desenho industrial de peças sobressalentes de veículos, impedindo a concorrência por parte de Fabricantes Independentes de Autopeças (FIAPs) e, conseqüentemente, garantindo

às montadoras monopólio na reposição de tais produtos. O exercício dessa exclusividade no mercado secundário gera potenciais danos ao consumidor e à concorrência, na forma de maiores preços, menores opções de produtos e piores condições de venda.

A fim de efetuar essa análise, será estudado um caso concreto da conduta em epígrafe, o caso ANFAPE. O objetivo do estudo não é criticar de forma abrangente o caso brasileiro e as respectivas decisões tomadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), mas sim discutir o problema do mercado secundário de autopeças e os efeitos práticos da conduta, tanto no referido caso como na experiência de três importantes mercados estrangeiros: europeu, estadunidense e australiano. Com efeito, serão examinadas as propostas estrangeiras que buscaram solucionar a controvérsia em seus mercados, para depreender quais providências são cabíveis na solução do caso brasileiro, garantindo ao mercado secundário um grau de competitividade eficiente, com opções de substituíbilidade para o consumidor e maior bem-estar para a sociedade.

2. O caso ANFAPE: dilemas entre concorrência e propriedade intelectual

A controvérsia em apreço, decorrente da representação⁹⁷ formulada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) no início de 2007, envolve a proteção exclusiva dos desenhos das peças automotivas denominadas *must match*⁹⁸ no mercado secundário. A entidade denunciou ao CADE a conduta das montadoras Fiat, Ford e Volkswagen, ao usarem o registro de desenho industrial de suas peças com intuito de eliminarem a concorrência dos produtos ofertados pelos fabricantes independentes de autopeças no mercado.

Porém, antes de adentrar na questão da validade dos registros no segmento de reparação, faz-se necessário especificar o mercado em análise para melhor situar o leitor acerca da questão em exame.

O setor automobilístico engloba dois grandes mercados relevantes, independentes entre si: (i) o mercado primário (*foremarket*), concernente à concorrência entre as montadoras, que competem pela preferência do consumidor interessado em adquirir um automóvel novo (“zero km”); e (ii) o mercado secundário (*aftermarket*), que constitui o vasto segmento de reparação veicular.

O segundo segmento apresenta uma gama de mercados relevantes que se estendem

⁹⁷ Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51 (CADE, 2010).

⁹⁸ De acordo com Karin Grau-Kuntz (s/d.a, p. 47), “peça *must-match* é chamada de tal forma porque deverá ser, necessariamente, igual àquela que será substituída.”

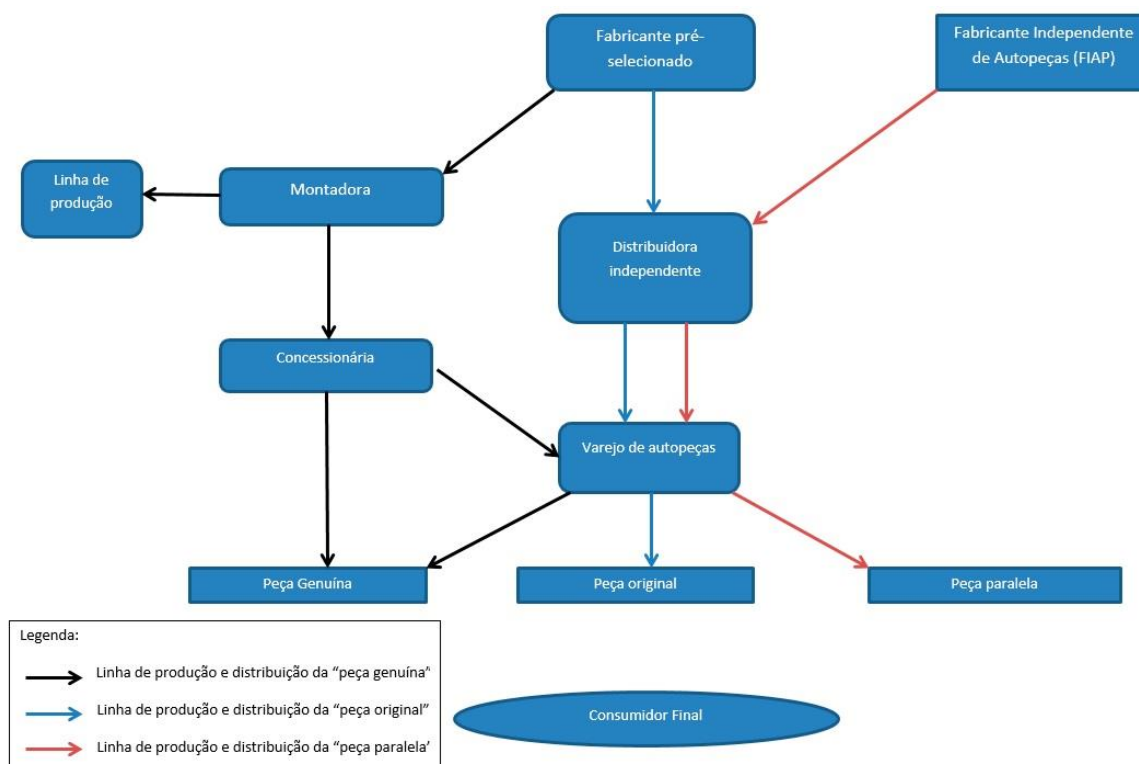
desde a comercialização de equipamentos destinados à manutenção do veículo às próprias autopeças a serem substituídas. Entre essas peças, há nova divisão mercadológica: as que se encontram sob a capota do veículo e que, por sua vez, realizam interconexões com outros componentes⁹⁹, e as peças *must match*, que são as visíveis durante a utilização normal do produto (tais como faróis, para-choques, grades etc.).

Neste trabalho, o setor analisado englobará apenas o mercado de reposição (de peças *must match*), que apresenta como concorrentes as montadoras (incluindo as empresas pré-selecionadas que fornecem peças para a linha de montagem) e as fabricantes independentes.

O lançamento de novos modelos inaugura diversos nichos no mercado de reparação. Por conseguinte, os fabricantes independentes entram na disputa desenvolvendo moldes das peças de reposição por meio do processo conhecido como “engenharia reversa”, que permite a fabricação dos produtos em escala industrial. A existência das fabricantes independentes é positiva ao mercado, uma vez que contribui para um ambiente competitivo e eficiente para o consumidor. Nesse sentido, tem-se o panorama de como funciona um mercado liberalizado, conforme se verifica por meio da Figura 1:

⁹⁹ Resumindo, peças de funcionamento do veículo, que formam os sistemas de suspensão, freio, motor, etc. Os sistemas são diversos e cada um constitui em si um mercado relevante, como: mercado de peças de freio, de peças elétricas do carro, suspensão etc.

Figura 1 – Mercado liberalizado de peças must match



Fonte: elaboração do autor.

Em um mercado liberalizado, um consumidor que necessita substituir uma peça *must match* de seu veículo, seja por desgaste ou acidente, pode optar por três alternativas: as peças genuínas, as originais e as paralelas. Deve-se questionar, no entanto, como funciona esse mercado da linha de produção da peça até o consumidor final.

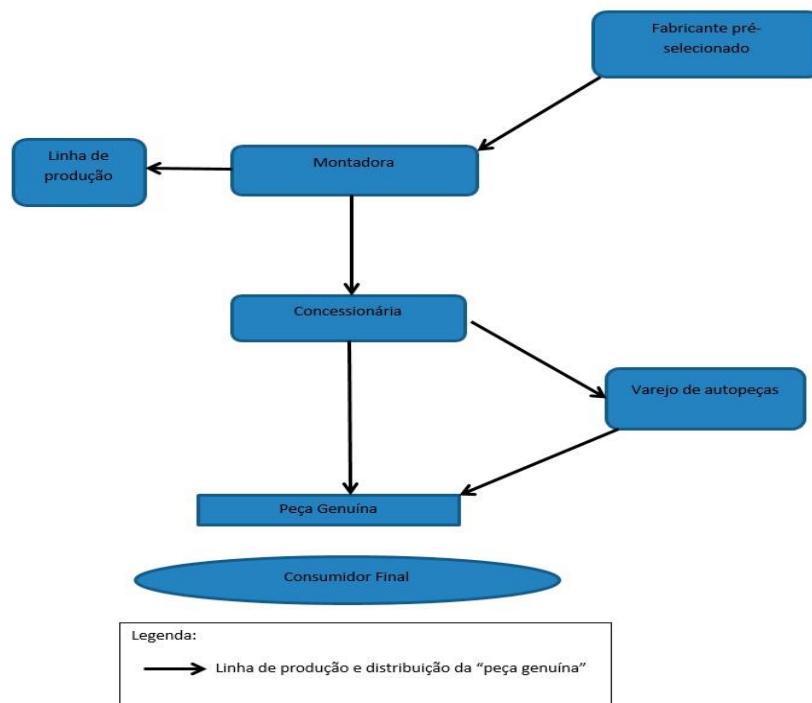
As montadoras não produzem todas as peças utilizadas na fabricação de um veículo; adquirem a maioria delas de fabricantes pré-selecionados (pertencentes ou não ao seu grupo empresarial), que também fornecem para o varejo independente, com suas próprias marcas. Quando são fornecidas para as montadoras revenderem em sua rede de concessionários, as peças recebem o título de genuínas; quando são comercializadas com o próprio nome do fabricante – também fornecedor para montadoras – recebem o nome de originais. Está-se diante, portanto, da mesma peça, que percorre caminhos diferentes e chega ao consumidor com qualificações também distintas. As peças paralelas, todavia, têm origem independente, desvinculada do ciclo de fabricação e distribuição das montadoras, chegando ao varejo também com o nome de “similares”; aqui está a grande parcela dos fabricantes independentes.

Dessa forma, nesse modelo de mercado, o consumidor pode se dirigir a uma concessionária e adquirir a peça genuína ou ir ao varejo e adquirir a mesma peça genuína (já que as concessionárias também vendem para esse segmento), a original ou a paralela.

Esse modelo possui as seguintes características: (i) maior oferta, dado o número de concorrentes no mercado; (ii) maior qualidade dos produtos, em função da pressão competitiva para atrair os consumidores (os FIAPs cada vez mais investem em certificação de seus produtos); (iii) alternativas de substituíbilidade em um mercado já limitado pelo efeito *lock in*; e (iv) menores preços para os consumidores e seguradoras, que podem oferecer planos de cobertura mais vantajosos de acordo com o perfil de cada segurado.

Por outro lado, com o registro das peças sobressalentes e seu uso no mercado de reparação, a cadeia de produção e distribuição sofre uma mudança substancial, conforme demonstra a Figura 2:

Figura 2 – Mercado de reposição *must match* protegido pelo desenho industrial



Fonte: elaborada pelo autor.

Com a exclusividade advinda dos direitos de propriedade industrial, as montadoras impedem que as fabricantes forneçam peças originais no mercado independente. Com efeito, os FIAPs também são impedidos de figurar no mercado de reposição, sendo ofertadas no mercado somente as peças genuínas.

Como consequência dessa mudança de panorama, tem-se: (i) baixa oferta de autopeças; (ii) anulação da competição antes existente entre produtos genuínos, originais e paralelos, em razão da existência apenas de produtos genuínos; (iii) preços elevados, em razão da ausência de competição; (iv) questionamento da qualidade dos produtos; e (v) os produtos passam a

faltar, em razão da preferência das montadoras em utilizá-los na linha de montagem, ao invés de vendê-los no varejo. Para estas, é mais interessante vender um automóvel do que suas peças sobressalentes, por mais lucrativo que o segmento de reparação seja. Por conseguinte, o consumidor, além de pagar elevado preço pela autopeça, muitas vezes também é obrigado a enfrentar filas de espera para conseguir a peça a ser substituída.

Conforme assinala o professor José Tavares de Araújo Jr. em parecer técnico, o mercado secundário tem se mostrado cada vez mais atraente para as montadoras, particularmente por dois motivos. As receitas ali auferidas contribuem para a amortização dos investimentos em P&D realizados nos novos modelos, e a acirrada competição observada entre as montadoras no mercado primário não ocorre no segmento de reparação, sendo que “as dimensões de seus respectivos nichos monopolistas são proporcionais às vendas pretéritas no mercado primário” (TAVARES, 2006, p. 2).

Portanto, a concorrência na fabricação de peças para suprir as demandas desse mercado, que antes era dividido entre montadoras e fabricantes independentes, sofreu uma mudança estrutural com a obtenção de registro de desenho industrial em nome de algumas montadoras perante o INPI. De posse desse registro, as montadoras passam a controlar, em termos absolutos, a fabricação de peças *must match*, restringindo, no mercado secundário, a atividade dos fabricantes independentes, que deixaram de fabricar essas peças, bem como o leque de opções que o consumidor possuía em um mercado liberalizado.

Em alguns casos, empresas associadas da ANFAPE figuraram em ações judiciais ou foram notificadas extrajudicialmente, com o escopo de impedir a oferta de autopeças no mercado por parte dos fabricantes independentes¹⁰⁰, não tendo sido produzido entendimento definitivo por parte do Judiciário acerca da questão (CADE, 2010, p. 3).

O dilema diz respeito ao alcance dos direitos de propriedade intelectual e seus reflexos no mercado automobilístico. Uma legitimidade típica do mercado primário que, ao proteger os investimentos em P&D, estimula a inovação tecnológica, assegurando, temporariamente, a exclusividade de determinados produtos recém-lançados; mas que, ao se estender ao mercado secundário, gera restrições verticais, com efeitos nocivos a todo o setor automobilístico.

¹⁰⁰ Nesse sentido, o presidente da ANFAPE, Renato Ayres Fonseca, afirmou: “Em 2002, a Ford promoveu busca e apreensão de calotas em um importante varejo em São Paulo, chamado Coga e Coga, existente até hoje e fundado em 1968, simultaneamente em fábricas de calotas. O resultado foi que se parou a comercialização e fabricação desses produtos. Em 2006, a Volkswagen promoveu busca e apreensão de faróis no Mercado Car, outro importante varejo da Capital Paulista, fundado em 1971, paralisou-se a comercialização desses produtos. Em 2007, a Fiat notificou a Centauro Indústria de Latarias, fundada em 1970, a Orgus, Indústria de Faróis, fundada em 1979, a Cofran, Indústria de retrovisores e lanternas, fundada em 1970, a Dts, indústria de para-choques, fundada em 1970, entre outras indústrias e varejos, em Brasília, Rio de Janeiro e Belo Horizonte.” (SÃO PAULO, 2013b, p. 11).

Nesse contexto, o objetivo da representação da ANFAPE foi assegurar às fabricantes independentes de autopeças o direito de produzirem e comercializarem itens visuais dos veículos. A associação considera que as montadoras usam seus registros industriais de peças automotivas abusivamente, o que configura conduta contrária à ordem econômica brasileira.

No mercado primário as empresas se esforçam para atrair a preferência do consumidor, com um *design* mais atraente do veículo e melhor aerodinâmica, entre outros atrativos, observa-se que a instrumentalidade concorrencial da propriedade intelectual é de suma importância, uma vez que cada montadora visa inovar no mercado automobilístico, gerando o que Grau-Kuntz (2009) denomina de “concorrência de superação inovativa”.

Por outro lado, no mercado secundário a situação é diferente. Como as fabricantes independentes trabalham com o processo de engenharia reversa, não há como se falar em concorrência de superação inovadora. Não há alternativas de substituíbilidade entre diferentes peças de reposição e entre diferentes montadoras e marcas. E, quando não há substituíbilidade do bem, se está diante de um monopólio; logo, suscetível de abuso.

Portanto, observa-se que cada tipo de peça de reposição de cada modelo de veículo constitui, em regra, um mercado relevante distinto dentro do mercado de fabricação de peças de reposição. É na aquisição de cada uma dessas peças que o consumidor sente os potenciais e as efetivas implicações da conduta denunciada pela ANFAPE.

Feitas essas breves considerações, passa-se ao objetivo deste capítulo, que é realizar uma análise do contexto enfrentado no mercado pátrio de reparação de autopeças, por meio do caso ANFAPE, e demonstrar como os institutos da defesa da concorrência e da proteção da propriedade intelectual são complementares e possuem um objetivo comum, qual seja: proteger mercados competitivos para que gerem eficiência econômica e bem-estar social.

O item 2.1 apresenta um panorama da tutela do desenho industrial no ordenamento jurídico, de modo a melhor situar o leitor acerca do problema enfrentado no *aftermarket* automotivo, tendo em vista ter sido identificada e examinada eventual abusividade dos direitos decorrentes dos registros de desenho industrial concedido às montadoras. O item 2.2 traz o panorama atual do caso ANFAPE, enquanto o item 2.3 aponta os efeitos práticos das condutas analisadas no mercado automobilístico.

2.1. Breve análise da tutela do desenho industrial e suas implicações no mercado secundário automotivo

Os efeitos observados no mercado automobilístico secundário, em que o caso ANFAPE

é sintomático, são decorrentes da concessão de registros de desenhos industriais de autopeças *must match*. O escopo deste item é examinar como o desenho industrial é tutelado no ordenamento jurídico pátrio, assim como o desvio de função no *aftermarket* automotivo.

O desenho industrial é uma espécie do gênero propriedade industrial, distinta de patentes e marcas, com previsão no Título II da Lei nº 9.279/96. Seu conceito encontra-se no art. 95 desse diploma legal.¹⁰¹ De acordo com os ensinamentos de Melo (2009, p. 1), a definição de desenho industrial como “forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto” deixa claro que o desenho industrial busca tutelar um aspecto estético da criação.

O autor afirma ainda que estamos diante de uma espécie autônoma cuja destinação é exclusivamente a proteção de *design* aplicado a um determinado produto, não sendo contemplada pelo registro qualquer funcionalidade do objeto, matéria essa abarcada pelo depósito de patentes. Portanto, é limitada à estética do objeto.

O *design* e o desenho industrial exercem importante papel no mercado automobilístico, na medida em que buscam, respectivamente, gerar e proteger um diferencial competitivo almejado pelas montadoras, aumentando o desejo do consumidor pelos veículos.¹⁰²

O registro de um desenho industrial deve ocorrer perante o INPI. Os requisitos a serem preenchidos no registro são novidade e originalidade, além da possibilidade de que o *design* em questão possa servir de tipo de fabricação industrial. Apesar da semelhança entre os termos, a originalidade não se confunde com a novidade. Em relação à novidade, prevista no art. 96 da Lei de Propriedade Industrial, um desenho industrial é considerado novo quando não está compreendido no estado da técnica. “Este, por sua vez, é composto por todo conhecimento tornado público” (MELO, 2009, p. 61).

Já o requisito da originalidade encontra definição no art. 97 da lei mencionada: “o desenho industrial é considerado original quando dele resulte uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores” (BRASIL, 1996). Portanto, para atender aos requisitos legais do registro, não basta que um desenho seja considerado novo, ele também deve “distanciar-se minimamente das criações já conhecidas publicamente para que seja considerado original” (MELO, 2009, p. 2).

¹⁰¹ “Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.” (BRASIL, 1996)

¹⁰² “Dentro do atual panorama de valores atribuídos aos objetos de consumo, no topo da hierarquia dos objetos que simbolizam poder e *status*, situam-se por exemplo os automóveis, cujas linguagens de *design* neles aplicadas são constantemente mudadas, principalmente, para atender à avidez de sofisticação dos mercados a fim de sustentar os níveis de competitividade.” (CUNHA, 2003, p. 150 *apud* MELO, 2011, p. 60)

O desenho industrial deve ainda atender a um terceiro requisito: a suscetibilidade de industrialização. O art. 98 da Lei de Propriedade Industrial exclui da proteção por registro de desenho industrial qualquer obra de caráter puramente artístico. Portanto, o desenho deve ainda servir de tipo de fabricação industrial, de modo que seja viável em um produto que, por sua vez, seja objeto de reprodução industrial.

O registro do desenho possui natureza constitutiva. Nos termos dos arts. 42, 43 e 109 da Lei de Propriedade Industrial, o titular pode impedir que terceiros, sem o seu consentimento, reproduzam, usem, coloquem à venda, vendam ou importem produtos que utilizem aquela configuração de *design* protegida (MELO, 2011).

Atendidos os requisitos, o prazo de proteção será de dez anos, contados do depósito do pedido, prorrogável por mais três períodos sucessivos de cinco anos, consoante o art. 108 da Lei de Propriedade Industrial. O prazo de desenhos industriais e sua relação com as peças automotivas *must match* será analisado com mais profundidade no capítulo 4 deste trabalho.

Cumprido destacar ainda que, embora a análise para concessão de um registro de desenho industrial seja efetivada com base em aspectos formais (novidade, originalidade e aplicabilidade industrial), isso não significa que não possa haver um exame de mérito com relação aos requisitos novidade e originalidade, como dispõe o art. 111 da Lei nº 9.279/96.

Contudo, conforme atesta Ragazzo (In: CADE, 2010, p. 62), a concessão legal e legítima do registro de propriedade industrial, mesmo com a chancela do INPI e da Lei nº 9.279/96, não impede que o direito regularmente obtido pelo titular seja exercido de forma abusiva. A análise do INPI não examina abuso de poder econômico ou de efeitos econômico-concorrenciais que podem decorrer dos registros concedidos.¹⁰³

De acordo com Silveira, o exercício abusivo do direito obtido com o registro de desenho industrial das peças de reposição *must match* no mercado secundário reflete um caso de desvio de função dos direitos decorrentes da propriedade industrial.¹⁰⁴ O autor afirma ainda que, em vez de exercerem a função social da propriedade industrial, prevista no inciso XXIX do art. 5º

¹⁰³ A análise dos eventuais efeitos abusivos dos direitos de propriedade industrial sobre a ordem econômico-concorrencial é do CADE, órgão legalmente responsável pela tutela da prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, dotado de vantagens institucionais significativas, em relação ao INPI, para examinar esse tipo de controvérsia.

¹⁰⁴ De acordo com o autor, o desvio de função observado no mercado de reposição automotiva: “[...] está no fato de que as montadoras não solicitam o registro de desenho industrial para “design” de seus carros completos, o que demonstra que não estão preocupadas com o estímulo à criação de design. [...] Solicitam sim registro da parte de reposição, o que demonstra que pretendem, na verdade, monopolizar o mercado secundário. [...] A finalidade precípua da proteção ao design industrial é estimular o desenvolvimento da criatividade no campo dos produtos industriais. O produto, no caso, é a carroceria como um todo, e não as partes isoladas que não passam da consequência do projeto, “consequência” essa utilizada pelas montadoras para o exercício abusivo de controlar o mercado de reposição.” (SILVEIRA, 2009, p. 108)

da Constituição Federal, as montadoras praticam uma “evidente disfunção social” (2009). Os efeitos negativos dessa disfunção serão abordados de forma mais abrangente no item seguinte deste capítulo.

2.2. Reflexos sobre o setor automobilístico

A atuação das montadoras no *aftermarket*, com vistas a impedir a presença dos FIAPs, inviabiliza a produção e a comercialização de peças similares, causando danos relevantes aos diversos setores do ramo automobilístico. Paralelamente à análise realizada pelo CADE, outras medidas com o intuito de proteger o mercado de reparação têm sido tomadas.

Uma delas foi a “instauração de uma CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) no Estado de São Paulo, em 2013, com vistas a investigar a formação de cartéis e outras práticas anticoncorrenciais por parte das montadoras no mercado de reparação” (ANFAPE, 2013a). Um dos objetivos da CPI foi fornecer ao CADE instrumentos para impedir a cartelização do setor e assegurar a livre concorrência do mercado.¹⁰⁵ Os efeitos negativos se estendem da indústria ao varejo, como será demonstrado a seguir.

Uma vez que a cadeia de produção e de comercialização de peças *must match* é suprimida, a consequência lógica é a de que as fabricantes independentes percam seu espaço. Essa conduta prejudica empresas que, estabelecidas há décadas no mercado nacional, ajudaram em seu crescimento, suprindo a demanda por peças de reposição, notadamente de veículos com fabricação superior a cinco anos, demanda não atendida pelas montadoras.¹⁰⁶

O que tem ocorrido na prática após a concessão dos registros é que as ações judiciais propostas pelas montadoras acusam os FIAPs de pirataria, alegando que os independentes se utilizam de seus registros de peças de reposição sem sua autorização. Depois de décadas coexistindo, o segmento de autopeças visuais e independentes foi “dormir legalizado e acordou pirata, criminoso”, conforme assinala Renato Ayres, presidente da ANFAPE, em depoimento.

¹⁰⁵ Durante seis meses, foram ouvidos representantes das próprias montadoras, do Ministério Público de São Paulo, de órgãos de defesa dos consumidores, como o Procon do Estado de São Paulo, e também de fabricantes, de revendedores de peças e de oficinas. “Além da constatação de práticas tais como a de preço abusivo, restou comprovado que montadoras de veículos” (ANFAPE, 2013a, s/p.) têm ajuizado ações visando impedir a fabricação e venda de peças por terceiros não autorizados, alegando ofensa a direitos de propriedade industrial, previstos na Lei nº 9.279/96 (MELO, 2008).

¹⁰⁶ Conforme apontado por um representante do *aftermarket*, até meados do ano 2000, o mercado de reposição funcionava em harmonia, coexistindo pacificamente montadoras e FIAPs, até que sobrevieram os registros de desenho industrial das peças com o objetivo de impedir o comércio de peças alternativas, na tentativa das montadoras de monopolizar o mercado de reposição. “A partir desse ano, alguém teve a ideia de registrar o desenho industrial das peças e impedir o comércio de peças alternativas, na tentativa de constituir um monopólio.” (SÃO PAULO, 2013a).

(SÃO PAULO, 2013a)

Conseqüentemente, o mercado de oficinas independentes é afetado, na medida em que o funcionamento, bem como a capacidade de atendimento de grande parte dessas empresas, depende do fornecimento de peças produzidas pelos FIAPs. Em função da redução da disponibilidade dos produtos, todo o mercado secundário ficaria sob o controle das montadoras, o que tornaria o consumidor mais dependente das oficinas autorizadas.

Conforme dados recentes (MANSUR, 2013), o desabastecimento de peças em concessionárias já é uma realidade no mercado pátrio. Órgãos estaduais, como o Procon de São Paulo, já recebem um volume considerável de queixas de consumidores insatisfeitos com seus veículos parados em oficinas, ou concessionárias, por falta de peças.

Parte do problema do desabastecimento também pode ser explicada por políticas de estímulo à fabricação e venda de veículos novos. A redução na cobrança de IPI, por exemplo, e o conseqüente aumento das vendas no mercado primário fazem com que fabricantes de automóveis e fornecedores de peças à indústria concentrem esforços na produção de um estoque de veículos novos. Como resultado, sobram menos componentes para a reposição, gerando estoques vazios e filas de espera.

A questão do desabastecimento de autopeças e os conseqüentes danos ao mercado consumidor foi o tema discutido na chamada CPI das Autopeças, instaurada em 2013 no Estado de São Paulo, que investigou a possível existência de condutas anticompetitivas no mercado de peças de reposição automobilísticas. Portanto, a extinção forçada dos FIAPs do mercado de reposição poderá acarretar as seguintes conseqüências:

[...] a estagnação imediata e eliminação a longo prazo das fábricas e de todo o mercado; desemprego em toda a cadeia independente; aumento do custo de reparação a níveis extremos; o agravamento da falta de peças, aumentando os transtornos com a demora da reparação; aumento do roubo e furto de veículos, e conseqüentemente aumento da violência; aumento dos custos de seguro; controle da vida útil do veículo por parte das montadoras; escravização do consumidor; aumento dos custos dos fretes e perda de poupança das famílias. (SÃO PAULO, 2013b, p. 11)

Quando o consumidor encontra a peça de reposição para seu veículo, muitas vezes se depara com preços acima daqueles praticados no mercado. Portanto, está-se diante de outra restrição vertical com impactos no mercado consumidor. Estratégias de *marketing* por parte das fabricantes, bem como aumento do poder de compra de parcela de população e a facilidade de crédito oferecida por instituições financeiras fazem com que as montadoras ganhem cada vez mais clientes novos.

Entretanto, muitos consumidores não conseguem manter os custos de manutenções

periódicas de seus veículos. Tampouco imaginam que podem vir a se envolver em acidentes e ter que incorrer em gastos com peças *must match*. Portanto, pode-se afirmar que o nível de assimetria de informações nesse mercado constitui um ponto relevante, uma vez que grande parcela dos consumidores ao adquirirem um automóvel não possuem plena ciência das condições do mercado de reposição das peças *must match*, a ponto de pautarem suas decisões de compra (CADE, 2010, p. 37-38).

Outro fator apontado no voto pelo conselheiro Carlos Ragazzo no julgamento do caso ANFAPE é o superotimismo dos consumidores com relação às suas escolhas no mercado. Citando estudos de economia comportamental, Ragazzo afirma ter restado constatado que grande parte da população tende a ser demasiadamente otimista quanto às suas chances de ter que repor uma peça, em razão de um acidente ou de um uso intenso.

O conselheiro explica que a “capacidade” dos consumidores de manter um veículo sem a necessidade de reposição desse gênero tende a ser superestimada. No momento da aquisição do veículo, o consumidor leva muito mais em conta o preço imediato do bem, do que os gastos que poderiam advir da reposição de peças, principalmente as peças *must match*, que não se encontram no “plano de revisão do veículo” e cuja manutenção se mostra futura e incerta.

Portanto, os próprios consumidores acreditam que as chances de repor essas peças são mínimas, logo, subestimadas. Por fim, Ragazzo acrescenta que: “um exemplo que ilustra essa tendência está no fato de menos de um quarto da frota nacional de veículos, aproximadamente, ser segurada pelos seus proprietários” (CADE, 2010, p. 38-39).

2.3. O caso ANFAPE hoje

Em 2008, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça remeteu o processo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que, em 2010, julgou pela instauração de um processo administrativo contra as montadoras Fiat, Ford e Volkswagen, que veio a ocorrer em abril de 2011 pela extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE), convolado em Processo Administrativo em de agosto de 2012.

Em nota técnica publicada em junho de 2016, a Superintendência-Geral do CADE confirmou a existência de infração à ordem econômica perpetrada pelas montadoras representadas. Destarte, foi dada a recomendação de que, para além da eventual aplicação de multa cabível, seja, em particular, determinado às montadoras a não imposição dos desenhos industriais em questão em face dos fabricantes independentes de autopeças (FIAPs), nos termos dos artigos 37 e 38, inciso VII, da Lei nº 12.529/11, de forma a eliminar a conduta

anticompetitiva identificada. (CADE, 2016)

Paralelamente à análise realizada pelo CADE, outras medidas com o intuito de proteger o mercado de reparação têm sido tomadas. Uma delas foi a “instauração de uma CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) no Estado de São Paulo, em 2013, com vistas a investigar a formação de cartéis e outras práticas anticoncorrenciais por parte das montadoras no mercado de reparação” (ANFAPE, 2013a). Um dos objetivos da CPI foi fornecer ao CADE instrumentos para impedir a cartelização do setor e assegurar a livre concorrência do mercado.¹⁰⁷ Importante destacar que a CPI teve importante papel na fundamentação realizada pela Superintendência-Geral quando da elaboração da nota técnica.

Outro fato importante foi a presença do próprio CADE nos trabalhos realizados pela CPI, representado pelo Coordenador Geral de Análise Antitruste da Superintendência Geral do órgão, Ricardo Medeiros de Castro. De acordo com o coordenador, a situação também não é tranquila, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos. Afirmou ainda que,

[...] caso fique comprovado o abuso de direito, essas montadoras sofrerão sérias medidas. ‘Podem ser condenadas ao pagamento de multas (que chegariam a 20% do faturamento da empresa) ou pode-se convergir para uma solução intermediária, como o licenciamento de determinados registros’. (ANFAPE, 2013a).

A questão do desabastecimento de peças, uma realidade alarmante no mercado automobilístico brasileiro, será analisada com mais detalhes no item seguinte, sendo que, por ora, é interessante informar que no relatório da CPI foi proposta a elaboração de um Projeto de Lei, com vistas a preservar o consumidor, determinando o fornecimento de veículos reservas e estipulando uma multa às montadoras que não fornecerem as peças de reposição no prazo máximo de trinta dias.

Uma decisão judicial de maio de 2012 também demonstrou a importância do caso: a empresa Orgus, que produz faróis em Vargem Grande Paulista (SP), obteve na Justiça Federal o direito de retomar a fabricação de peças da montadora Ford. Em 2007, a FIAP ficou impedida de fabricar dois modelos de faróis de milha de veículos da Ford. Diante desse impedimento, a Orgus decidiu mover na Justiça uma ação contra a montadora e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), acusado de não examinar o mérito dos registros concedidos

¹⁰⁷ Durante seis meses, foram ouvidos representantes das próprias montadoras, do Ministério Público de São Paulo, de órgãos de defesa dos consumidores, como o Procon do Estado de São Paulo, e também de fabricantes, de revendedores de peças e de oficinas. “Além da constatação de práticas tais como a de preço abusivo, restou comprovado que montadoras de veículos” (ANFAPE, 2013a) têm ajuizado ações visando impedir a fabricação e venda de peças por terceiros não autorizados, alegando ofensa a direitos de propriedade industrial, previstos na Lei nº 9.279/96 (MELO, 2008).

(LAGUNA, 2012).¹⁰⁸

3. A experiência internacional no *aftermarket* automobilístico

As empresas que atuam no *aftermarket* automobilístico também vêm enfrentando questões semelhantes àsquelas observadas no ordenamento pátrio. A denúncia da prática das montadoras de se valerem do registro de desenho industrial de peças automotivas com o intuito de eliminar a competição no mercado secundário já ocorreu em diversos países.

O *aftermarket* vem sendo tema de discussões de autoridades antitruste estrangeiras, versando sobre a manutenção de sua existência, bem como sobre a proteção concorrencial desse setor, que afeta direta e indiretamente a vida de milhões de consumidores. Nesse sentido, serão, a seguir, analisados três mercados: Europa, Estados Unidos e Austrália. Neles, o tema já é amplamente discutido e algumas soluções interessantes – e que podem servir de base para solucionar a questão aqui no Brasil – têm sido propostas.

O item 3.1 trata das propostas da Diretiva na União Europeia com o intuito de harmonizar o fragmentado mercado interno europeu de reparação. O item 3.2 analisa o *aftermarket* norte-americano, relatando como um mercado que coexistia pacificamente foi afetado pelos registros de desenho industrial de peças de reposição. Por fim, o item 3.3 apresenta a proposta legislativa australiana, que buscou harmonizar o mercado secundário automotivo desse país.

3.1. A regulação do setor na Europa

A discussão acerca da proteção dos desenhos industriais no mercado de reposição europeu se faz presente desde a alteração do prazo de duração das patentes de autopeças, que passou de quatro para quinze anos, na década de 1970 (REVISTA COBERTURA, 2007), quando diversas montadoras passaram a registrar desenhos industriais de partes isoladas de seus veículos, suprimindo a atuação de fabricantes independentes no mercado secundário.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Com a sentença judicial, foram anulados os efeitos de 47 registros de desenhos industriais aplicados em faróis e para-choques de modelos da montadora. Na decisão, o magistrado titular da 25ª Vara Federal no Rio de Janeiro, avaliou que as autopeças não constituem um objeto descartável para os efeitos previstos na proteção dos direitos de propriedade industrial, bem como afirmou que a conduta da montadora vai contra os princípios da livre concorrência.

¹⁰⁹ O mercado de peças sobressalentes para veículos automotivos no continente movimentava cerca de € 44 bilhões ao ano, sendo que as peças *must match* representam 25% desse mercado, o que equivale a mais de € 10 bilhões na UE-15, ou cerca de € 12 a € 13 bilhões na UE-25 (ECAR, 2006).

Com efeito, diante desse mercado significativo e das restrições decorrentes dos registros de desenhos industriais, muitas fabricantes independentes se viram prejudicadas ao atuar no *aftermarket* do continente. Na Itália, a Fiat pleiteou, há mais de 20 anos, junto ao Tribunal de Bologna, a apreensão do molde para produzir o para-lama anterior do veículo Fiat Uno, bem como toda a produção da referida peça existente no depósito da empresa RHIBA (ECAR, 2006).¹¹⁰

No bojo das discussões dos rumos a serem tomados no mercado de reposição europeu, foram criadas duas formas de representação. A primeira delas é a European Campaign for the Freedom of the Automotive Parts and Repair Market (ECAR), fundada em 1993, sendo uma aliança de dez organizações independentes¹¹¹ da União Europeia, representando diversos membros da cadeia de reparação independente, cujo principal objetivo é proteger e promover a livre concorrência no *aftermarket* europeu. A segunda representante é a Fédération Internationale des Grossistes, Importateurs & Exportateurs en Fournitures Automobiles / International Federation of Automotive Distributors (FIGIEFA), com sede em Bruxelas, fundada em 1956, e que congrega 26 associações nacionais de comércio de 23 países (União Europeia – Registro Transparência, 2014) de todo o mundo, representando varejistas e atacadistas de peças de reposição automotiva. A principal função da entidade é monitorar e acompanhar processos legislativos do setor na Europa, a fim de manter uma concorrência efetiva no mercado de reposição.

Acerca do avanço normativo no continente, a propriedade industrial na Europa encontra-se protegida pela Diretiva 98/71/EC, adotada em 13 de outubro de 1998, com o objetivo de proteger o desenho industrial, aplicando-se a qualquer setor que envolva a substituição e o reparo de componentes. De acordo com a disposição normativa supracitada, a proteção poderia ser concedida tanto à criação de um produto inteiro, como à criação de uma parte componente desse produto complexo (ANFAPE, 2007, p. 16).

A Diretiva dispunha que os Estados-Membros deveriam manter suas leis atuais de proteção do desenho industrial com relação às peças de reposição, podendo alterar tais

¹¹⁰ Diante de casos semelhantes no país, em 1990, uma associação italiana de produtores independentes, denominada CICRA, iniciou uma contraofensiva às manobras judiciais das montadoras Fiat, Ford e Renault junto aos tribunais italianos, com o escopo de anular uma grande quantidade de registros de desenho industrial e, consequentemente, impedir o fechamento de diversas fábricas no país. Em sessão plenária realizada em 1997, na cidade de Estrasburgo, o Parlamento Europeu deu parecer favorável à liberalização do mercado de reposição na Itália. Além disso, foi concedido aos FIAPs italianos o direito de utilização, em suas peças, de logotipos das montadoras, uma vez que a ausência desses componentes comprometia o *design* de algumas peças *must match*.

¹¹¹ A ECAR reúne associações e empresas europeias renomadas no mercado de reposição, sendo elas: AIRC (Association Internationale des Réparateurs en Carrosserie), CEA (Comité Européen des Assurances), EAPA (European Automotive Panel Association), FIA (The Eurocouncil of the Fédération Internationale de l'Automotive), dentre outras.

provisões somente com o intuito de abrir mais o mercado de reposição de peças, permitindo que os fornecedores, além dos produtores de peças de reposição original, ofereçam substituições (BARBOSA, 2013). Sobre essa possibilidade assim dispõe a Diretiva:

Artigo 14 - Disposição transitória - Até que alterações à presente Diretiva sejam tomadas sob proposta da Comissão, em conformidade com as disposições do artigo 18, os Estados-Membros devem manter em vigor as respectivas disposições legais em vigor relativas à utilização do desenho de um componente usado com a finalidade de reparação de um produto complexo, de modo a restaurar a sua aparência original, e devem introduzir alterações a essas disposições apenas se o objetivo for a liberalização do mercado para tais peças. (BARBOSA, 2013, p. 22)

Entretanto, durante as negociações da Diretiva, não se chegou a um acordo quanto ao papel da proteção de desenhos e modelos das peças *must match* para produtos complexos. A própria Diretiva foi precedida da publicação de um “Livro Verde sobre a Proteção Jurídica dos Desenhos Industriais”, o qual continha uma disposição denominada “cláusula de reparação” (*repair clause*). Inicialmente, essa cláusula dispunha que:

[...] os direitos exclusivos sobre desenhos protegidos não podiam ser exercidos contra terceiros que, passados três anos após a primeira colocação no mercado de um produto “complexo” em que um determinado desenho ou modelo tivesse sido incorporado, copiassem esse desenho, desde que o desenho ou modelo em questão “dependesse” da “aparência” do produto complexo de modo a restituir-lhe a sua aparência original. (GRAU-KUNTZ, s/d.a, p. 44).

Portanto, conforme atesta Grau-Kuntz (s/d.a), a ideia principal dessa cláusula era justamente evitar que se estabelecesse um monopólio no mercado de peças sobressalentes, já considerando que a proteção jurídica dessas peças no mercado secundário, via registro de desenho industrial, geraria a exclusão de qualquer possibilidade de concorrência. Ocorre que, inicialmente, a cláusula sofreu diversas críticas do setor industrial, principalmente dos FIAPs, que questionavam o prazo de três anos nela previsto. Posteriormente, a Comissão Europeia propôs uma nova abordagem, ao estipular que os terceiros interessados poderiam copiar o desenho de um produto complexo para fins de reparação de forma imediata, mediante uma remuneração equitativa e razoável. Essa proposta também não foi aceita, nem pelos fabricantes independentes, tampouco pelas montadoras (GRAU-KUNTZ, s/d.a).¹¹²

Portanto, face à divisão de consensos e divergências profundas, optou-se por renunciar, na prática, à harmonização das legislações nacionais dos Estados-Membros nessa matéria, demonstrando que a implementação da Diretiva foi apenas parcialmente bem-sucedida. A

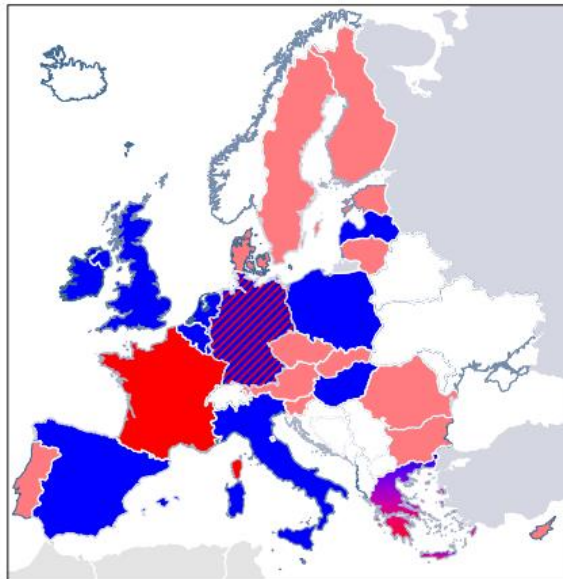
¹¹² Segunda a autora, essa segunda proposta de cláusula de reparação com cláusula de remuneração não foi aceita porque levantaria problemas em relação à determinação da titularidade dos direitos, à adequação da compensação e, por último, à disponibilidade de terceiros para pagarem efetivamente essa remuneração.

solução definitiva para o problema em nível continental foi postergada com nova proposta de liberalização, como será abordado adiante.¹¹³

A Diretiva definiu que até outubro de 2004 fosse apresentado estudo explicitando as consequências dessa situação para os agentes do mercado automobilístico. Determinou ainda, após a apresentação, a propositura ao Parlamento e ao Conselho Europeu das alterações necessárias para regular de forma definitiva o mercado interno da comunidade.¹¹⁴

A Figura 3 ilustra o panorama europeu, nos principais mercados, após a transposição da Diretiva 98/71/CE, e o acesso de novos Estados-Membros.

Figura 3 – O mercado de peças *must match* da UE-27 após a transposição da Diretiva 98/71/CE e do acesso de novos Estados-Membros



¹¹³ Segunda a autora, essa segunda proposta de cláusula de reparação com cláusula de remuneração não foi aceita porque levantaria problemas em relação à determinação da titularidade dos direitos, à adequação da compensação e, por último, à disponibilidade de terceiros para pagarem efetivamente essa remuneração.

¹¹⁴ A diferença de regime jurídico entre os Estados-Membros será abordada em detalhes a seguir, quando será apresentada a fragmentação do mercado europeu. No continente europeu, nem todos os Estados-Membros incorporaram a Diretiva 98/71EC à legislação de seu país. Áustria, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Portugal e Suécia ainda mantêm a proteção de desenhos e modelos para peças sobressalentes. Bélgica, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Espanha e Reino Unido preveem uma cláusula de reparos, concedendo proteção de desenhos e modelos para produtos novos, mas deixando a possibilidade de peças alternativas nos casos de reparos e substituições no pós-venda. A Grécia prevê uma cláusula de reparos combinada a um prazo de proteção de cinco anos e a uma remuneração justa e razoável. No que se refere aos novos Estados-Membros, Chipre, República Tcheca, Estônia, Lituânia, Malta, Polônia, Eslováquia e Eslovênia não adotaram nenhuma disposição especial com relação a peças *must match*, assim, eles desfrutam de proteção *de iure*. Hungria e Letônia incluíram uma “cláusula de reparos” em suas respectivas legislações.

¹¹⁵ Legenda: Azul: Estados-membro com Cláusula de reparos e, assim, com livre concorrência no mercado secundário. Vermelho escuro: França, com nenhuma regra de reparação e implementação rígida do projeto de proteção. Vermelho claro: Estados-Membro sem Cláusula de reparação onde os órgãos ainda não se posicionaram acerca das diretrizes no que tange às peças de reposição. Vermelho/azul tracejado: Alemanha - Garantia das montadoras ao Governo alemão para não usar (possível) projeto proteção para dificultar a concorrência nas peças de reposição no mercado até que a questão de peças de reposição seja resolvida na UE.

Fonte: ECAR (2011, p. 8, tradução nossa)

Ocorre que essa situação de regimes diferentes e opostos de proteção de desenhos e modelos para peças sobressalentes, que fez com que alguns Estados-Membros optassem pela liberalização e outros estendessem a proteção de desenhos e modelos às referidas peças, mostrou-se prejudicial ao mercado interno da Comunidade Europeia.

Um dos efeitos observados foi a disparidade nos preços das peças de reposição. A análise de preços de 11 peças sobressalentes de 20 modelos de carros em nove Estados-Membros e na Noruega (sendo que seis desses países concedem adoção à proteção de desenhos e modelos para essas peças e quatro não) revelou que os preços de 10 delas são significativamente mais altos nos Estados-Membros com a proteção em questão do que naqueles que não a possuem. Assim, observa-se que, nos Estados-Membros que adotam a proteção, os fabricantes de veículos, como detentores dos direitos, exercem força considerável sobre o mercado em detrimento do consumidor (ECAR, 2004).

Consequentemente, a coexistência de regimes distintos de proteção gerou distorções no mercado interno da União Europeia: os recursos e a produção não são alocados dentro da comunidade com base na concorrência, ou seja, as empresas com capacidade têm que produzir produtos de alta qualidade de forma mais eficiente e a preços mais baixos no mercado secundário. A produção não é determinada pelos mecanismos de mercado e sim pelas decisões de gerenciamento das empresas. Os preços se tornam distorcidos e há obstáculos para a comercialização dos produtos.

Um estudo realizado no mercado de peças alemão demonstra as diferenças entre os preços de peças fornecidas pelas montadoras e pelas fabricantes independentes, no varejo, em 2003, conforme a Tabela 1:

Tabela 1 – Diferenças de preços na Alemanha, 2013, no varejo, sem imposto de valor agregado (IVA ou VAT)

	Preço (em Euro)		Aumento de preço para os consumidores	
	Fabricante do veículo	Mercado livre	Euro	%
BMW 316i (E36)				
Para-lama dianteiro direito	130,00	40,20	+89,80	+233%
Capô do motor	236,00	116,95	+199,05	+102%
Farol esquerdo	268,00	225,90	+42,10	+19%
Fiat Punto (176)				
Para-lama dianteiro direito	75,00	50,73	+24,27	+48%
Capô do motor	225,00	124,57	+100,43	+81%
Farol Direito	116,09	90,95	+25,14	+28%

	Preço (em Euro)		Aumento de preço para os consumidores	
	Fabricante do veículo	Mercado livre	Euro	%
Ford Mondeo Kombi				
Para-choque	215,15	160,00 Aprox.	+55,15	+34%
Mercedes Benz (T 202) C-Klasse (T-Modell)				
Para-lama dianteiro direito	115,00	50,84	+64,16	+126%
Capô do motor	287,44	204,73	+82,71	+39%
Farol Esquerdo	205,62	194,40	+11,22	+6%
Opel				
Retrovisor Vectra	158,75	109,04	+49,71	+46%
Farol dianteiro Vectra	211,56	173,00	+38,56	+22%
VW Golf 111 (1H1)				
Para-lama dianteiro direito	90,70	9,05	+61,65	+212%
Capô do motor	196,50	108,87	+87,63	+80%
Farol esquerdo	95,70	81,00	+14,70	+18%

Fonte: Adaptado de ECAR (2004, p. 25-26), com fonte na pesquisa GVA de junho de 2003.

Assim, o cenário se mostrou repleto de incertezas para governos, empresas e consumidores, em que uma parte dos Estados-Membros possui mercados protegidos e a outra parte, liberalizados, por meio da provisão de uma cláusula de reparação, nos termos da Diretiva. Diante desse contexto, com vistas a abolir a fragmentação do mercado europeu e alterar a Diretiva de Desenhos e Modelos, objetivando também uma maior competição e o surgimento de mais fornecedores; a Comissão, subsequente à Diretiva de Desenhos e Modelos 98/71/EC, adotou o Regulamento (EC) 1400/2002.¹¹⁶ Um de seus objetivos básicos foi salvaguardar a concorrência no mercado de pós-venda automotivo, incluindo a produção e a distribuição de peças sobressalentes. O Regulamento¹¹⁷ é dotado de dispositivos que:

[...] estabelecem como condutas graves as restrições verticais (a) relativas à venda de veículos novos, serviços de reparação e manutenção ou peças de reposição; (b) relativas apenas à venda de veículos novos; e, por fim, (c) relativas à venda de serviços de reparação e manutenção e de peças de reposição. (BARBOSA, 2013)

Esse novo regime regulatório resolveu algumas questões práticas com relação à distribuição de peças sobressalentes, em especial o objetivo de proteger a concorrência em vigor no mercado para serviços de reparos e manutenção, permitindo, entre outras coisas, que os usuários escolham entre peças sobressalentes concorrentes e vedando que os fabricantes de veículos impeçam seus fornecedores de atuar diretamente no mercado de pós-venda, incluindo

¹¹⁶ Sobre a aplicação do Artigo 81(3) do Tratado de categorias de contratos verticais e práticas concernentes na indústria de veículos motores (Regulamentação de Isenção em Bloco), ver União Europeia (2002).

¹¹⁷ O Tratado apresenta ainda outras propostas, como informadas em ECAR (2004).

peças sobressalentes de qualidade igualável fabricadas por terceiros.

Diante desses impactos da proteção do desenho industrial das peças de reposição na Europa, a já discutida proposta de “cláusula de reparação” foi reformulada após a conclusão dos estudos. Consoante a proposta, a cláusula de reparação voltaria a ser a melhor maneira de solucionar o problema das peças *must match*. Ocorre que, agora, após as análises, o regime que acompanharia a cláusula seria de liberalização completa, imediata e gratuita.

De acordo com Grau-Kuntz (s/d.a), a Comissão Europeia optou pela liberalização imediata ao argumento de que um período de proteção conferido às peças, ainda que reduzido, poderia implicar a possibilidade de que, durante esse tempo, os titulares dos direitos aumentassem os preços.

A opção pela liberalização gratuita encontrou sua justificativa no argumento de que um sistema de remuneração levanta uma série de problemas, principalmente sobre a adequação da compensação, disponibilidade dos terceiros em pagar efetivamente essa remuneração e em relação à determinação de titularidade dos direitos, conforme já discutido, quando a cláusula sofreu a segunda alteração, em meados da década de 1990.

Em dezembro de 2005, a Comissão Europeia publicou um Roteiro de Discussão para a realização de consulta pública. O objetivo foi promover o debate sobre como os mercados europeus poderiam ser eficazmente protegidos das condutas abusivas das empresas que possuem posição dominante, condutas essas que arriscam enfraquecer a competição no mercado e, em consequência, prejudicar os consumidores. Entre os temas abordados, o *aftermarket* automotivo recebeu atenção especial (BARBOSA, 2013).

Ao final da Consulta Pública, a Comissão solicitou que fossem enviados ao Diretório Geral de Concorrência os comentários sobre o Roteiro de Discussões, destacando-se o teor das respostas das duas principais representações: FIGIEFA e ECAR (BARBOSA, 2013).¹¹⁸ Após o recebimento dos comentários do público e das partes interessadas, a Comissão estudou todos os argumentos apresentados no Roteiro de Discussões de modo a determinar a melhor forma de progredir com a questão (BARBOSA, 2013).

Em dezembro de 2007, durante sessão plenária, o Parlamento Europeu votou a favor da Cláusula de Reparação. Como concessão à indústria automobilística, este decidiu instituir um

¹¹⁸ Ambas apontaram que os consumidores europeus se tornariam “prisioneiros” das montadoras, se a competição no mercado secundário fosse suprimida. Apontaram ainda que muitas montadoras e importadoras de veículos se valem de um “pacote de acordos”, com intuito de “fidelizar” cada vez mais os consumidores à rede de oficinas autorizadas das montadoras, já que o consumidor necessitará recorrer a um reparador autorizado, em vez de uma oficina independente, fortalecendo ainda mais a posição dominante já desfrutada pelas montadoras no mercado de manutenção.

período de transição de cinco anos para a implementação da cláusula naqueles países-membros cujo mercado de reparação ainda é protegido. No início de 2008, a discussão seguiu para o Conselho de Ministros da Comunidade Europeia (REVISTA COBERTURA, 2008).

Portanto, como atesta Silva, citado por Barbosa (2013, p. 7), “o compromisso que vingou na Diretiva consiste num misto de justiça salomônica e *non liquet*”. De um lado, alguns Estados-Membros adotaram política de liberalização; de outro, o forte *lobby* das montadoras impede a liberalização do mercado secundário de outros países. Enquanto isso, a discussão política e legislativa segue na Europa, e representantes, como a FIGIEFA e a ECAR, propõem uma mudança regional, em prol da implementação de cláusula de reparação em todos os Estados-Membros da União Europeia, apontando os malefícios de um mercado fragmentado e os benefícios da liberalização do *aftermarket* para os consumidores.

3.2. A regulação do setor nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, por mais de 60 anos os consumidores se beneficiaram com a disponibilidade de peças alternativas de reparação para os seus veículos danificados. O *aftermarket* é muito importante para a economia do país e emprega cerca de 4,2 milhões de pessoas. Em média, a concorrência no setor de peças de colisão representa uma economia aos consumidores de aproximadamente US\$ 1,5 bilhão por ano, conforme a tabela a seguir:

Tabela 2 – Comparação de Preços – Mercado Norte-Americano

		Para-choque		Capô do motor		Para-lama	
		OEM	Não OEM	OEM	Não OEM	OEM	Não OEM
95	Buick Century	112,00	93,00	238,00	174,00	136,00	108,00
94	Chevy Corsica	320,00	127,00	192,00	138,00	99,00	65,00
94	Ranger Pickup	261,18	206,00	247,78	176,00	168,37	120,00
95	Ford Taurus	385,00	294,00	400,12	202,60	214,53	89,00
95	Honda Accord	181,13	148,00	305,34	170,00	145,00	66,00
96	Mazda 626	446,35	370,00	286,75	198,00	248,55	122,00
95	Nissan Altima	143,25	80,00	336,89	186,00	180,04	124,00
95	Pont. Grand AM	322,00	238,00	307,00	154,00	216,00	59,00
95	Toyota Corolla	114,84	88,00	250,00	136,00	110,26	55,00
95	Plym. Acclaim	225,00	168,00	250,00	195,00	245,00	65,00
94	Jeep Cherokee	140,00	103,00	310,00	141,00	187,00	72,00
96	Dodge Intrepid	460,00	288,00	315,00	220,00	174,00	146,00
96	Toyota Camry	234,70	180,00	383,51	149,00	143,88	60,00
95	Chevy S10 Blazer	304,00	128,00	337,00	132,00	296,00	141,00
96	Ford Explorer	370,07	278,00	214,58	180,00	110,02	86,00
	Média	267,97	185,93	291,60	170,11	178,24	91,87
	Diferença	82,03%	44%	121,49	71%	86,38	94%

Fonte: adaptado de ECAR (2004, p. 27), com fonte em NAI. ¹¹⁹

Nesse contexto, a criação de uma associação encarregada de certificar a qualidade das autopeças produzidas pelos FIAPs norte-americanos intensificou o antagonismo entre montadoras e fabricantes independentes no país, ainda no final da década de 1980.¹²⁰ Com investimentos em certificação de qualidade, estudos no setor automotivo mostraram que:

[...] os bens oferecidos pelos FIAPs são, em geral, mais confiáveis do que as autopeças originais. Em julho de 2002, a CAPA testou a qualidade de 1.907 autopeças originais disponíveis no mercado americano, e descobriu que a metade delas não atendia às especificações da entidade. Por outro lado, um estudo realizado pela Alliance of American Insurers em 1999 revelou que o preço médio das autopeças originais era cerca de 60% mais elevado do que as congêneres produzidas pelos FIAPs. (ARAÚJO JR., 2006, p. 6-7)

Ademais, “com estes resultados, os FIAPs ganharam um aliado importante naquele país: as empresas seguradoras” (ARAÚJO JR., 2006, p. 7). O mercado de seguros é de suma importância para a economia norte-americana: “os seguros de vida, contra acidentes e principalmente de responsabilidade civil – representam mais de 8% da economia americana. Um em cada 12 dólares gastos no país por americanos vai para alguma forma de seguro” (GRADILONE, 2014, s/p.). Ademais, 47 estados americanos exigem que o condutor tenha pelo menos algum tipo de seguro de carro (KLEIN, 2014).¹²¹

No caso norte-americano, ressalte-se que as seguradoras possuíam vínculo com os FIAPs para reparar os danos cobertos por elas, porquanto as peças deles eram mais baratas, tornando-os mais competitivos no mercado secundário. Frente a essa realidade, as principais montadoras em atividade nos Estados Unidos começaram a pleitear no início da década de 1990 junto ao Congresso um projeto de lei visando proteger peças sobressalentes, não para a proteção importante e legítima da concepção global de seus veículos, mas para evitar concorrência na obtenção de peças para a reparação dos veículos pelos consumidores.

De início, o Congresso não atendeu ao pedido das montadoras. Em 2004, a Ford abriu

¹¹⁹ Legenda: OEM: peças dos fabricantes originais. Não-OEM: peças dos fabricantes independentes.

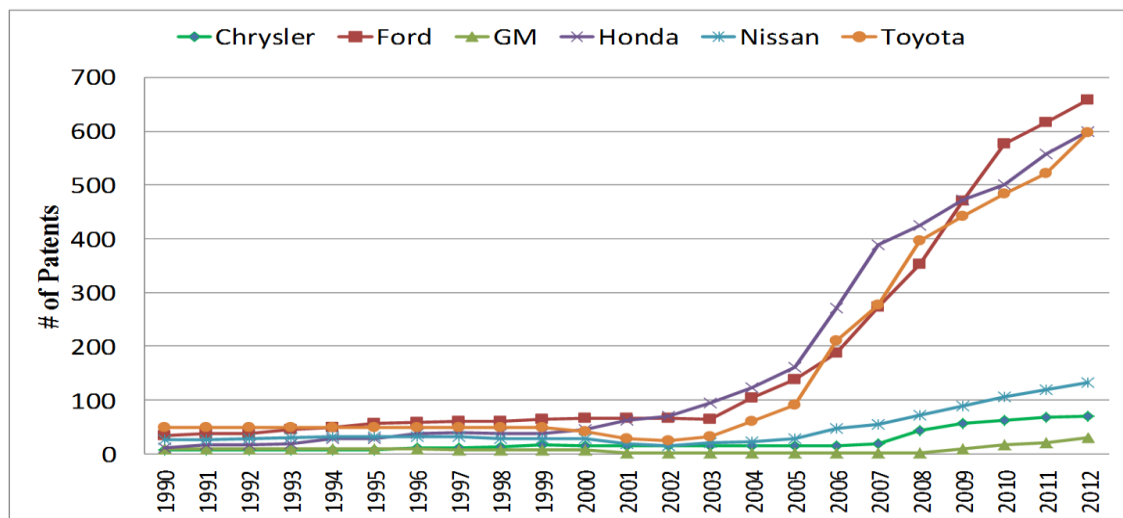
¹²⁰ A Certified Automotive Parts Association (CAPA), organização sem fins lucrativos, criada em 1987, desenvolve e supervisiona programas de testes que visam garantir a adequação e a qualidade de peças automotivas. Os serviços prestados por essa associação “ajudaram a consolidar a reputação dos FIAPs como ofertantes de peças que combinam durabilidade e modicidade de preços” (ARAÚJO JR., 2006, p. 6).

¹²¹ “Em 2002, segundo o National Safety Council, foram registrados mais de 18 milhões de acidentes automobilísticos nos Estados Unidos, que geraram danos da ordem de US\$ 243 bilhões, dos quais cerca de US\$ 112 bilhões foram cobertos pelas seguradoras. A fim de reduzir o montante das indenizações e os prêmios dos seguros, várias empresas atualmente só autorizam a reparação dos veículos acidentados em oficinas que usam autopeças fabricadas por FIAPs. Este procedimento deu origem a inúmeras ações judiciais por parte de segurados descontentes, que prefeririam usar autopeças originais. Contudo, em cerca de 20 estados onde aquelas ações já foram encerradas, os juízes decidiram que a conduta das seguradoras beneficia o consumidor porque, além de reduzir os custos de reparação, não afeta o valor do veículo” (ARAÚJO JR., 2006, p. 7).

um processo na International Trade Commission (ITC), alegando violação de patentes de *design* em peças para a *Pick-up* F-150. Embora certo número de patentes apresentadas pela montadora tenha sido descartado como inválido, sete registros foram considerados válidos pelo ITC. Como resultado, os proprietários da F-150 não tiveram escolha a não ser recorrer à própria fabricante Ford, para substituir um farol ou qualquer uma das outras seis partes (QUALITY PARTS COALITION, 2014b).

Junto ao caso supracitado, o número de patentes de *design* concedidas às grandes empresas de automóveis em peças de reparos de colisões tem aumentado. Como o gráfico a seguir ilustra, o número de patentes de *design* detidas pelas empresas de automóveis mais do que dobrou desde 2005. O aumento dos registros por parte das principais montadoras atuantes no mercado norte-americano está representado abaixo:

Gráfico 1 – Registros de design de peças automotivas must match (em números) das maiores montadoras norte-americanas desde 1990



Fonte: Quality Parts Coalition (2013).

Nos Estados Unidos, a proteção de desenhos ou modelos é regulada pelo U.S. Patent Act¹²² e confere a seus detentores uso exclusivo por 14 anos (QUALITY PARTS COALITION, 2014c). Aqueles que procuram usar desenhos protegidos são geralmente sujeitos às mesmas proibições e punições contra a violação da proteção das patentes de invenções de utilidade, que possuem validade de 20 anos. Em abril de 2013, os membros do Comitê Judiciário da Câmara e do Comitê Judiciário do Senado apresentaram projeto de lei bipartidário que iria expandir a escolha do consumidor por peças de reparação de automóveis, cortar custos pagos pelas

¹²² 35 U.S. C. §§ 1, et seq. (2007).

seguradoras e motoristas e garantir a concorrência no mercado de peças de reposição “*must match*”.

O denominado Parts Act visa estabelecer exceção à proteção conferida às peças de reparação *must match* de produtos complexos, bem como propor a redução do prazo de proteção dada a uma patente de *design*.¹²³ Os objetivos em comento são extraídos do texto do referido projeto de lei, o qual dispõe:

No que diz respeito a uma patente de design que reivindica uma parte componente de um veículo a motor, originalmente fabricado:

(A) não deve ser um ato de violação de tal projeto de patente para fazer ou oferecer a venda dentro dos Estados Unidos, ou importar para os Estados Unidos, qualquer artigo de fabricação que é semelhante ou o mesmo na aparência ao componente que é reivindicado em tal patente de design, se o propósito de tal artigo de fabricação é para a reparação de um veículo a motor, de modo a restaurar esse veículo à sua aparência, como originalmente fabricado; e

(B) após o decurso de um período de 30 meses, a partir do primeiro dia em que tal componente é oferecida pela primeira vez ao público para venda, como parte de um veículo a motor, em qualquer país, não deve ser um ato de violação de tal patente de design para usar ou vender nos Estados Unidos qualquer artigo de fabricação que é semelhante ou o mesmo na aparência ao componente que é reivindicada nessa patente de design, se o propósito de tal artigo de fabricação é para a reparação de um veículo a motor, de modo a restaurar tal veículo à sua aparência, como originalmente fabricado. (UNITED STATES OF AMERICA, 2013, p. 2-3, tradução nossa)¹²⁴

Portanto, essa disposição prevê uma exceção de violação de patentes de *design*, permitindo que essas peças sejam fabricadas e comercializadas apenas quando objetivarem restaurar a aparência original de um produto complexo. Peças fabricadas para qualquer outra finalidade, incluindo a réplica do produto ou a restauração funcional do seu desempenho, não estariam abrangidas por essa isenção (HAWKER, 2010).

Ademais, cumpre destacar que o projeto de lei nesta disposição se assemelha à proposta aprovada pelo Parlamento Europeu e já discutida no item anterior, em que a cláusula de reparação dispõe que não haverá extensão da proteção de desenhos industriais às peças de reposição *must match*, sob pena de eliminar a concorrência no mercado secundário.

¹²³ Cumpre destacar que o sistema norte-americano protege o desenho industrial como patente.

¹²⁴ No original: “With respect to a design patent that claims a component part of a motor vehicle as originally manufactured:

(A) it shall not be an act of infringement of such design patent to make or offer to sell within the United States, or import into the United States, any article of manufacture that is similar or the same in appearance to the component part that is claimed in such design patent if the purpose of such article of manufacture is for the repair of a motor vehicle so as to restore such vehicle to its appearance as originally manufactured; and

(B) after the expiration of a period of 30 months beginning on the first day on which any such component part is first offered to the public for sale as part of a motor vehicle in any country, it shall not be an act of infringement of such design patent to use or sell within the United States any article of manufacture that is similar or the same in appearance to the component part that is claimed in such design patent if the purpose of such article of manufacture is for the repair of a motor vehicle so as to restore such vehicle to its appearance as originally manufactured”.

A segunda disposição diz respeito à alteração da lei de patentes de *design* dos EUA para reduzir o período de exclusividade das montadoras de usar as patentes de *design* para peças de reparação de 14 anos para 30 meses (ou dois anos e meio), durante os quais outros fornecedores poderiam testar a pesquisa e desenvolver as peças. A disposição parece uma questão referente tão somente ao prazo de decaimento do *design*, visto que seu escopo se confunde com o da primeira disposição. O projeto conta com o apoio de importantes associações estadunidenses, como a Autocare Association¹²⁵ e a Quality Parts Coalition.

O projeto de lei, que no Senado norte-americano recebeu a denominação “S.780”, conta com significativo apoio popular, 86% da população nativa, conforme apontam pesquisas (UNITED STATES OF AMERICA, 2014b)¹²⁶ e ainda se encontra pendente de votação no referido órgão.

3.3. A proposta australiana

O sistema de registro de desenho industrial na Austrália foi regulamentado pelo Designs Act, de 1906. Essa lei concedia aos proprietários de um desenho industrial uma exclusividade de usar, licenciar e vender o desenho industrial por um período máximo de 16 anos (BARBOSA, 2013).

Embora a lei regulasse a proteção do desenho industrial, continha lacunas que permitiam às montadoras a realização de condutas abusivas no sentido de inibir a concorrência no *aftermarket* australiano. Basicamente, a disputa era entre os interesses dos principais fabricantes automotivos (que buscavam proteger sua propriedade intelectual no desenho industrial das peças de reposição), e a redução de preços e o ganho de eficiências, resultantes de um *aftermarket* livre e competitivo.

Assim, em dezembro de 2002, foi proposto, na Casa dos Representantes, um projeto de lei de Proteção ao Desenho Industrial, denominado Design Bill, a fim de criar novo sistema para a proteção do desenho industrial. Seu memorando explicativo indica que a razão política da defesa do direito de reparação é assegurar a competição eficaz no mercado de reposição de peças automotivas e tentar descobrir um equilíbrio entre fornecer incentivo para a atividade de criação do desenho industrial (para veículos novos) e permitir a competição no mercado de

¹²⁵ Atualmente denominada Autocare Association, a Aftermarket Industry Association foi fundada em julho de 1999 em Bethesda, Maryland (EUA) (AUTOCARE ASSOCIATION, 2014).

¹²⁶ Pesquisa encontrada no site da POPVOX, cuja finalidade é estabelecer uma ponte entre a população e o Congresso.

peças de reposição, posição corroborada pela Comissão Australiana da Concorrência e do Consumidor.

Após a realização de uma consulta pública, o Comitê de Legislação Econômica do Senado, em março de 2003, recomendou o imediato encaminhamento do projeto de lei aos seus cuidados, recomendação acatada pelo Senado, submetendo o projeto para relatório. Entre outros temas, foram apontadas, para consideração, as implicações da provisão de peças de reposição para os consumidores, seguradoras e fabricantes de carros.

Um dos principais objetivos do projeto de lei de Proteção do Desenho Industrial era fornecer uma exceção à conduta infratora, na qual o desenho industrial registrado pudesse ser usado com a finalidade de reparação de um produto complexo e usado com relação a uma parte componente do produto.

A cláusula 72 traz a defesa do direito de reparação. Ela estabelece, entre outras coisas, que uma pessoa não infringirá um desenho industrial registrado quando ele for parte componente de um produto complexo e a finalidade do uso ou autorização for para a reparação de um produto complexo, cabendo ao detentor dos direitos sobre o desenho industrial registrado arcar com a responsabilidade de provar que tal pessoa sabia ou deveria saber que o uso ou autorização tinha finalidade diversa da de reparar um produto complexo.

Na opinião da Comissão Australiana da Concorrência e do Consumidor, as empresas que detivessem poder de mercado no mercado primário de equipamento original e passassem a incorporar o desenho industrial de peças individuais estariam aptas a influenciar o mercado de reposição de equipamentos originais. Acrescentou, ainda, que, se a concorrência fosse defendida, isso incentivaria as firmas pequenas e inovadoras a ingressarem no mercado das peças de reposição.

O Comitê de Legislação Econômica do Senado considera que, ao se abranger a defesa do direito de reparação, alcança-se o equilíbrio adequado entre o incentivo de um nível economicamente ótimo do desenho industrial na Austrália e o impacto do preço e da escolha dos consumidores, bem como a oportunidade de outros fornecedores ingressarem no mercado.

Ouvidos e discutidos os argumentos de cada instituição mencionada, a Comissão Australiana de Reforma da Lei recomendou a aprovação da Lei de Proteção do Desenho Industrial de 2003, que passou a ser conhecida como Designs Act 2003. Esta recebeu a Aprovação Real em 17 de dezembro de 2003 e entrou em vigência em 17 de junho de 2004.

A revisão da legislação lançada pelo governo australiano em 2006 concluiu que:

[...] a provisão de direito à reparação estabelece um equilíbrio adequado entre os objetivos políticos do Governo para incentivar a inovação, protegendo fornecedores

de componentes no mercado primário, [para] abrir o *aftermarket* de peças para uma maior concorrência, e [para] operar um registro de desenho acessível sistema que atinja o equilíbrio adequado entre os benefícios para o consumidor, os custos de conformidade para os custos das empresas e da indústria e administrativas para o Governo. (HAWKER, 2010, p. 9).

De acordo com estudos realizados (METCALFE, 2005, p. 13), as autopeças vendidas pelos FIAPs no mercado australiano representaram um desconto de aproximadamente 30%, economia que poderia ser traduzida em uma redução de 7% nos prêmios de seguro.

4. Aplicação ao caso brasileiro

A análise do problema sintomático objeto deste estudo demonstrou que os FIAPs são importantes agentes atuantes no mercado automobilístico mundial, não meras empresas que praticam pirataria por engenharia reversa. São firmas estabelecidas no mercado há décadas, auxiliando as montadoras a suprir uma demanda de reposição que elas próprias não são capazes de suprir (conforme já demonstrado no item 2.1 deste trabalho).

Dos estudos realizados, observa-se que não existe concorrência nos mercados secundários, cujas peças são protegidas por registros de desenho industrial. O consumidor que necessita reparar seu veículo deve sempre recorrer às concessionárias das montadoras para adquirir uma peça sobressalente que necessita de substituição.

A experiência norte-americana demonstrou que os FIAPs podem concorrer em nível qualitativo com os produtos ofertados pelas montadoras, rejeitando, dessa forma, o argumento destas de que apenas os seus produtos são dotados da qualidade necessária para a correta reparação. A criação de uma entidade como a CAPA nos Estados Unidos demonstra que muitos FIAPs buscam ofertar produtos de qualidade no mercado, combinando durabilidade e modicidade nos preços.

Ademais, a concorrência entre montadoras e FIAPs aqui discutida não significa tão somente concorrência em nível de preços, pois outros fatores também devem ser considerados, como o serviço ou a qualidade e a reputação do produto. A experiência de certificação já conhecida nos Estados Unidos foi discutida na CPI que investigou condutas anticompetitivas no mercado de autopeças¹²⁷ (SÃO PAULO, 2013b).

Portanto, pode-se extrair da experiência norte-americana que investimentos em

¹²⁷ “A Comissão Parlamentar de Inquérito ouviu o presidente do Sindicato do Comércio Varejista de Peças e Acessórios para Veículos no Estado de São Paulo (Sincopeças), Francisco Wagner de La Torre, que defendeu o estabelecimento de um selo de certificação, fornecido pelo Inmetro, para as peças de fabricantes independentes. Isso daria segurança ao mercado varejista, que recebe também peças importadas sem garantia de qualidade.” (SÃO PAULO, 2013b, v. 123, n. 231, p. 5).

certificações, além de associação com seguradoras, foram medidas de suma relevância para aumentar a reputação dos fabricantes independentes e tornar o mercado competitivo naquele país. Alguns produtos de origem FIAP possuem até qualidade superior aos produtos originais oferecidos pelas montadoras.¹²⁸

Quando se discute a concorrência em relação aos preços das peças ofertadas pelas montadoras e FIAPs, constata-se a disparidade observada no mercado nacional,¹²⁹ que já foi objeto de inúmeros estudos realizados por associações europeias, como a ECAR e a FIGIEFA (item 3.1). As pesquisas europeias já demonstraram que as peças são significativamente mais caras nos países que lhes concedem a proteção como desenho industrial.

Como salientado no item 3.1, o mercado na União Europeia apresenta-se bastante fragmentado quanto à proteção de peças sobressalentes. A proposta europeia de alteração legislativa referente às peças *must match* mostra-se interessante para a persecução de solução satisfatória do problema enfrentado no Brasil pelo caso ANFAPE. Ademais, cumpre ressaltar que a proposta de lei norte-americana (representada pelo Projeto de Lei S.780) de permitir a livre fabricação e comercialização de peças sobressalentes teve influência da proposta europeia.

Outra questão enfrentada pela proposta legislativa norte-americana foi a possível redução do tempo de duração da exclusividade sobre desenhos industriais, que pode iniciar importante discussão sobre a duração dos registros de desenho industrial no Brasil. De acordo com o item 2.2 deste trabalho, um registro de desenho industrial no ordenamento pátrio poderá ter um prazo total de proteção de 25 anos, superior, inclusive, aos concedidos aos titulares de patentes de invenção (20 anos) e de modelos de utilidade (15 anos).

Isso posto, poder-se-ia discutir se esse prazo não é muito longo, ainda mais quando se analisa um mercado tão dinâmico como o automobilístico, em que a busca por novos modelos e desenhos é uma constante. Montadoras lançam anualmente modelos mais modernos para atrair mais consumidores e, muitas vezes, há alterações substanciais de *design*, tornando o

¹²⁸ “Em julho de 2002, a CAPA testou a qualidade de 1.907 autopeças originais disponíveis no mercado americano, e descobriu que a metade delas não atendia às especificações da entidade.” (ARAÚJO JR., 2006, p. 6-7)

¹²⁹ Disparidade esta discutida na CPI, quando o deputado Fernando Capez presidiu uma sessão que contou com a participação do economista Pedro Scazufca: “[...] um slide interessante, um levantamento que a gente fez com a ajuda da ANFAPE, dois tipos de carro, Gol geração três e Ford Fiesta, um sem DI e o outro com DI. E a gente comparou o preço com relação à independente para capô e para para-lama. E o que acontece? Quando tem, o carro tem essa proteção de DI, ou seja, quando, no lado, vamos dizer no Gol a gente tem uma concorrência e no Ford Fiesta você teria um monopólio. O que acontece? Aí é que a tendência é que o preço seja maior do produto. Então por exemplo, a gente vê que no capô enquanto do Gol no independente seria R\$ 300, no Gol geração três onde tem concorrência, no mercado autorizado seria R\$ 544 e o Ford Fiesta aonde não tem concorrência, aonde há um monopólio seria em torno de R\$ 1.098. Isso é o preço de 2010, a gente não pode, não é uma comparação exata, são dois carros diferentes, mas só para a gente ter uma ideia, que quando você tem um monopólio, a tendência é que o preço seja muito mais alto”. (SÃO PAULO, 2013b, p. 27)

modelo (ou geração) anterior de um dado veículo fora dos novos padrões da “estética automobilística”. Por conseguinte, grande parte das peças *must match* de um dado modelo anterior simplesmente não se aplica a novos modelos e, tendo em vista que as montadoras têm mais interesse em vender carros novos do que reparar os ultrapassados, se poderia questionar a duração dos registros.

Dessa forma, contesta-se a duração do prazo de proteção legal, pensando-se, na impossibilidade de liberalização do mercado (conforme proposta europeia), proposta semelhante à norte-americana de redução da proteção legal (de 14 anos para 30 meses) pode ser interessante no caso das peças de reparação *must match*. A própria dinâmica do mercado automobilístico torna os modelos de automóveis e suas partes ultrapassados.

Entretanto, a discussão sobre eventual inadequação do prazo deve passar por outros questionamentos.¹³⁰ Há tratados internacionais que definem prazos mínimos de proteção para a propriedade intelectual e qualquer proposta de redução de tempo de proteção terá que levá-los em conta. No caso, o acordo TRIPs estabelece que o prazo mínimo exigido para desenhos industriais seja de 10 anos.¹³¹ Por conseguinte, a análise da redução do prazo de proteção não se mostra tão simples, devendo superar todas as questões supramencionadas para ser aceita no bojo das discussões que este trabalho se propõe a apresentar.

Por fim, foi analisada a contribuição da proposta australiana. Conforme já apontado no item 3.3, sua intenção foi alterar a própria Lei de Propriedade Industrial vigente. De início, a lei de *design* desse país diminuiu o prazo do registro de um desenho industrial para o período máximo de 10 anos, adequado ao prazo mínimo exigido pelo acordo TRIPs.

Todavia, a mudança mais significativa encontra-se no art. 72 da lei, o qual traz a defesa do direito de reparação, muito semelhante à proposta europeia já discutida e que estabelece, entre outras coisas, que não haverá infração a um desenho industrial registrado quando ele for parte componente de um produto complexo e a finalidade do uso ou autorização for para a

¹³⁰ Os questionamentos seriam: (i) uma proposta de redução do prazo de desenho industrial alcançaria todos os tipos de *design* (inclusive vários que não sofrem questionamento quanto a um suposto abuso). Seria a solução para o caso das autopeças uma medida que afetaria desenhos de outras espécies?; (ii) A definição desses prazos é, de certa forma, arbitrária, porque cada desenho ou tecnologia tem uma vida econômica própria. A teoria de Schumpeter acerca dos ciclos econômicos explica essa assertiva. Uma inovação (como um *design* superveniente) pode simplesmente retirar toda a importância econômica de uma criação protegida e torná-la obsoleta, ainda que o prazo de proteção desta última não tenha vencido; (iii) Existe uma dificuldade de se propor prazos distintos de acordo com o tipo de *design* ou de criação, porque (a): cada produto tem uma vida útil econômica diferente; e (b): o próprio mercado é dinâmico, de modo que qualquer cálculo que defina um tempo “justo” de proteção terá que ser constantemente revisto, pois as condições que o embasaram mudam o tempo todo;

¹³¹ O Acordo TRIPs (do inglês Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, cuja tradução é: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) é um Tratado Internacional que trata dos direitos de autor e conexos, topografias de circuitos integrados, proteção do segredo de negócio e controle da concorrência desleal. (BRASIL, 1994)

reparação de um produto complexo. Para isso, caberá ao detentor dos direitos sobre o desenho industrial registrado arcar com a responsabilidade de provar que tal empresa sabia ou deveria saber que o uso ou autorização tinha finalidade diversa da de reparação de um produto complexo.

Portanto, pode-se concluir que as três propostas apresentadas possuem um ponto de convergência, qual seja: a mudança legislativa que proporcione aos FIAPs a concorrência no mercado secundário, por meio de uma garantia legal de que os direitos de propriedade industrial referente às peças *must match* não serão exercidos no *aftermarket* automotivo.¹³²

Todavia, a espera por um posicionamento legislativo pode se mostrar prejudicial às partes envolvidas na discussão. Conforme atesta o Conselheiro Ragazzo:

[...] uma demora demasiada na solução do presente conflito poderia implicar a exclusão de agentes e uma série de danos ao mercado e aos consumidores. [...] O conflito poderia ficar sem resposta indefinidamente. Inúmeros são os casos, aliás, no qual o Judiciário, por exemplo, tem de atuar justamente porque não uma definição legislativa sobre a matéria. (In: CADE, 2010, p. 75).

Mesmo diante das dificuldades e desvantagens de uma medida dessa natureza, nada impede que o Poder Legislativo pátrio possa regulamentar o tema, assim como ocorreu nos outros países considerados neste estudo. Nesse sentido, as informações oriundas da CPI das autopeças, aqui utilizadas, são de suma relevância para dar suporte a eventual lei, pacificando a controvérsia do ordenamento.

Uma solução de direito pela via regulatória mostra-se interessante, tendo em vista que intervenções administrativas possuem uma série de vantagens, conforme atesta Ragazzo, tais como: “visualizar os efeitos da decisão de modo mais tangível, ouvir os envolvidos de modo mais direto, investigar as questões que levaram à controvérsia, dentre outras” (In: CADE, 2010, p. 75).

Conforme aponta Barbosa (2013, p. 24), o sensível problema das peças de reposição *must match* exige uma solução de Direito, seja legislativa, regulatória, ou via da aplicação das

¹³² A opção por uma medida legislativa, a qual consolidasse a abertura do mercado secundário às FIAPs (no molde das propostas europeia, estadunidense e australiana), seria uma opção plenamente possível e interessante, pacificando a matéria e trazendo segurança jurídica aos agentes envolvidos. Barbosa apresenta, em sua proposta de alteração legislativa da Lei de Propriedade Industrial, um dispositivo referente à vedação da aquisição da propriedade do desenho industrial que abarca a questão das peças *must match*:

Art. 109 – A – O dispositivo no caput do artigo anterior não se aplica: [...] III – aos fabricantes de acessórios, implementos e peças de reposição de bens de consumo durável, que utilizem o objeto do desenho protegido exclusivamente para suprir a reposição, no interesse do consumidor, de parte integrante de produto já vendido, desde que obedecidas às práticas leais de concorrência e mantidas as especificações de qualidade do elemento original. (BARBOSA, 2013)

limitações razoáveis já constantes em nosso ordenamento.¹³³ Nesse sentido, discutem-se, neste item, as implicações de cada via na solução de Direito.

O CADE, como órgão competente para avaliar abusos de poder econômico, no caso em debate, decorrentes dos direitos de propriedade industrial, dispõe de instrumentos para uma solução administrativa da controvérsia, amparada nos ditames da Lei nº 12.529/11. Entre eles, o art. 38 da referida lei estatui que o órgão pode dispor de “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica” (BRASIL, 2011).

Um importante questionamento se faz acerca da expressão “qualquer outro ato”. O CADE, por estar adstrito ao princípio da legalidade, só poderia aplicar medidas expressamente previstas em lei. Portanto, o uso de algumas medidas na controvérsia, como a licença compulsória¹³⁴ de desenho industrial, não poderia ser feito, por falta de previsão legal específica.

Em seu voto, o conselheiro Ragazzo (CADE, 2010, p. 64) também afirma que, por não se tratar de patentes, “a solução para a controvérsia não necessariamente contempla o licenciamento compulsório do direito”. Se a Lei de Propriedade Industrial tivesse uma previsão de licenciamento compulsório para desenhos industriais, o problema provavelmente teria uma solução mais rápida, uma vez que o instituto é aplicado diretamente como medida de prevenção ao abuso de direitos de propriedade intelectual.

Haja vista a impossibilidade de o CADE aplicar medidas em desconformidade com a lei, investiga-se qual providência seria a mais adequada para a solução administrativa da controvérsia. Uma delas seria a assinatura de um Termo de Compromisso de Cessação (TCC)¹³⁵ entre as partes. Isso porque, segundo argumenta Forgioni:

Não são raros os casos em que pairam dúvidas sobre eventual ilicitude da prática analisada. Ademais, a coleta de provas pode ser longa e dispendiosa para a Administração. À empresa não interessa o desgaste à imagem que decorre do processo investigativo, a necessidade de provisão de eventual multa, despesas com advogados, assessores etc. Os executivos desviam-se de suas atividades administrativas para se

¹³³ O autor aqui faz uma analogia às limitações que dizem respeito aos impedimentos do uso exclusivo de marcas para impedir o acesso à informação necessária. Afirma que as restrições às peças de reposição *must match* importam restrição de acesso a conteúdo informativo necessário. Explica que as limitações contidas no art. 132, inc. I e II, da Lei de Propriedade Industrial, referente às marcas, respondem a interesses derivados de valores constitucionais, em especial o de promover a competição e favorecer o consumidor e que, por isso, podem ter aplicação ao caso das peças *must match*.

¹³⁴ Licenciamento compulsório é uma flexibilização prevista no art. 31 do acordo TRIPS, que permite a utilização de um produto patenteado, mesmo que um detentor não o autorize, em casos muito específicos, quando prevalece o interesse público. No ordenamento brasileiro, está previsto nos arts. 68 a 74 da Lei nº 9.279/96, que tratam do uso da licença compulsória em algumas situações, não contemplando os registros de desenho industrial.

¹³⁵ Em termos gerais, o compromisso de cessação é uma transação jurídica, de perfil publicista e composição bilateral, realizada no âmbito do processo administrativo e deflagrado para a verificação de infração à ordem econômica. Em seus polos, em regra, figuram a empresa ou empresas sob investigação e a autoridade econômica nacional competente, que no Brasil é o CADE.

preocuparem com elaboração de estratégias de defesa, em detrimento do bom fluxo dos negócios. Sobretudo, há sempre o risco da condenação, ainda mais diante dos amplos termos empregados pela Lei antitruste e da mutabilidade das decisões ao longo do tempo. (2013, p. 150).

Assim, o TCC poderia se constituir em via alternativa de solução ou, talvez, resposta consensual ao problema, porquanto agilizaria o processo e evitaria que o CADE impusesse multas de elevados valores em caso de condenação, além de encontrar respaldo legal no art. 85 e parágrafos da Lei nº 12.529/11.

Pelo fato de o compromisso de cessação consistir num ajuste de vontades, no qual, em termos negociados, o(s) investigado(s) compromete(m)-se a fazer cessar prática suspeita, e o CADE a suspender o processo administrativo instaurado; há logicamente prestações recíprocas entre os pactuários.

Na controvérsia objeto deste estudo, a realização do compromisso geraria às empresas investigadas uma obrigação principal de fazer cessar a suposta prática anticoncorrencial sob investigação – bem como os efeitos nocivos já discutidos ao longo do estudo no mercado secundário de peças *must match*. Quanto à autoridade econômica, além da obrigação de fazer (suspensão do procedimento administrativo em curso), exsurge também o dever de fiscalização da adequada execução do termo firmado por parte das empresas. Essa obrigação derivada vem sendo efetivada e mais bem operacionalizada pela inserção de cláusula específica no termo de compromisso, que obriga os compromissários a apresentarem relatórios¹³⁶ periódicos das medidas adotadas.¹³⁷

Cumprе ressaltar que firmar o termo de compromisso não resulta, por si só, na assunção de culpa por parte das empresas investigadas, muito embora o adimplemento do termo tenha o condão de arquivar o processo administrativo investigatório. Note-se que aqui se fala em encerramento tão somente do processo administrativo, fato que não constitui óbice ao surgimento e regular desenvolvimento de processos judiciais, que, inclusive, podem versar sobre os fatos que foram objeto de investigação administrativa.

¹³⁶ Embora o dever de fiscalização continue com a autarquia, atualmente é executado por órgão específico, a Comissão de Acompanhamento de Decisões do CADE (CAD-CADE).

¹³⁷ A Lei Antitruste elencou, no §1º de seu art. 85, três elementos que “deverão constar” do Termo de Compromisso. Pela compreensão literal do dispositivo, conclui-se que todos são indispensáveis, mas não é menos verdade que nem sempre estarão presentes no termo. Dos três incisos¹³⁷ ali versados, apenas o I e o II deverão estar contidos nos Termos de Compromisso, pois constituem pressupostos lógicos de sua existência. O inciso III tem aplicação casuística, pois a contribuição pecuniária ali prevista será exigida apenas em processos que versem sobre práticas cartelistas ou que com elas se relacionem.

Portanto, está-se diante de uma medida restritiva de direito, que poderia decretar, via decisão administrativa, a impossibilidade de utilizar a proteção conferida às montadoras pelo desenho industrial em face das FIAPs.

Por outro lado, caso as partes envolvidas não cheguem a um acordo, obrigando o órgão administrativo a buscar uma solução coercitiva, questiona-se se seria possível ao CADE impor uma restrição ao registro com efeito *erga omnes* somente no mercado secundário, da mesma forma que ele impõe restrições à propriedade industrial (marcas, por exemplo) quando decide um ato de concentração.

Nesse sentido, questiona-se se o CADE não poderia adotar, dentro dos parâmetros legais, uma postura proativa em eventual condenação, ou seja, além de impor uma multa, determinar também uma solução estrutural (como sanção na conduta), como fez recentemente na punição do cartel das cimenteiras, quando aplicou medidas que julgou capazes de interromper a infração e restaurar o ambiente competitivo. Na decisão em comento, o CADE:

[...] condenou o chamado “cartel do cimento”, aplicando multas a seis empresas, seis pessoas físicas e três associações que, somadas, atingem R\$ 3,1 bilhões.

Entretanto, chama a atenção o ineditismo da decisão ao aplicar as penalidades. Além das elevadas multas, o Conselho determinou ainda a venda de fábricas e impedimentos de realizar operações no ramo de cimento e de concreto até 2019.

Destaca-se, no caso, a determinação de vendas de ativos como penalidade pela prática de uma conduta anticompetitiva. Segundo o CADE, o objetivo, ao aplicar esta pena, foi de diminuir a barreira à entrada de concorrentes e viabilizar rivalidade nos setores. Embora prevista na lei, “quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral”, essa espécie de penalidade nunca havia sido aplicada em um caso de conduta anticompetitiva até então. O que era comum consistia na determinação de medidas comportamentais aos praticantes de uma conduta anticoncorrencial. A decisão proferida no cartel do cimento, no entanto, além de impor medidas comportamentais, a elas agregou uma medida “estrutural”, por representar alteração na estrutura do mercado.

Trata-se, portanto, de mais uma demonstração da prioridade que o controle de condutas anticompetitivas tem merecido na nova política antitruste nacional e da relevância e gravidade com que o CADE tem atuado nessas questões. (OLIVEIRA, 2014, s/p).

A atuação meramente repressiva dos órgãos de defesa do mercado muitas vezes não surte os efeitos desejados, já que não repara, de fato, os danos; no máximo, os indeniza. Portanto, no caso ANFAPE, questiona-se se o órgão antitruste não poderia inovar – com base legal – como fez no caso das cimenteiras, indo além da determinação de multas, buscando efetivamente impedir a utilização da proteção do desenho industrial no mercado secundário, a fim de tornar competitivo o *aftermarket*. Caso o CADE utilizasse, como analogia, uma espécie de licença compulsória (medida estrutural) no mercado secundário, o próprio órgão antitruste estaria impedido, tendo em vista não existir na lei essa possibilidade, não podendo criá-la.

Na esteira das conclusões da nota técnica da Superintendência-Geral do CADE, se indica como o caminho mais adequado, considerando-se a obediência aos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores, bem como da repressão ao abuso do poder econômico, a determinação de uma sanção comportamental. Seria necessário, nesse sentido, impedir o registro de desenho industrial no *aftermarket* automotivo, tornando-o competitivo tal como era até meados de 2000.

5. Conclusão

Por meio dos efeitos observados no mercado de reposição automotiva, este trabalho quis demonstrar que a busca pela eficiência econômica nos mercados de inovação, em momento algum, pode desrespeitar os ditames da ordem institucional do direito antitruste. Assim como exposto por Silva em sua tese, os custos sociais advindos do monopólio legal de uma inovação não podem se furtar ao controle estatal. É importante que exista um equilíbrio entre os direitos constitucionalmente previstos, sem qualquer relação de hierarquia entre si, ainda que potencialmente conflitantes.

Porém, esse equilíbrio não tem sido observado no *aftermarket* automotivo de peças sobressalentes, tanto no Brasil quanto nos mercados estrangeiros analisados neste trabalho, uma vez que o uso abusivo dos registros de desenho industrial dessas peças pode eliminar a atuação dos FIAPs e monopolizar esse mercado. Isso demonstra que o objetivo da utilização do registro dos direitos por seus detentores no *aftermarket* pode representar uma estratégia de negócio com vistas somente a auferir mais lucros.

Por conseguinte, toda a cadeia de distribuição de produtos de reparação sofre com os danos que o monopólio decorrente do uso abusivo dos direitos de propriedade intelectual pode causar ao mercado de reposição, refletindo em danos ao consumidor e à concorrência, na forma de maiores preços, menos opções de produtos e piores condições de venda, conforme demonstrado ao longo da análise.

Entende-se que uma solução de direito se faz necessária, e as propostas apresentadas, sejam legislativas ou regulatórias, se mostram interessantes e caminham no mesmo sentido: de determinar às montadoras a não imposição, aos FIAPs, dos registros de desenho industrial.

Porém, acima de tudo, reconhecendo que existe um direito de registro dos desenhos, que é legitimamente utilizado no mercado primário e que pode se mostrar abusivo no mercado de reparação, como uma estratégia, questiona-se se, para as montadoras, não seria mais

interessante a adoção de uma “estratégia” diferente.

Indaga-se se o uso dos registros de desenho industrial é realmente viável e eficiente para as montadoras. Isso porque, em um mercado tão dinâmico, qualquer mudança em determinada peça gera novo registro de desenho industrial, que, conseqüentemente, implicaria novos custos envolvidos nos registros dos desenhos e na sua tentativa de proteção.

Uma segunda observação diz respeito ao papel das montadoras no mercado de reparação. Se essas empresas adotassem postura diferente no mercado, definindo como prioridade a certificação de seus produtos, o desenvolvimento de peças com o melhor padrão de qualidade possível, bem como o oferecimento dos produtos no mercado em quantidade que atendesse à demanda e a preços competitivos, poderiam se sobressair de forma muito mais eficiente no *aftermarket*. Assim, não necessitariam buscar na legislação meios de eliminar a concorrência ou de fazer uma escolha que cabe ao consumidor, qual seja, optar pela peça que deseja utilizar na reparação de seu veículo, de fazer valer sua liberdade de escolha em um mercado já naturalmente limitado pelo efeito *lock in*.

6. Referências Bibliográficas

ANFAPE. Notícias. CADE comparece à CPI que avalia a formação de cartel no mercado de autopeças. *ANFAPE Website*, 15 ago. 2013a. Disponível em: <http://www.anfape.org.br/noticias_1er.asp?cod=75>. Acesso em: 10 fev. 2017.

ANFAPE. Notícias. CPI comprova que Ford, Fiat e Volkswagen pretendem dominar o mercado de reposição. *ANFAPE Website*, 10 out. 2013b. Disponível em: <http://www.anfape.org.br/noticias_1er.asp?cod=79>. Acesso em: 10 fev. 2017.

ANFAPE. Notícias. Procon apresentará estatísticas que comprovam o desabastecimento de peças. *ANFAPE Website*, 2 set. 2013c. Disponível em: <http://www.anfape.org.br/noticias_1er.asp?cod=76>. Acesso em: 11 fev. 2017.

ANFAPE. *Representação*. Repte: Associação Nacional de Fabricantes de Autopeças - ANFAPE. Repdos: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda, Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda. 4 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.anfape.org.br/imagens/Representacao-CADE-04-04-07.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

ARAÚJO JR., José Tavares de. *Restrições Verticais no Mercado Brasileiro de Autopeças: Impactos Anticompetitivos*. Dez. 2006. Disponível em: <http://www.ecostrat.net/files/Autopecas-Nota_tecnica_Jose_Tavares.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2017.

AUTOCARE ASSOCIATION. *Who we are*. Disponível em: <<http://www.autocare.org/who-we-are/>>. Acesso em: 6 abr. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. *Corrigindo as potenciais disfunções do sistema de proteção de desenho industrial*. Dez. 2013. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/corrigindo_potenciais_disfuncoes_di.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. *Da nossa proposta de mudança das normas brasileiras relativas aos desenhos industriais*. 2010. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/proposta_mudanca_normas_brasileiras_di.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das marcas: uma perspectiva semiológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRANCHER, Paulo. Mercados de inovação na análise antitruste. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008. p. 273-290.

BRASIL. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS ou Acordo ADPIC). *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1994. Disponível em: <http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf>. Acesso em: 12 fev. 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. *Diário Oficial da União*, 1º nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51*. Repte: Associação Nacional de Fabricantes de Autopeças - ANFAPE. Repdos: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda, Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda. Rel.: Cons. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. J.: 15/12/2010. Disponível em: <<http://www.anfape.org.br/imagens/Voto-Conselheiro-Carlos-E-J-Ragazzo15-12-10.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Nota Técnica nº 15/2016/CGAA1/SGA1/SG/CADE*. Processo Administrativo nº 08012,002673/2007-51. Disponível em: <<https://goo.gl/AyJeuN>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

ECAR. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Amending Directive 98/71/EC on the Legal Protection of Designs*. Brussels, 14/09/2004. Disponível em: <<http://www.ecar-eu.com/documents/Design%20Directive%20-%20Extended%20Impact%20Assessment.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRADILONE, Cláudio. As diferenças entre Brasil e EUA - Nos Estados Unidos, o motorista interessa às seguradoras mais que os automóveis – e Britney Spears paga mais caro. *Interall Website*. Disponível em: <<http://www.interallcorretora.com.br/news/noticia.php?id=140>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

GRAU-KUNTZ, Karin. O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis. *Revista Eletrônica do IBPI*, São Paulo, Revel, Especial, Artigos publicados na plataforma IBPI, s/da. Disponível em: <http://ibpieuropa.org/?media_dl=327>. Acesso em: 12 fev. 2017.

GRAU-KUNTZ, Karin. Sobre o desenho industrial e a proteção das peças de reposição de automóveis. *Migalhas Website*, 30 jul. 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=89666>. Acesso em: 12 fev. 2017.

HAWKER, Norman. The Automobile Aftermarket: crash parts, design patents, and the escape from competition. *The American Antitrust Institute*, March 22, 2010. Disponível em: <http://www.antitrustinstitute.org/sites/default/files/aa%20collision%20repair%20parts%20commentary_032220101350.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

INSURANCE AUSTRALIA GROUP. *About IAG*. Disponível em: <<https://www.iag.com.au/about/index.shtml>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

KLEIN, Allison. Como funciona o seguro de carros nos Estados Unidos. *Como tudo funciona*. Disponível em: <<http://carros.hsw.uol.com.br/seguro-de-carros-nos-estados-unidos.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

LAGUNA, Eduardo. Fabricante de faróis vence Ford na justiça. *IBRAC*, Notícias, 8 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=1661>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

MELO, Renato Dolabella. Aspectos Básicos do Desenho Industrial. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, Caderno Direito & Justiça, 26 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.dolabella.com.br/downloads/Aspectos%20Basicos%20do%20Desenho%20Industrial.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

MELO, Renato Dolabella. Defesa da concorrência: o exercício dos direitos de desenho industrial sob a ótica da Lei 8.884/94 (O Caso das Autopeças). *Revista do IBRAC*, v. 15, p. 141-162, 2008.

MELO, Renato Dolabella. *Patentes e desenhos industriais*: instrumentos legais para coibir os abusos. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

METCALFE, John. *Design registration and the 'right to repair' in Australia*. Budapest: Australian Automobile Association, 15 June 2005. Disponível em: <http://www.fiaregion1.com/download/Region_1/Legal_and_consumer/Budapest/Presentations/52stroeck.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Decisão inédita do CADE multa empresas e pessoas físicas em 3,1 bilhões de reais. *Melo Campos Advogados Website*, 02 jun. 2014. Disponível em: <<http://melocampos.planb.net.br/artigo/decisao-inedita-do-cade-multa-presas-e-pessoas-fisicas-em-31-bilhoes-de-reais/>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

OLIVEIRA, Gesner; PRADO, Lucas; SCAZUFCA, Pedro. Aspectos concorrenciais do mercado de peças de reposição de automóveis. *Migalhas*, 9 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090928-03.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

QUALITY PARTS COALITION. *Patent Change Brochure*. April 2013. Disponível em: <http://www.keepautopartsaffordable.org/quality_parts/Patent_Change_Brochure_April%2013.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016.

QUALITY PARTS COALITION. *The looming threat*. Disponível em: <http://www.keepautopartsaffordable.org/quality_parts/nulooming_threat.html>. Acesso em: 15 fev. 2017.

REVISTA COBERTURA. ANFAPE segue exemplos de outros países. *Revista Cobertura Website*, 16 ago. 2007. Disponível em: <http://www.revistacobertura.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=52696&friurl=-ANFAPE-SEGUE-EXEMPLOS-DE-OUTROS-PAISES-:>. Acesso em: 16 fev. 2017.

REVISTA COBERTURA. Parlamento europeu aprova cláusula de reparação. *Revista Cobertura Website*, 10 jan. 2008. Disponível em: <http://www.revistacobertura.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=56428>. Acesso em: 5 fev. 2017.

SÃO PAULO. CPI Sobre a cartelização do mercado de autopeças de reposição. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, v. 123. n. 231, 10 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.sindifupi.org.br/webapps/imagefile/arquivos/relatorio%20cpi%20auto%20pe%C3%A7as.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

SILVA, Alberto Luís Camelier. *Desenho industrial: abuso de direito e o reflexo na concorrência do mercado de reposição*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2012.

SILVEIRA, Newton. O abuso das montadoras face às fabricantes independentes de autopeças. Partes isoladas do desenho industrial de um produto seguem sendo um desenho industrial? *Revista Eletrônica do IBPI- Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual*. [Online]. São Paulo, Edição Especial – Sobre a questão das peças de reposição must-match, p. 83-117, jan. 2010. Disponível em: <<http://ibpibrasil.org/ojs/index.php/Revel/article/download/20/20>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Distribuição e assistência aos veículos a motor na União Europeia. *Regulamento (CE) nº 1400/2002*, da Comissão de 31 de julho de 2002. Relativo à aplicação do nº 3 do artigo 81º do tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no sector automóvel. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/legislation/explanatory_brochure_pt.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Relatório de Transparência*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/consultation/displaylobbyist.do?id=69678928900-56&locale=pt>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. S. 780. April, 23, 2013. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-113s780is/pdf/BILLS-113s780is.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. What's your position on the Parts Act – S. 780. *PopVox*. Disponível em: <<https://www.popvox.com/bills/us/113/s780>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do CADE¹³⁸

Bruno Polonio Renzetti¹³⁹

RESUMO

No âmbito do Direito da Concorrência, o abuso do direito de petição com fins anti-competitivos pode ser configurado como um ilícito. Apesar de não ser uma conduta tipificada expressamente na Lei 12.529/2011, o agente de mercado que impõe custos colaterais a seu concorrente por intermédio de procedimentos judiciais ou administrativos atenta contra a ordem econômica, devendo sua atuação ser apreciada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O presente trabalho, portanto, tendo como referencial teórico a construção da Suprema Corte americana sobre sham litigation, investiga as origens deste entendimento e como ele foi trazido para o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da análise de casos apreciados pelo CADE, nos quais o abuso de direito de petição como ilícito concorrencial foi objeto de apreciação no órgão antitruste.

Palavras-Chave: sham litigation; CADE; concorrência; processo; antitruste.

ABSTRACT

The improper handling of the right to petition, when seeking anticompetitive ends, can be considered an antitrust infraction under the Brazilian Antitrust Law, albeit it is not expressly prescribed in the law. The market agent, which imposes collateral costs to his competitor through the litigation process, must have his conduct scrutinized by the antitrust body. Thus, the present paper investigates the origins of the sham litigation, having the Supreme Court's decisions on the matter as guides. The work also explores the approach taken by the Brazilian antitrust organ, evaluating the ratio decidendi chosen by the authorities.

Keywords: sham litigation; CADE; competition; procedure; antitrust.

Códigos JEL: K21; K41; K42; L40.

¹³⁸ Agradeço aos professores Eduardo Talamini, Alexandre Ditzel Faraco, Egon Bockmann Moreira e Gustavo Osna, todos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, que muito contribuíram com críticas e sugestões sobre o conteúdo deste trabalho.

¹³⁹ Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e beneficiário da bolsa de estudos Mário Henrique Simonsen. Monitor da disciplina de Direito Concorrencial na graduação da FGV Direito SP, ministrada pelo Prof. Dr. Caio Mário da Silva Pereira Neto. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Secretário da Associação Brasileira de Direito e Economia (2015/2016). Advogado inscrito na OAB/PR.

Sumário: 1. Introdução; 2. Construção da Doutrina Noerr-Pennington nos Estados Unidos; 2.1. Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc; 2.2. United Mine Workers v. Pennington; 3. A exceção sham à Doutrina Noerr-Pennington; 3.1. California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited; 3.2. Otter Tail Power Co. v. United States; 3.3. Professional Real Estates Investors, Inc. v. Columbia Pictures, Inc. (“Caso PRE”); 4. Incertezas Doutrinárias acerca da definição de Sham Litigation; 5. O Direito Fundamental de Petição e de Ação; 6. Abuso de Direito; 7. Litigância de má-fé no âmbito do Direito Processual Civil; 8. Sham Litigation no CADE: Análise de Casos; 8.1. Caso Sinpetro; 8.2. Caso Baterias Moura; 8.3. Caso Siemens VDO; 8.4. Caso ShopTour; 8.5. Caso Eli Lilly; 8.6. Caso Ediouro; 9. Considerações sobre o posicionamento do CADE; 10. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A preocupação das autoridades antitruste não se resume somente à inquietação tradicional com cartéis de preços, mas também com condutas detalhadamente arquitetadas para causar danos à concorrência e ao consumidor, as quais não podem passar incólumes pelo órgão de defesa da concorrência.

É neste contexto que se insere o tema e a importância do presente trabalho. O *sham litigation* é prática que teve início na década de 1960 nos Estados Unidos e foi reconhecido como ilícito concorrencial, mas apenas recentemente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) teve a oportunidade de analisar tais condutas em cotejo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Não é objetivo deste trabalho oferecer respostas definitivas sobre a forma como o *sham litigation* é apreciado pelas autoridades antitruste brasileiras, mesmo porque é um tema de muita controvérsia e constante evolução no âmbito do próprio CADE. Procura-se, todavia, oferecer uma contribuição ao estudo do Direito da Concorrência no país, para que possa realizar seus desideratos constitucionais.

Assim sendo, o artigo está estruturado da seguinte forma: a seção dois revisita os casos paradigmas que levaram a Suprema Corte dos Estados Unidos a construir a Doutrina Noerr-Pennington. Em seguida, explica-se como se verifica a exceção *sham* a tal doutrina. A seção posterior mostra como ainda existem muitas incongruências doutrinárias no que toca a uma definição exata de *sham litigation*. A quinta, sexta e sétima

seções tratam brevemente sobre os direitos fundamentais de ação e petição, abuso de direito e a litigância de má-fé no processo civil brasileiro. A seção oito traz análise dos principais casos em que o CADE se deparou com a temática do *sham litigation*. A nona seção oferece considerações acerca das decisões do CADE e conclui.

2. Construção da Doutrina Noerr-Pennington nos Estados Unidos

A Constituição dos Estados Unidos consagra em sua Primeira Emenda o direito de petição a seus jurisdicionados¹⁴⁰. Todo cidadão tem o direito de peticionar requerendo providências por parte do governo, mesmo que a providência desejada tenha efeitos anti-competitivos. A proteção a este direito de petição é extremamente cara nos Estados Unidos, mas não é absoluta: possui uma forte exceção. Segundo Herbert Hovenkamp, não há proteção ao direito de petição se esta for apenas um *sham* – isto é, o objetivo ao manejar o pedido não é obter do governo uma resposta favorável no mérito da questão, mas somente promover empecilhos a um rival de mercado¹⁴¹. Beneficia-se do procedimento em si, não do resultado da petição.

A Doutrina *Noerr-Pennington*, relativa à proteção ao direito de petição, foi estabelecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos na segunda metade do século XX. Os dois principais casos que levaram a construção da doutrina foram (i) *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.* e (ii) *United Mine Workers v. Pennington*. Tais decisões serão analisadas a seguir, bem como os casos subsequentes apreciados pela Suprema Corte e que culminaram com a criação da exceção *sham* à doutrina.

2.1. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.*

O caso *Noerr*¹⁴², julgado no ano de 1961, foi iniciado com o ajuizamento de uma ação de autoria de 41 empresas de transporte rodoviário do estado da Pensilvânia em face de 24 companhias de ferrovias, bem como da associação dos presidentes de tais companhias – conhecida como *Eastern Railroad Presidents Conference* - e do escritório

¹⁴⁰ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

¹⁴¹ HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise*, p. 244.

¹⁴² 365 U.S. 127.

de relações públicas *Carl Byoir & Associates*. Os autores buscavam a condenação dos réus nos parágrafos 1º e 2º do *Sherman Act*, por acreditarem que houve conspiração para restringir a concorrência e monopolizar os serviços de frete para longas distâncias.

A origem da ação está no fato alegado pelos autores de que as ferrovias teriam contratado o escritório Byoir para conduzir uma campanha pública contra os caminhoneiros, incentivando a adoção de leis e o cumprimento de imposições legais que seriam prejudiciais aos caminhoneiros: assim, estaria a se criar uma atmosfera de rejeição pública a esta classe de motoristas. A campanha foi classificada pelos autores como “cruel, corrupta e fraudulenta”, pois a única motivação por trás dela era a eliminação de concorrentes no transporte de cargas e fretes para longas distâncias. A campanha publicitária teria sido exitosa em influenciar o governo da Pensilvânia em vetar uma medida legislativa que permitiria aos caminhoneiros carregarem fretes e cargas mais pesadas nas estradas do estado¹⁴³.

Em sua contestação, as ferrovias reconheceram que patrocinaram campanhas publicitárias com o fito de influenciar a aprovação de leis relativas a limites de peso dos fretes e de alíquotas tributárias no transporte rodoviário, incentivando a criação de multas para cargas acima do peso. Todavia, negaram que a campanha tivesse sido motivada com o objetivo de interferir nas relações entre os caminhoneiros e seus usuários. A campanha teria sido instalada com vistas à informar a população sobre os danos causados pelos caminhões às rodovias, de forma que tal manobra publicitária não configuraria uma violação do *Sherman Act*.

Em primeira instância, as alegações apresentadas contra as ferrovias foram julgadas procedentes: entendeu-se que a campanha publicitária era fraudulenta e maliciosa, pois, além de ser dirigida diretamente aos legisladores, procurava acabar com a competição imposta pelos caminhoneiros; segundo, a campanha ainda prejudicava imagem dos caminhoneiros perante seus consumidores e toda a sociedade, prejudicando-os em diversas maneiras.

As ferrovias recorreram da decisão, mas a Corte de Apelações do Terceiro Circuito manteve a decisão do primeiro grau, em seus próprios termos. Assim, peticionaram à Suprema Corte, buscando reverter a condenação nos termos do *Sherman Act*.

¹⁴³ Jeffrey Schmidt relata que a lei vetada, conhecida como “Fair Truck Bill”, tinha como objetivo relaxar as restrições de peso dos caminhões nas rodovias, tornando possível o frete de cargas mais pesadas nas rodovias estaduais da Pensilvânia. In.: SCHMIDT, Jeffrey *et al.* *The Noerr-Pennington Doctrine*, p. 7.

A Suprema Corte acolheu o recurso. Entendeu a Corte que não houve violação do *Sherman Act* pelas ferrovias, de forma que a simples reunião de duas ou mais pessoas, em uma tentativa de persuadir o Legislativo ou Executivo em relação a uma determinada lei que poderia produzir restrições a um mercado ou mesmo um monopólio, não pode ser tido como um ilícito concorrencial.

A Corte também ponderou a possibilidade de campanhas publicitárias que são somente uma simulação (*sham*) para encobrir o verdadeiro objetivo do procedimento, isto é, interferir diretamente com os negócios e relações comerciais de um concorrente. Nestes casos, a aplicação do *Sherman Act* seria plenamente justificável. Todavia, a Corte reiterou que não era este o caso de *Noerr*.

Para os *Justices* da Suprema Corte, condenar o direito de petição sob os auspícios do *Sherman Act* traria sérias implicações constitucionais. Assim, a Suprema Corte julgou improcedente a ação ajuizada pelos caminhoneiros.

2.2. *United Mine Workers v. Pennington*

Trata-se do segundo julgamento¹⁴⁴ que originou a Doutrina *Noerr-Pennington*. Neste caso, o sindicato *United Mine Workers of America Welfare and Retirement Fund* (UMW) ajuizou uma ação em face do réu, *Phillips Brothers Coal Company*, buscando a condenação ao pagamento de *royalties* no valor de 55 mil dólares, alegando que este valor seria devido em decorrência das disposições do *National Bituminous Coal Wage Agreement 1950*, um acordo salarial celebrado entre as minas de carvão. *Phillips*, por sua vez, apresentou reconvenção, alegando que o sindicato e outros operadores das minas teriam conspirado para monopolizar o comércio interestadual, violando os parágrafos 1º e 2º do *Sherman Act*.

As razões da reconvenção apresentada por *Phillips* buscavam expor a tentativa de eliminação de pequenas empresas, através de medidas patrocinadas pela UMW em conjunto com outros operadores de carvão. Grande parte da controvérsia no caso orbitou em volta da conspiração do sindicato e outros operadores em impor os termos do acordo salarial de 1950 em pequenas companhias, não levando em consideração a impossibilidade de pagamento por parte de tais empresas. Ainda, buscavam a exclusão dos trabalhadores não sindicalizados do mercado de produção e venda de carvão, entre

¹⁴⁴ 381 U.S. 657.

outras alegações. Todavia, mais importante para o tema do *sham litigation* foi a alegação que o sindicato estaria buscando junto à Secretaria do Trabalho o estabelecimento de um salário mínimo mais alto do que em outras indústrias.

Na Suprema Corte, o caso teve a relatoria do *Justice White*, responsável por emitir a opinião do Tribunal. No que tange às alegações de que o sindicato estaria albergado pela legislação antitruste no momento em que conduziu negociações salariais com um conjunto de empregados, a Corte manteve a decisão das instâncias inferiores, ratificando o entendimento de que os sindicatos não estão imunes ao *Sherman Act*, quando a política salarial tem como objetivo eliminar competidores do mercado. Segundo o acórdão, o objetivo de qualquer organização nacional de trabalhadores é de alcançar uma padronização das condições de trabalho, de forma que a consequência de uma atividade como a da UMW poderia ser a de eliminar os concorrentes baseados nas diferenças de tais condições. Para a Suprema Corte, um sindicato não está imune às normas antitruste quando, além de negociarem com um grupo determinado de empregadores, buscam impor tais condições também a empregadores que não participaram de negociações prévias.

A Corte, entretanto, reverteu o julgamento dado pelas cortes inferiores acerca da influência efetuada pelo sindicato junto à Secretaria do Trabalho. Para embasar sua opinião, a Corte resgatou os entendimentos solidificados no caso *Noerr*, no qual foi rejeitada alegação que a tentativa de exercer influência sobre autoridades governamentais seria um ilícito sob a legislação antitruste. O acórdão de *Noerr* deixa claro que objetivos anti-competitivos não tornam a conduta de peticionar ao governo – de acordo com a Primeira Emenda – ilegal.

Portanto, a Suprema Corte deu provimento aos pedidos da UMW, isto é, de que o julgamento em primeira instância não ponderou de maneira adequada sobre o que já havia sido julgado em *Noerr*. A Suprema Corte foi enfática ao dizer que os preceitos convencionados em *Noerr* se aplicam a qualquer tentativa de influenciar agentes do governo, independentemente de intenção ou propósito ilegal. A Corte entendeu que o júri em primeira instância não foi bem instruído sobre o caso, levando a um erro óbvio ao apreciar o caso. Os membros da Suprema Corte entenderam que não se tratava de um erro inofensivo e não poderiam deixar tal julgamento prosperar¹⁴⁵.

¹⁴⁵ No original: “*Joint efforts to influence public officials do not violate the antitrust laws even though intended to eliminate competition. Such conduct is not illegal, either standing alone or as part of a broader scheme itself violative of the Sherman Act. The jury should have been so instructed and, given the obviously telling nature of this evidence, we cannot hold this lapse to be mere harmless error*”. 381 U.S. 671.

Além disso, a Suprema Corte apontou que seria impossível que *Phillips* recebesse qualquer espécie de indenização por ter sido vítima de ilícitos antitruste, justamente por não se verificar qualquer violação ao *Sherman Act*. O julgamento foi revertido parcialmente e o caso enviado de volta para as instâncias inferiores, para nova apreciação de acordo com a opinião exarada no acórdão da Suprema Corte.

3. A exceção sham à Doutrina Noerr-Pennington

Uma vez estabelecida a Doutrina *Noerr-Pennington*, a Suprema Corte passou a se deparar com situações que não se enquadravam dentro dos parâmetros construídos. Assim, analisando casos que traziam à tona questões relacionadas com o abuso de direito de petição, os *Justices* americanos acabaram por criar situacionais excepcionais à regra. A seguir, serão expostos os principais casos que levaram à construção desta exceção e seus fundamentos.

3.1 California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited

Embora a Suprema Corte tenha apreciado anteriormente feitos que mantinham certo paralelo com a questão do *sham litigation*¹⁴⁶, foi somente no caso *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*¹⁴⁷ que os membros da Corte analisaram o manejo de petições ao Judiciário como um ilícito concorrencial sob o *Sherman Act* e a imunidade construída nos casos *Noerr* e *Pennington*.

Tanto o autor como o réu, no presente caso, eram empresas que atuavam no mercado de transporte rodoviário. A ação foi ajuizado por *Trucking Unlimited*, alegando que sua concorrente *California* conspirou para monopolizar o comércio do transporte rodoviário de bens em clara violação às regras antitruste. Tal conspiração teria ocorrido em razão da tentativa de influenciar procedimentos estatais e federais com a finalidade de impedir ou dificultar o concorrente *Trucking* a adquirir, transferir e registrar o direito de operações nas estradas.

¹⁴⁶ Em,1965, a Suprema Corte julgou o caso *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp* (382 U.S. 172), no qual discutia-se a obtenção fraudulenta do registro de uma patente. O que chama atenção neste precedente é que, ainda que não tenha sido feita expressa referência à Doutrina *Noerr-Pennington*, pode-se considerar que a Suprema Corte entendeu que há certas ações judiciais que não podem se beneficiar da imunidade antitruste. Criou-se o entendimento de que o manejo de ações sem fundamentos poderia representar uma violação ao *Sherman Act*.

¹⁴⁷ 404 U.S. 508.

Em suas razões, *Trucking* alega ter sido prejudicado devido a dois fatos em específico: primeiro, discorrendo sobre o conluio liderado por *California*, para tentar empurrar seus concorrentes para fora do mercado, bem como enfraquecendo, destruindo e eliminando qualquer competição existente ou em potencial. Em segundo lugar, buscando a configuração de *sham litigation*, o autor alegou que o poder, estratégia e recursos utilizados por *California* tinham como objetivo deter e dificultar que *Trucking* acessasse as cortes administrativas e judiciais, para que não houvesse decisões em seu favor.

Em primeira instância, o caso foi extinto, mas em sede de recurso a decisão foi revertida, devolvendo o mérito do caso a Corte Distrital. Diante disso, *California* recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, defendendo que sua atuação perante autoridades governamentais era totalmente legal e imune frente ao *Sherman Act*, de acordo com a doutrina *Noerr-Pennington*.

Foi o primeiro caso em que a Suprema Corte aplicou tal doutrina. Para tanto, os *Justices* entenderam que as alegações no caso não eram que os conspiradores tinham como objetivo influenciar autoridades governamentais, mas sim bloquear seus concorrentes do acesso aos tribunais e usurpá-los da possibilidade de acompanhar o processo decisório governamental. Segundo as alegações de *Trucking*, os procedimentos foram instalados por *California* independentemente dos méritos do caso, isto é, sem os próprios petionários acreditarem na possibilidade de obter sucesso no caso.

A Corte foi clara em seu acórdão: qualquer cidadão tem o direito de requerer medidas à agências governamentais ou acessar o Judiciário, de acordo com o que antecipa o texto da Primeira Emenda. Todavia, isto não significa uma imunidade automática frente à legislação antitruste – pois os direitos de petição não são imunes quando usados como parte de uma conduta para violar uma outra legislação vigente¹⁴⁸.

O acórdão exarado pela Suprema Corte é repleto de respeitáveis considerações teóricas acerca do direito de petição sob o véu da Primeira Emenda e seus limites. A Corte, por exemplo, aduziu que:

One claim, which a court or agency may think baseless, may go unnoticed; but a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused.

¹⁴⁸ Para embasar esta construção, a Corte usou o precedente estabelecido em *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U.S. 490.

Além disso, a Corte ponderou que o direito oriundo da Primeira Emenda não pode ser usado como pretexto para atingir “*substantive evils*.” O entendimento dos *Justices* no caso pode ser sintetizado pela seguinte passagem do acórdão:

A combination of entrepreneurs to harass and deter their competitors from having 'free and unlimited access' to the agencies and courts, to defeat that right by massive, concerted, and purposeful activities of the group are ways of building up one empire and destroying another. As stated in the opinion concurring in the judgment, that is the essence of those parts of the complaint to which we refer. If these facts are proved, a violation of the antitrust laws has been established. If the end result is unlawful, it matters not that the means used in violation may be lawful

Diante destas ponderações, a Suprema Corte determinou que o processo fosse mais uma vez enviado para as cortes inferiores, dando à *Trucking* a oportunidade de demonstrar as possíveis violações antitruste protagonizadas por *California*.

A decisão da Suprema Corte neste caso, contudo, trouxe confusão aos tribunais estadunidenses. Como bem colocado por Vinhas, isso ocorreu porque a Corte mencionou algumas condutas como exemplos de práticas que poderiam corromper os procedimentos judiciais ou administrativos, resultando em infração antitruste: alegações falsas, ações judiciais sem fundamento, propinas a funcionários públicos, etc¹⁴⁹.

3.2. *Otter Tail Power Co. v. United States*

A discussão conduzida no caso de *Otter Tail Power Co. v. United States*¹⁵⁰ também serviu como pedra angular para se verificar até que ponto a imunidade antitruste poderia ser concebida frente ao direito de petição consignado constitucionalmente.

A empresa *Otter Tail Power Co.* era responsável pela transmissão e distribuição de energia elétrica para 465 cidades dos estados de Dakota do Norte, Dakota do Sul e Minnesota. A companhia operava sob contratos com duração de dez a vinte anos – e, como cada cidade só possuía capacidade para acomodar um sistema de distribuição – *Otter Tail* acabava sendo titular de um verdadeiro monopólio natural para a comercialização de energia elétrica.

A concorrência da companhia era somente com eventual sistema estabelecido pelo governo local. Todavia, eram pouquíssimos os municípios que possuíam seus próprios

¹⁴⁹ VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation: do abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrencias*, p. 35.

¹⁵⁰ 410 U.S. 366.

sistemas de distribuição da empresa em funcionamento, pois a eletricidade precisava ser comprada no mercado “em atacado”. Para poder se dar a distribuição, os municípios precisavam ter acesso às linhas de transmissão – e as únicas disponíveis eram de propriedade de *Otter Tail*.

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos ingressou com a ação civil antitruste, buscando a responsabilização da companhia por violação do *Sherman Act* em sua 2ª Seção. A Corte Distrital, em primeira instância, considerou *Otter Tail* culpada por violações antitruste, ao tentar atrapalhar a criação de sistemas municipais de energia elétrica após o fim do contrato que as cidades mantinham com a companhia, bem como responsável por promover litígios com o único propósito de atrasar o estabelecimento de tais sistemas municipais.

A ação civil antitruste teve como estopim o fato de *Otter Tail* recusar-se a vender energia no atacado para os sistemas municipais estabelecidos por quatro cidades, após o fim do contrato delas com a companhia: Elbow Lake (MN), Aurora (ND), Hankison e Colman (SD).

Otter Tail lançou mão de diversas armas contra os sistemas estabelecidos pelas cidades. Nos casos de Elbow Lake e Hankinson, a companhia recusou-se a negociar, com embasamento em disposições contratuais que bloqueavam o uso de suas linhas de transmissão. Contra as iniciativas de Colman e Aurora, a companhia promoveu diversas ações judiciais. Ainda, no caso de quatro outros municípios, *Otter Tail* ajuizou ações que tinham como fito impedir ou atrasar os esforços para estabelecer sistemas municipais de distribuição.

Restou consignado, no acórdão da Suprema Corte, que a Corte Distrital considerou que os litígios patrocinados por *Otter Tail* tinham o propósito único de atrasar e prevenir que a criação dos sistemas elétricos municipais, com o objetivo de que tais manobras conservassem sua posição predominante na venda e transmissão de energia elétrica em suas áreas de atuação.

A Suprema Corte decidiu, portanto, remeter os autos novamente para a Corte Distrital, para que esta pudesse determinar se as ações judiciais patrocinadas por *Otter Tail* poderiam ser consideradas *sham*, por terem como desígnio a manutenção de posição monopolística do mercado e, portanto, não estariam albergadas pela proteção constitucional do direito de petição – enquadrando-se na *sham exception* estabelecida em *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*.

Chegou-se a conclusão de que a Doutrina *Noerr-Pennington* era plenamente aplicável ao manejo tanto de processos judiciais como administrativos, em que o objetivo do peticionário é prejudicar a concorrência, atitude demonstrada pelo ajuizamento de diversas ações repetitivas sem fundamento (*baseless*)¹⁵¹.

Desta forma, *Otter Tail*, ao lado de *California*, foram casos importantíssimos, que estabeleceram as bases para os critérios de caracterização de *sham litigation*, explorados mais detidamente pela Suprema Corte no caso de *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Inc.* (“*Caso PRE*”).

3.3. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Inc.* (“*Caso PRE*”).

Em que pese a Suprema Corte ter estabelecido já alguns anos antes a possibilidade de exceção na doutrina *Noerr-Pennington*, o Caso *PRE*¹⁵² é de extrema importância, pois foi a oportunidade na qual a Corte estabeleceu o critério objetivo para avaliar se uma demanda que lidasse com aspectos concorrenciais poderia ser isenta da doutrina *Noerr*, configurando-se assim como *sham litigation* – logo, um ilícito concorrencial. Aqui, a Corte buscou responder: o ajuizamento de ações pode ser considerado como *sham* devido ao fato de a pretensão de sucesso do autor não é sua razão de utilização dos meios judiciais?¹⁵³

O caso narra a seguinte situação. Os autores *PRE* eram proprietários de *resorts*, os quais disponibilizavam uma videoteca para seus hóspedes alugarem filmes e assistirem em seus quartos. A *Columbia* – bem como outros estúdios cinematográficos – eram os proprietários dos direitos autorais de muitos dos filmes disponíveis para aluguel no hotel. Assim, em sede de primeira instância, a *Columbia* processou *PRE* por violação de direitos autorais; houve reconvenção, na qual *PRE* alegou que os pedidos da *Columbia* não eram legítimos, tendo apenas caráter de *sham litigation*, com fins de excluir um competidor do mercado. A primeira instância não reconheceu nenhum dos dois pedidos: não houve

¹⁵¹ No original, “*that was written before we decided California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, [...], where we held that the principle of Noerr may also apply to the use of administrative or judicial processes where the purpose to suppress competition is evidenced by repetitive lawsuits carrying the hallmark of insubstantial claims and thus is within the “mere sham” exception announced in Noerr.*” Importante notar que neste caso a inovação do caso está no fato de que bastava a prova de que as ações foram protocolizadas com o intuito de impedir a concorrência, não sendo necessário provar que os municípios foram efetivamente compelidos a não procurarem o Judiciário.

¹⁵² 508 U.S. 49 (1993).

¹⁵³ No original, do acórdão: “*We left unresolved the question presented by this case – whether litigation may be sham merely because a subjective expectation of success does not motivate the litigant.*” p. 57.

quebra de direitos autorais, da mesma forma que a ação movida pela *Columbia* não se caracterizava como *sham*, pois havia “causa provável” para embasar o pedido¹⁵⁴. Entendeu-se que a questão relacionada a *sham litigation* só poderia ser apreciada se precedida da inexistência de indícios que indicasse a crença do autor no sucesso da ação.

Em sede de recurso, o Tribunal (*Court of Appeals*) entendeu que *sham litigation* era o abuso do procedimento judicial, através de distorções no processo, bem como um padrão de demandas repetitivas, sem causa provável, independentemente de seu mérito. Assim, uma demanda com causa provável não estaria sujeita à exceção da doutrina *Noerr-Pennington*.

Ao analisar o caso, a Suprema Corte confirmou a decisão das instâncias inferiores. No terceiro capítulo de seu acórdão, os *Justices* trazem uma definição de *sham* em duas partes. Nas palavras da Suprema Corte:

We now outline a two-part definition of “sham” litigation. First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under *Noerr*, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail. Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant’s subjective motivation¹⁵⁵.

Tem-se, assim, que o concorrente que lança mão do *sham litigation* busca se beneficiar não do resultado final do processo – ora, ele mesmo não acredita nos méritos da ação – mas do procedimento em si.

Estes dois passos para verificar a existência de *sham litigation* passaram a ser conhecidos na jurisprudência como “Teste *PRE*”: é ônus da parte que contesta a ação demonstrar sua inviabilidade legal, para somente depois a Corte analisar sua viabilidade econômica.

Neste sentido, o caso *PRE* utiliza-se de um critério objetivo para definir as situações em que se pode atestar a existência da exceção à doutrina *Noerr-Pennington*¹⁵⁶,

¹⁵⁴ A primeira instância assim entendeu, em tradução livre: “Estava claro para mim na maneira em que o caso foi apresentado, que [Columbia] tinha a expectativa de um julgamento favorável. (...) Para mim, existia causa provável para embasar a petição, independentemente de ser uma questão de fato ou de direito.” 508 U.S. 49, p. 53.

¹⁵⁵ 508 U.S. 49, p. 60.

¹⁵⁶ Ainda que tenha concordado com o relator do acórdão, o *Justice Stevens* optou por declarar seu voto separadamente, exatamente por não concordar com algumas questões relativas ao que foi concebido como “objetivamente sem fundamento”. Para *Stevens*, o rótulo de *sham* é acertadamente utilizado em casos em que o demandante é indiferente quando ao resultado, mas buscar impor um prejuízo a seu concorrente através do processo. Aplica-se também a demandantes que, apesar de crerem em eventual sucesso de seus pedidos, desistem do procedimento por diversas razões, como custos, por exemplo. Ainda, o *Justice* coloca

introduzindo uma nova forma de verificar a exceção, que vinha sendo examinada a partir de critérios subjetivos.

4. Incertezas Doutrinárias acerca da definição de *Sham Litigation*

Refeito o caminho que levou a Suprema Corte dos Estados Unidos a formular a Doutrina *Noerr-Pennington*, bem como sua exceção *sham* à imunidade antitruste, analisou-se também a dificuldade em se chegar a um método eficiente de aferição do abuso dos procedimentos judiciais com efeitos anti-concorrenciais. Dessa forma, faz-se mister elencar algumas definições trazidas pela doutrina, a fim de se verificar as possíveis incongruências na literatura especializada.

O professor Christopher Klein assevera que, historicamente, *sham litigation* tem sido definido como a litigância anti-concorrencial baseada em casos sem fundamento (*baseless*) ou sem nenhum outro fundamento legal. Todavia, o autor aponta que esta definição, a partir de um viés econômico, é extremamente restrita e apresenta falhas que proporcionam o uso da máquina legal para efeitos anti-competitivos. Para o autor, é clara a confusão dos tribunais ao tentar definir *sham litigation*. Nesse sentido, seria mais apropriado definir *sham litigation* como uma litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anti-concorrenciais - isto é, o uso indevido dos tribunais e outros órgãos governamentais contra rivais com o objetivo de atingir efeitos contra a livre concorrência¹⁵⁷.

O autor, partindo da premissa que uma ação somente é ajuizada quando os benefícios esperados pelo autor ao fim do julgamento superam seus custos quando do início do processo, demonstra sua maior preocupação, todavia, ao ponderar sobre as implicações que o uso do *sham litigation* traz para o bem-estar social e para a escolha de políticas públicas com o objetivo de prevenir este tipo de manobra anticompetitiva. Para Klein, o uso da máquina do judiciário é um tipo de predação não vinculada ao preço (*nonprice predation*). Para ilustrar sua definição, exemplifica:

que a distinção entre o uma demanda *sham* e uma demanda legítima não está somente na conduta lícita ou ilícita da parte, pois processos lícitos podem ser contrários a lei em algumas situações. Nesse sentido, Stevens declara sua concordância com o resultado atingido pela Corte, mas expressa sua discordância com a opinião dos outros Justices. Para Stevens, as regras estabelecidas no caso eram simples demais para serem usadas em casos futuros mais complexos. Nesta declaração de voto, Stevens foi acompanhado pelo *Justice O'Connor*.

¹⁵⁷ KLEIN, Christopher C. *The Economics of Sham Litigation: theory, cases and policy*, p.1-2.

In industries with some entry regulation, for example, an incumbent firm may be able to protest entry before the regulatory body at low cost even when it does not expect a successful litigated outcome, whereas the entrant will be burdened with the cost of justifying its entry. Thus, entry is delayed, the expected entry costs of future entrants may be increased, and the probability of future entry may be reduced¹⁵⁸.

De acordo com Klein, a litigância entre concorrentes tem mais chances de possuir caráter predatório quando o autor (*plaintiff*) for uma empresa dominante no mercado relevante, a parte contrária for uma empresa recente ou potencial novo *player* no mercado do concorrente e quando o efeito das manobras do autor é prevenir ou atrasar a entrada do novo concorrente no mercado – ou causar a saída de algum outro *player*. O autor não busca somente um julgamento procedente de seu pedido, mas também impor custos colaterais a seus concorrentes, pois litigância predatória é utilizada para atacar um rival, com objetivo de ganhos competitivos, independentemente do resultado final da ação¹⁵⁹.

Herbert Hovenkamp também procura formular uma definição de *sham litigation*. O autor define *sham* como uma petição a algum órgão governamental que nada mais é do que um subterfúgio para prejudicar um concorrente. O prejuízo do concorrente é oriundo não da resposta do governo, mas sim do procedimento judicial em si mesmo. Assim, uma empresa que força o rival a iniciar uma contenda judicial em que o autor não possui chances de vencer, procura somente desgastar os recursos do concorrente. Novamente, o prejuízo não decorre da decisão judicial desfavorável, mas do próprio procedimento¹⁶⁰.

Hovenkamp, ainda em seu exemplo, aproveita para definir o que *não é sham litigation*: a ação movida por uma parte que realmente queira um pronunciamento do tribunal ou de outro órgão governamental, mas assim o faz por meios impróprios ou ilícitos. O autor, todavia, lembra que o pronunciamento da Suprema Corte em *City of Columbia & Columbia Outdoor v. Omni Outdoor Advertising*¹⁶¹, deixa claro que o *sham* aplica-se somente nas situações em que o procedimento judicial não passa de um mero pretexto para prejudicar um rival através da litigância.¹⁶²

Por fim, vale trazer a definição de Jeffrey Schmidt. O autor alerta para a dificuldade em se definir uma doutrina criada no âmbito dos tribunais, dado que qualquer definição corre o risco de ser tornar obsoleta com o desenrolar de novos casos nas cortes. Schmidt primeiro esclarece que a Doutrina *Noerr-Pennington* protege uma parte de

¹⁵⁸ KLEIN, Christopher C. *The Economics of Sham Litigation: theory, cases and policy*, p. 13.

¹⁵⁹ KLEIN, Christopher C. *The Economics of Sham Litigation: theory, cases and policy*, p. 14-19.

¹⁶⁰ HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its practice*, p. 687.

¹⁶¹ 499 U.S. 365.

¹⁶² HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its practice*, p. 688-689.

responsabilidade por infrações antitruste resultantes de petições endereçadas a uma autoridade governamental buscando uma decisão sensata por parte do órgão provocado. O autor, então, define o que não seria *sham*: se a petição foi concebida com o objetivo de buscar um pronunciamento do órgão provocado – isto é, se o homem médio (*reasonable person*) avaliaria que o pedido possuía chances de ser provido no mérito. Além disso, se o objetivo do peticionário ao ajuizar a ação não era prejudicar seus concorrentes por meio do procedimento judicial ou administrativo, não há que se falar em *sham*¹⁶³. Vê-se, portanto, que *sham litigation*, também na obra de Schmidt, é caracterizado como o abuso dos procedimentos judiciais ou administrativos com efeitos anti-concorrenciais.

Em que pese existirem pontos de convergência entre as definições aqui apresentadas, elas ainda apresentam incongruências. A falta de fundamentos para uma petição não pode ser requisito essencial para a caracterização de *sham*, pois pode-se conceber casos em que mesmo um requerimento embasado proporciona prejuízos aos concorrentes e à ordem econômica.

5. O Direito Fundamental de Petição e de Ação

Direito de petição e direito de ação não se confundem, conquanto sejam próximos. O objetivo da tutela constitucional do direito de petição é consagrar o princípio da acessibilidade ao Poder Judiciário, em claro exercício dos ideais democráticos previstos na Constituição. O direito de ação, ao cabo, significa a possibilidade de qualquer pessoa dirigir-se ao Judiciário, provocando o exercício da jurisdição.

Importante ressaltar que o direito de ação não se acaba apenas na possibilidade do jurisdicionado buscar a tutela estatal, ingressando em juízo. Este direito deve abarcar a possibilidade do cidadão desenvolver ampla participação processual. O direito de ação garante ao cidadão a faculdade de acompanhá-lo em todos seus efeitos.

Por outro lado, o conceito de direito de petição é amplo. Gilmar Mendes e Paulo Branco anotam que o direito de petição é direito tipicamente fundamental, geral e universal, pois assegurado a todos, pessoas físicas ou jurídicas, podendo ser exercido de maneira individual ou coletiva¹⁶⁴.

André Ramos Tavares, por sua vez, assevera que a natureza jurídica do direito de petição é a de prerrogativa com cunho democrático-participativo. Ainda, é absolutamente

¹⁶³ SCHMIDT, Jeffrey *et al.* *The Noerr-Pennington Doctrine*, p. 1-4.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 462.

informal no que concerne seus pressupostos – ainda que exija forma escrita. Exemplo disso é que, caso dirigido a autoridade incorreta, esta deve remeter o pleito a autoridade competente, salvaguardando o direito do jurisdicionado¹⁶⁵.

Pode-se concluir, portanto, na esteira da doutrina civilista, que o abuso de direito está intimamente ligado a finalidade social do direito subjetivo e aos danos que seu exercício em abuso pode causar a outrem. O agente, ao exercer seu direito de maneira exorbitante, causa danos e se distancia dos fins de seu direito¹⁶⁶.

Por fim, cabe um breve apontamento. A doutrina civilista muito se debruça sobre a relação entre abuso de direito e ato ilícito. Adota-se aqui a posição de que o exercício do direito, ainda que de maneira desmedida, não se confunde com ato ilícito. Para suportar este entendimento, resgata-se a dicção do art. 186 do Código Civil, o qual estabelece os requisitos para caracterização do ato ilícito: a violação a um direito, a existência de dano e a culpa. Ora, se o ordenamento adota a teoria objetiva do abuso de direito, não há que se falar em culpa, logo não se configuram os requisitos para caracterização de ato ilícito¹⁶⁷.

6. Abuso de Direito

Direitos não são absolutos, sendo passíveis de sofrerem restrições, ainda que gozem de caráter de direito fundamental. O exercício abusivo de direitos deve ser reprimido, a fim de evitar resultados perniciosos aos outros cidadãos e ao próprio sistema em si.

No ordenamento brasileiro, o abuso de direito está positivado no art. 187 do Código Civil: *“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”*

Percebe-se, a partir da dicção do artigo, que o legislador brasileiro optou pela desnecessidade de verificação de dolo ou culpa do agente para se caracterizar o abuso de

¹⁶⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 671.

¹⁶⁶ Para fins de comparação, vale citar que o direito brasileiro não é o único a adotar a teoria objetiva quanto ao abuso de direito. O Código Civil alemão (BGB), por exemplo, traz expressamente a previsão de que o exercício de um direito com o objetivo de prejudicar outrem é proibido: “§226 – *Schikaneverbot* – *Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.*”

¹⁶⁷ Cita-se o entendimento de Teresa Ancona Lopez, para quem o ato abusivo é um ilícito atípico, pois viola valores como lealdade e boa-fé, protegidos pelo ordenamento. *Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito*, p. 61.

direito. Sobre esta teoria objetiva, Rui Stoco esclarece que “o objetivismo teórico seria a dispensa desse elemento volitivo, de modo que o comportamento exorbitante causasse aquele mal, independente da vontade do agente”.¹⁶⁸

7. Litigância de Má-Fé no âmbito do Direito Processual Civil

Antes de se investigar mais atentamente a forma como o *sham litigation* é tratado na jurisprudência do CADE, faz-se relevante estabelecer paralelo entre tal comportamento anti-concorrencial e a litigância de má-fé nos processos judiciais, dada suas semelhanças.

O Novo Código de Processo Civil (“NCPC”), estabelece em seu art. 5º cláusula geral, positivando o princípio da boa-fé objetiva e impondo necessário comportamento aos participantes do processo: “*Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*”.

Nesse raciocínio, entende-se que o autor ou réu que desrespeita a cláusula geral de boa-fé deve ser considerado como litigante improbo, isto é, litigante de má-fé. Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, o litigante de má-fé é aquele que age de forma maldosa, causando dano processual à outra parte, pois se utiliza do procedimento para fins escusos, sabendo de sua dificuldade em sair exitoso da demanda¹⁶⁹.

A litigância de má-fé está regulada nos arts. 79 e 80 do NCPC. O art. 80 reproduz quase que fielmente o art. 17 do Código de Processo Civil de 1973, elencando condutas que são, aos olhos do legislador, *objetivamente* consideradas de má-fé. As condutas são exemplos do descumprimento do dever de probidade trazido no art. 5º do NCPC. Trata-se de rol exemplificativo, não taxativo, pois existem outras previsões ao longo do NCPC que podem caracterizar litigância de má-fé (*e.g.* art. 142). Nos casos previstos no art. 80, dispensa-se, como apontado por Gajardoni, maior investigação sobre o elemento volitivo da conduta processual.¹⁷⁰

Vale aqui, ainda, lembrar as palavras de Michele Taruffo. Para o professor italiano, ainda que o direito de ação e petição esteja constitucionalmente assegurado e

¹⁶⁸ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*, p. 68

¹⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – Nova Lei 13.015/2015*, p. 414.

¹⁷⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In.: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 286.

revestido de caráter fundamental de acesso à justiça, isso não significa que o jurisdicionado está autorizado a propor qualquer demanda, por mais frívola que seja, apenas com o intuito de perturbar outrem. As garantias processuais têm como objetivo proteger direitos, não legitimar condutas nocivas injustas, pois a ideia tradicional de que não há moralidade processual e que qualquer conduta processual é aceitável, desde que sua forma legal seja respeitada, não é mais confiável. Há um aumento de importância para os padrões de moralidade processual, justiça, lealdade e boa-fé, tornando-os cada vez mais relevantes e penetrantes nos sistemas processuais¹⁷¹.

8. *Sham Litigation* no CADE: Análise de Casos

Ultrapassadas as explicações sobre a criação da teoria do *sham litigation* na Suprema Corte norte-americana e uma breve exploração sobre a litigância de má-fé no processo civil brasileiro, chega-se à questão fulcral deste trabalho: analisar de qual forma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica recebe a teoria do *sham litigation* nos limites impostos pela legislação nacional.

A análise de casos do CADE se faz importante devido às diversas questões controversas que existem sobre o tema do *sham litigation*. Primeiro, deve-se ter em mente que o abuso de direito de petição e de ação com efeitos anti-concorrenciais não corresponde integralmente ao abuso deste direito normalmente verificado no âmbito do processo civil. Isso ocorre porque o abuso com efeitos anti-concorrenciais busca prejudicar o concorrente através da demanda, do próprio procedimento, e não pela obtenção do resultado final.

Outra discussão posta pela doutrina diz respeito aos dois sentidos do fenômeno do *sham litigation*: lato e estrito. Aqui, significa dizer que o fenômeno somente se caracteriza com a observação dos critérios colocados pela Suprema Corte estadunidense no Caso *PRE*; lá, tem-se uma definição mais ampla, entendendo que o fenômeno se caracteriza a partir do uso impróprio dos tribunais e procedimentos judicantes para atingir os fins anti-concorrenciais. Pode-se dizer, portanto, que no Brasil o fenômeno restaria caracterizado caso produzisse – ainda que potencialmente – qualquer dos efeitos previstos no art. 36 da Lei 12.529/2011, devendo ser considerado uma infração à ordem econômica e punido pelo CADE.

¹⁷¹ TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral).

A análise dos casos, portanto, busca compreender qual a racionalidade por trás da recepção do *sham litigation* no ordenamento concorrencial brasileiro.

8.1. Caso SINPETRO

O Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77 foi instalado *ex officio* pela SDE após recebimento de representação por parte da Presidência do CADE, devido a existência de indícios de cartelização de postos de combustível no Distrito Federal, em face das redes Gasol e Igrejinha e do Sindicato de Comércio Varejista de Derivados de Combustível e Lubrificantes do Distrito Federal – SINPETRO/DF.

Para a Secretaria de Defesa Econômica, os representados teriam atuado para implementar barreiras de entrada a novos concorrentes no mercado relevante de revenda de produtos derivados de petróleo no âmbito do Distrito Federal.

As principais provas utilizadas pela SDE para instruir o processo foram atas de reuniões do SINPETRO, nas quais restava claro que os representados agiam em conluio e coordenadamente para atingir seus objetivos de manutenção da participação dos envolvidos no mercado relevante. Uma das maiores preocupação dos envolvidos era com a instalação de postos de gasolina em supermercados pelo Grupo Carrefour. Assim, como restou verificado em uma das atas de reunião, os representados encaminharam ofício do Governo do Distrito Federal (“GDF”), com o intuito de solicitar providências para impedir a instalações de novos postos pelo grupo francês. Ainda, as atas do sindicato também relatavam *lobby* feito pelo Sindicato junto a deputados distritais para que uma lei que proibisse a construção de postos de gasolina em pátios de supermercados fosse aprovada.

Nesse sentido, em janeiro de 2000, foi promulgada a Lei Distrital nº 2.526/2000, a qual vedou a instalação de postos de gasolina nos estacionamentos de supermercados e outros estabelecimentos. Cerca de cinco meses após, esta lei foi revogada pela Lei Complementar 294/2000, a qual, todavia, manteve a proibição de instalação de postos de gasolina nos estacionamos de supermercados.

O caso foi a julgamento pelo CADE em 2004, sob a relatoria do Conselheiro Roberto Pfeiffer. Para o relator, os representantes exerceram influência intensa e profunda junto a autoridades do GDF, a fim de impedir a entrada de concorrentes no mercado. Desta forma, nas palavras de PFEIFFER, os representados atingiram o objetivo de perpetrar a estrutura concorrencial existente, altamente concentrada, criando condições à prática de

preços arbitrariamente elevados, enquadrando as condutas no art. 20, II, da Lei nº 8.884/1994.

O voto do Relator foi seguido pelo Plenário do Conselho, condenando os Representados ao pagamento de valor equivalente a 5% das receitas brutas, por limitar a concorrência ao impedir a entrada de novos competidores no mercado.

Importante notar que neste caso não houve em nenhum momento menção a doutrina *Noerr-Pennington* ou à própria expressão *sham litigation*, mas não há como deixar de se traçar um paralelo entre este caso e os paradigmas julgados na Suprema Corte estadunidense. Não se discorda aqui da decisão do CADE, mas vale notar que a decisão foi totalmente contrária àquela perpetrada nos casos *Noerr* e *Pennington*, os quais protegem as petições de particulares dirigidas ao Estado sob o véu do direito constitucional de petição.

O CADE, em seu julgamento, não apreciou a questão acerca do direito de petição no ordenamento constitucional brasileiro, o que, contudo, não afetou a decisão de condenação do Conselho – com a qual aqui se concorda.

8.2. Caso Baterias Moura

A Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-71 instalada no âmbito do CADE teve origem a partir de representação provocada por Acumuladores Moura S/A em face de diversas empresas do ramo de baterias. Em que pese a averiguação ter sido arquivada por Nota Técnica da SDE, a qual acabou sendo confirmada pelo Tribunal do CADE, o que interessa ao presente trabalho são as ponderações efetuadas pelo Conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva em seu Voto-Vista.

Em sua representação, o Grupo Moura alegou que as empresas representadas o denunciaram à Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”), arguindo a irregularidade da certificação das baterias por ele produzidas, o que, supostamente, estaria dando azo à venda de tais baterias por preços reduzidos no mercado. Assim, o Grupo Moura apresentou sua representação à SDE alegando que a prática das empresas representadas configurava infração à ordem econômica, por elas deterem mais de 90% do mercado de baterias estacionárias.

Como dito, a Nota Técnica emitida pela SDE recomendou o arquivamento da Averiguação Preliminar – recomendação esta que foi seguida pelo Conselheiro-Relator

Luis Carlos Delorme Prado, quando da apreciação do caso pelo Tribunal Administrativo do CADE.

Todavia, em seu voto-vista, o Conselheiro Villas Boas Cueva aproveitou para discorrer sobre o direito de petição e seu exercício pelas representadas ao denunciar o Grupo Moura. O Conselheiro ponderou sobre a Doutrina *Noerr-Pennington* e entendeu ser impossível, além de indesejável, sua completa transposição para os casos analisados pela autoridade antitruste brasileira, em que pese o grande valor atribuído à jurisprudência da Suprema Corte estadunidense.

O Conselheiro, tomando como baliza o exemplo norte-americano, propôs alguns parâmetros para a devida interpretação da questão. Cueva deixa claro que não pretende analisar o caso sob o ponto de vista da hermenêutica constitucional, mas sim “tentar extrair da jurisprudência destilada pelos tribunais norte-americanos alguns parâmetros para a análise de situações trazidas ao SBDC, nas quais a atividade de peticionar ao Estado pareça de algum modo colidir com os bens jurídicos tutelados pela lei antitruste.”¹⁷²

Primeiramente, deve-se repisar o amplo direito à petição quando exercido na arena política. A possibilidade de se comunicar com o Estado possui caráter político-fiscalizatório, caráter essencial de uma democracia que se pretende representativa, com o intuito de formar a vontade política e a traduzir na legislação aprovada pelo Parlamento. Em segundo lugar, o Conselheiro aponta que, em razão do pacto federativo, não é competência do CADE se imiscuir no processo decisório do Estado, não cabendo verificar se as decisões do Executivo ou do Legislativo são viciadas. Por fim, aponta “como corolário dos parâmetros anteriores”, o reconhecimento da limitação da autoridade antitruste em reconhecer o abuso de direito de petição. Critérios a serem levados em consideração são a plausibilidade do direito invocado, veracidade das informações, adequação e razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso da postulação.

No caso concreto, Cueva entendeu não existir nenhuma conduta abusiva por parte das representadas, pois estas agiram em seu legítimo interesse de obter informações da autoridade pública. Adiciona-se a isto que a própria ANATEL reconheceu a procedência em algumas das questões suscitadas pelas Representadas frente ao órgão regulador. Por

¹⁷² Voto-Vista na AP nº 08012.006076/2003-72, p. 6.

fim, não restou provado que as representadas teriam encetados qualquer outro tipo de representação frente ao ente regulador.

Em que pese não ter restado reconhecida a prática de *sham litigation* no caso, não se pode negar a importância que o voto do Conselheiro Cueva teve para o desenvolvimento da matéria no âmbito do CADE, ao tentar estabelecer as primeiras balizas do direito brasileiro para caracterizar o abuso de direito de petição como ilícito concorrencial, e não somente transpor o entendimento estrangeiro ao ordenamento jurídico pátrio.

8.3. Caso Siemens VDO

A discussão trazida no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51 foi uma das mais intensas até hoje no CADE sobre a matéria de *sham litigation*.

O procedimento teve início em maio de 2005, quando a SEVA Engenharia Eletrônica apresentou representação em face de Siemens VDO Automotive, acusando esta última de criar barreiras à entrada e permanência de empresas concorrentes no mercado de tacógrafos, recaindo em práticas previstas nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994.

De acordo com a representação formulada pela SEVA, a Siemens teria contribuído com a criação de obstáculos à homologação e comercialização de seus tacógrafos através de, principalmente, (a) uso de sua influência política para revogar portarias do Departamento Nacional de Trânsito (“Denatran”) que autorizavam os tacógrafos da SEVA; (b) ajuizamento de ações judiciais com o intuito de suspender as portarias do Denatran por meio de liminares, alegando suposto conflito de competência entre o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO) e o Conselho Nacional de Trânsito (Contran); e, (c) convite à cartelização, a fim de que o produto da SEVA fosse retirado do mercado e direcionado para outros mercados.

Ao analisar o caso, a SDE entendeu que o exercício abusivo de direito de petição possui sim aplicação no direito brasileiro, mesmo que de modo excepcional, implicando o reconhecimento que a intenção de imputar prejuízos a seu concorrente seria um dos motivos para o agente abusar de seu direito. Para configurar o *sham litigation*, a SDE recorreu ao Teste *PRE*, de modo que a ação deveria ser completamente sem fundamento (*baseless*) e que seu autor não pudesse, realisticamente, ter esperanças de provimento de seus pedidos.

Nesse sentido, a SDE entendeu ser culpada a Representada pela prática *sham litigation*. A Secretaria entendeu que a Siemens impetrou mandados de segurança contra a portaria do Denatran sem ter legitimidade para tanto – o que acabou sendo reconhecido na sentença que denegou a segurança; também, ajuizou procedimento ordinário contra SEVA com os mesmos fundamentos do mandado de segurança; por fim, não esclareceu devidamente os fatos em sua petição inicial, ao não declarar que comercializava tacógrafos sem qualquer tipo de homologação.

Na ocasião do julgamento pelo Tribunal do CADE, foi designado como Relator o Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. O Relator considerou sem fundamento a defesa da Siemens que rebatia as alegações de *sham litigation*, pois ter um direito assegurado pela Constituição não fornece salvo-conduto para o abuso dele, ensejando infrações de ordem econômica. Para o Relator, “o fato de um direito ser reputado relevante a ponto de figurar na Constituição não significa que seu abuso não seja punível na forma da lei.” Ainda, esclareceu o Relator, rebatendo os argumentos de que somente o Poder Judiciário poderia punir ações judiciais que tivessem como objetivo restringir a concorrência, que a condenação do CADE para os atos observados nos autos judiciais somente ocorre em casos de robusta prova dos efeitos anti-concorrenciais. Assim, o Relator concluiu pela condenação da Siemens, pois entendeu que suas atitudes refletiram de maneira nociva à concorrência.

Ao analisar o caso, o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia discordou do posicionamento do Relator, pois não conseguia conceber relação entre as condutas de *sham litigation* e convite à cartelização. Para a devida caracterização do *sham litigation*, o Conselheiro entendeu necessário análise detalhada da atuação processual do investigado e os efeitos causados por suas condutas. Nessa linha de pensamento, Chinaglia afastou o reconhecimento do abuso de direito de petição, por não encontrar qualquer despropósito jurídico nas ações movidas pela Siemens.

Outro voto dissidente do Tribunal foi proferido pelo Conselheiro César Costa Alves de Mattos. Para o Conselheiro, o abuso de direito de petição ocorre quando se excede a finalidade social e econômica de tal direito – independentemente de dolo ou culpa - caracterizando-se o *sham litigation*. Ao lado dos requisitos do Teste PRE, o Conselheiro ponderou que uma ação que tem seu arcabouço em fatos enganosos, induzindo o Estado a erro, também pode ser considerado *sham*. No mérito, o Conselheiro identificou sim o conflito entre INMETRO e Contran, seguindo o voto do Conselheiro

Chinaglia, concluindo pela inexistência do abuso de direito de petição praticado pela Siemens, ao impetrar os mandados de segurança.

Por seu turno, o Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, em que pese ter reconhecido o conflito regulatório na questão da homologação dos tacógrafos, entendeu que tal colisão foi usada pela Siemens como instrumento de constrangimento contra a SEVA. Ruiz entendeu que a Siemens visava retirar o produto do concorrente do mercado. Apesar de ter seguido o Relator no que tange à estratégia utilizada pela Representada, não entendeu que existia abuso de direito de petição no caso.

No mesmo sentido votou o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, por entender não configurado o “uso espúrio do direito de ação com intento ardiloso de promover exclusão de concorrente.” Condenou a Representante apenas pela conduta de conduta à cartelização. Carvalho foi acompanhado pelo Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo na integralidade do seu voto. A Siemens também não foi condenada por sham litigation no voto do Presidente do CADE à época, Conselheiro Arthur Sanchez Badin. Em seu voto, arrolou alguns aspectos que deveriam ser analisados no tocante ao caso: (i) poder de mercado detido pelo agente; (ii) expectativa razoável de vitória em primazia à ação objetivamente sem fundamento; (iii) interesse anti-concorrencial escondido; (iv) imposição de grandes custos às empresas com menor capacidade financeira; (v) uso da demanda como instrumento para prejudicar a imagem da empresa ré; (vi) criação de barreiras artificiais à entrada de competidores no mercado; (vii) prejuízo à atividade de concorrentes; e, (viii) influenciar ações governamentais com vistas à prejudicar a atividade dos concorrentes. A partir desses critérios, o Presidente não vislumbrou a prática de sham litigation pela Representada.

Cumpram ressaltar que, após o voto do Presidente, os Conselheiros Furlan e Ruiz retificaram seus votos no sentido de acompanhar o entendimento do Conselheiro Marques de Carvalho, isto é, condenando a Siemens somente no que se referia ao convite para cartelização.

Importante notar que todos os conselheiros entenderam pela possibilidade de se investigar condenar o agente econômico que abusa de seu direito de petição com intenções anticoncorrenciais. Foram duas as principais linhas de raciocínio: a ação deve, assim como no Teste PRE, ser carente de fundamento e com potencial de causar efeitos atentatórios à concorrência, bem como a análise deve levar em consideração uma série de práticas, começando pelo abuso de direito presente no Código Civil, a fim de se identificar se a demanda foi um mero artifício para atingir efeitos anti-concorrenciais.

Em que pese o Tribunal não ter condenado a Siemens pela prática de *sham litigation*, este caso possui grande importância pela discussão suscitada acerca do assunto no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

8.4. Caso *ShopTour*

O Caso *ShopTour* é paradigmático no estudo do *sham litigation* no Brasil, por ser a primeira decisão do plenário do Conselho que condenou uma empresa por esta prática.

O Processo Administrativo 08012.004283/2000-40 foi instaurado a partir de representação da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara de Deputados em face de Box 3 Vídeo e Publicidade e Léo Produções e Publicidade, alegando supostas tentativas de dominação do mercado de vendas em programas de televisão.

Segundo informou a representação, a Box 3 manjava diversas ações judiciais com pedido de liminares, com a intenção de retirar do ar os programas de suas concorrentes, alegando que ela possuía os direitos autorais sobre o formato do programa de vendas *ShopTour*, de acordo com registro na Biblioteca Nacional da Cultura.

Instada a se manifestar, a SDE entendeu não haver qualquer lesão à livre concorrência ou à livre iniciativa nas medidas judiciais adotadas pela Representada. Para a Secretaria, a Box 3 apenas lançou mão do direito de petição para proteger interesses legítimos. Notando que em algumas ações a empresa obteve êxito, a SDE opinou pelo arquivamento do processo administrativo. No mesmo sentido votou a Procuradoria do CADE, através do Parecer 358/2009, e o Ministério Público Federal, corroborando a tese da SDE.

Ao serem remetidos os autos para o Tribunal do CADE, o Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho determinou a realização de instrução complementar, atestando a existência de nove ações judiciais movida pela Representada, com todas as decisões de mérito favoráveis revertidas pelo Poder Judiciário.

Na ocasião do julgamento do caso, em 15 de dezembro de 2010, o Conselheiro Relator redigiu extenso e analítico voto, discorrendo sobre os precedentes norte-americanos e europeus sobre a disciplina do *sham litigation*, além de colacionar as decisões já exaradas pelo CADE sobre a disciplina – como o Caso Siemens e o Caso Baterias Moura, já expostos neste trabalho. Para o Relator, não há dúvidas que os agentes não podem se proteger da responsabilidade concorrencial sob o manto do direito de

petição – visto que este não é absoluto ou imune perante o CADE. Na avaliação do caso concreto, necessário verificar se há alguma razoabilidade na causa de pedir das requerentes, ao buscar proteger seus supostos direitos.

O voto do Conselheiro Carvalho trouxe análise minuciosa das nove ações judiciais perpetradas pela Box 3, analisando as decisões de mérito de primeira e segunda instâncias, observando que o sucesso em obter provimentos favoráveis no judiciário não descaracteriza automaticamente o caráter anticompetitivo de uma estratégia de abusar do direito de petição. Vale aqui transcrever o voto do Relator:

Assim, mesmo que a Box 3 tenha ganho poucos provimentos iniciais, ousou discordar da SDE, da Procuradoria do CADE e do MPF. Não é possível concordar com esse ambiente, injusto, criado por causas frívolas, que garantiram maior poder de mercado, com base exclusivamente em argumentos ardilosos que simularam um suposto direito inexistente.

(...)

A mera existência dos processos já beneficiou, ilicitamente, a Box 3, que não atuou com lealdade processual. Diz-se isto porque, já sabendo que seu pleito havia sido várias vezes refutado pelo Poder Judiciário – e que sua interpretação destoava da literal interpretação da lei de direitos autorais, como conduta de lealdade processual, a representada *deveria* dizer que está solicitando a revisão de uma interpretação sólida sobre esta matéria. Também, a parte *não poderia* fazer a solicitação de exclusão de concorrentes via medida liminar, a respeito de um assunto como este, neste contexto específico e com base neste argumento.

O principal fundamento das ações da Representada era o suposto direito autoral protegido. Todavia, como bem salientou o Relator, o registro de programa de televisão na Biblioteca Nacional não gera proteção de direitos autorais, pois nenhuma empresa poderia se dizer proprietária de um programa de televisão.

Ao cabo, o Relator concluiu que as ações movidas pela Box 3 possuíam grandes incentivos econômicos, na medida que eliminava concorrentes do mercado e possibilitava o aumento de preços pelos outros agentes do mercado. Ademais, ressaltou que as ações não tinham a mínima base jurídica – *objective baseless claim* –, acarretando danos concorrenciais. Portanto, era dever do CADE reprimir e condenar a Box 3 nos termos dos arts. 20 e 21, IV e V, da Lei 8.884/1994. O Plenário do CADE seguiu o voto condutor do Relator.

8.5. O Caso *Eli Lilly*

O Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91 foi instaurado pela SDE em dezembro de 2011, a partir de representação feita pela Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos em face de Eli Lilly do Brasil e Eli Lilly and Company (“Eli Lilly”), a fim de investigar supostas práticas de *sham litigation*.

A representação versava sobre a estratégia anti-competitiva perpetrada pela Representada, pois estaria impondo barreiras artificiais à concorrência por meio do ajuizamento de múltiplas ações judiciais em face de instituições públicas – INPI e ANVISA – em comarcas diferentes, visando à obtenção de exclusividade na comercialização do medicamento cloridrato de gencitabina, utilizado para o tratamento de câncer, prejudicando seus concorrentes.

A Representante alegou que Eli Lilly teria praticado *sham litigation* ao ajuizar as ações frente à ANVISA para a obtenção de registro de exclusividade de comercialização do cloridrato de gencitabina, princípio ativo do medicamento GEMZAR.

Em sua defesa de mérito, a Representada alegou que a conduta de *sham litigation* refere-se somente a ações que não buscam interesses legítimos e que são propostas com o único intuito de prejudicar seus concorrentes. Assim, para a que a Eli Lilly fosse condenada, seria necessário demonstrar sua má-fé para se configurar a violação ao direito constitucional de petição.

Após a instrução do processo, a Superintendência-Geral (“SG”) opinou pela condenação das Representadas, pois “abusaram de seus direitos de petição, utilizando-se de ardilosa engenharia processual, na busca de direitos que não lhes eram devidos, e com efeitos anti-competitivos severos.”

De acordo com o parecer da SG, a Eli Lilly teria obtido indevidamente o direito de comercialização da gencitabina, pois omitiu do Judiciário informações relevantes sobre o caso. Ainda, para a SG, a Eli Lilly

Logrou gozar, por período de tempo razoável, de forma indevida e ilegal, de um monopólio na oferta de um medicamento contra o câncer, com consequências graves aos seus concorrentes e, especialmente, aos consumidores, que diante de situação de saúde grave comprovadamente tiveram limitações de opções de oferta e pagaram preços muitas vezes maiores do que pagariam não fosse pela prática ilegal e anticompetitiva levada a cabo pela empresa.

Neste sentido, a SG opinou pela condenação da Representada, nos termos do art. 21, IV, V, X e XVI e art. 20, I, II e IV, da Lei 8.884/1994.

A Procuradoria do CADE também deu parecer favorável à condenação, pois entendeu que restou configurada o *sham litigation*, na medida em que a Eli Lilly obteve o direito de comercialização exclusiva do medicamento de forma fraudulenta, “valendo-se de padrão de comportamento não esperável e desarrazoado, que acarretou por breve período potencial prejuízo à ordem econômica.” Dessa maneira, a ProCADE acompanhou o entendimento da SG. O Ministério Público Federal também pugnou pela condenação, na mesma linha dos pareceres anteriores.

No Tribunal do CADE, o caso teve a relatoria da Conselheira Ana Frazão. Em seu voto, a Relatora fez intensa análise das ações ajuizadas pela Representada, além de ponderar sobre a relação entre o direito concorrencial e a propriedade industrial. Nas palavras da Relatora:

Ambos asseguram o bem estar dos consumidores a partir da garantia de inovação, ainda que modos distintos. Ao passo que a propriedade industrial incentiva a inovação tecnológica por meio da garantia da exploração exclusiva de determinado produto ou processo por seu inventor, o direito antitruste garante que tecnologias, produtos e serviços possam tramitar em um ambiente competitivo, por meio da coibição de práticas lesivas aos mercados. O direito antitruste garante uma concorrência saudável, enquanto a propriedade intelectual protege o direito de fruição dos proventos da atividade inventiva, o que representa um incentivo à concorrência e à inovação.

Portanto, não há o que se falar sobre possível incompatibilidade do CADE para apreciar e julgar casos que versam sobre propriedade intelectual. Em seguida, a Relatora passou a analisar as condutas que poderiam configurar *sham litigation*.

De acordo com Frazão, a possibilidade de causar efeitos lesivos à concorrência não se resume somente nas demandas levadas ao Judiciário, mas também àquelas apresentadas frente a instâncias decisórias administrativas. Não há necessidade de *intenção* de causar danos à concorrência, pois a ilicitude se verifica a partir da ausência de boa-fé nas condutas processuais da parte, notadamente na falta de respeito aos deveres de diligência e lealdade processual. A Relatora relembra que, nos termos do art. 36 da Lei 12.529/2011, as infrações de ordem econômica não dependem de culpa subjetiva. Nesse sentido, *sham litigation* está intimamente ligada à ideia de que a fruição de direitos não é ilimitada¹⁷³.

¹⁷³ Trecho do voto da Conselheira Ana Frazão (p. 15): “A instrumentalização do direito de ação para a produção de efeitos anticoncorrenciais é, portanto, matéria com a qual deve se preocupar o direito da concorrência. O exercício do direito de ação é legítimo quando o autor pretende buscar os meios adequados para a obtenção da prestação jurisdicional que garanta seu direito na melhor forma possível, mas pode configurar um ilícito quando utilizado para dissimular estratégia anticompetitiva, tendente à eliminação da concorrência”.

Em seu *decisum*, após minuciosa análise das ações judiciais e pedidos administrativos movidos pela Representada, a Conselheira Ana Frazão entendeu que não restavam dúvidas que as ações levadas ao Judiciário tinham claras intenções de obtenção de monopólio, eram desprovidas de base jurídica, posto que foram fundamentadas em fatos comprovadamente falsos ou omissões propositais e planejadas para mascarar o propósito anti-concorrencial. Também restou provado que houve dano concreto ao mercado, “pois, como as demandas foram camufladas pela omissão de dados relevantes, a representada conseguiu prestações jurisdicionais favoráveis.”

Por fim, vale notar que a Conselheira refutou o argumento da Eli Lilly que a ausência de poder de mercado impossibilitaria a configuração de *sham litigation*. Para Frazão, o *market share* é irrelevante nos casos de *sham*, pois o sucesso em uma demanda pode ser suficiente para afastar concorrentes do mercado – o que foi observado no caso concreto.

Portanto, ao cabo, a Conselheira, na ocasião do julgamento do feito em junho de 2015, condenou a Eli Lilly pela prática de infrações à ordem econômica, fixando multa no montante de R\$ 36.679.589,16.

8.6. O Caso *Ediouro*

Trata-se de representação endereçada à Secretaria de Direito Econômico, perpetrada pela Editora Nova Atenas e Ponto da Arte Editora em face da Ediouro Publicações.

As Representantes alegaram, nos autos de Processo Administrativo para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica nº 08012.005335/2002-67, que a Ediouro valeu-se de abuso de direito de petição com fins anti-concorrenciais, ao tentar dificultar a constituição, funcionamento e desenvolvimento de empresas concorrentes na produção e comercialização de revistas de passatempo – mercado no qual a Ediouro teria posição dominante. Ademais, estaria a Ediouro valendo-se de práticas intimidatórias para dificultar o acesso da Nova Atenas ao mercado de distribuição. Alegam as Representantes que a Ediouro estaria pressionando a Distribuidora Nacional de Publicações S/A (“DINAP”) a romper contrato pré-firmado com a Representante e que a Representada teria firmado acordos judiciais com concorrentes que continham cláusulas de caráter anticompetitivo.

Com o recebimento da denúncia, instaurou-se Averiguação Preliminar, para fins de aprofundar a investigação. Após a instrução do processo, a SDE, em Nota Técnica, opinou pelo arquivamento da Averiguação. Em recurso de ofício ao CADE, o Conselheiro Relator Luiz Fernando Schuartz votou pela rejeição da decisão de arquivamento expedida pela SDE, instaurando Processo Administrativo a fim de melhor instruir o feito, principalmente a investigação de práticas tendentes à exclusão de rivais praticadas pela Ediouro.

Em sua defesa, a Representada protocolizou petições complementares alegando, entre outros aspectos, que as acusações contra a Ediouro eram insubsistentes e que, principalmente, as ações ajuizadas pela Ediouro no judiciário teriam fundamento sólido, constituindo exercício regular do direito de petição.

Após extensa investigação e produção probatória, a Representada apresentou suas alegações finais em setembro de 2015, já sob a égide da Lei 12.529/2011. Com isso, os autos foram remetidos para a Superintendência-Geral a fim de emissão de nova Nota Técnica.

A Nota Técnica, assinada pelo Superintendente-Adjunto Kenys Menezes Machado, teve como escopo analisar se a prática da Ediouro de acionar judicialmente seus concorrentes e firmar acordos judiciais de não-concorrência era justificador de repressão sob a ótica da Lei Antitruste. Para a Superintendência, acordos judiciais, em algumas situações, podem esconder um efeito público negativo à concorrência, representando uma estratégia de dominação de mercado.

Assim, como em quase todos os casos que trazem à tona a discussão sobre o abuso de direito de petição, a Nota Técnica exarada pela SG colacionou o histórico de desenvolvimento do instituto, com os julgados da Suprema Corte americana e os precedentes do próprio CADE. Sobre o Teste PRE, teceu diversas observações e concluiu que há pelo menos duas variantes do teste, que não se excluem entre si: a primeira diz respeito à falta de uma das condições da ação, existência de uma omissão relevante no pleito judicial ou a comportamento contraditório – *venire contra factum proprium*; a segunda se refere ao desgaste da imagem da empresa acionada em uma causa sem chances de sucesso.

Sobre a primeira variante, a SG discorreu que a existência de argumentos e posições contraditórias e incompatíveis por parte dos autores, bem como a omissão de fatos relevantes no relato da matéria questionada podem ser considerados exemplos de ações consideradas sem objetivo. Isso não quer dizer que as ações possuam mentiras, mas

representam interpretações jurídicas desarrazoadas. Nesse contexto se insere o *venire contra factum proprium* e a possibilidade de simulação anticoncorrencial no Judiciário, a partir de omissões dolosas a respeito de fato que a parte conhece e sabe de sua relevância para o pleito, mas não o reporta. Nas palavras da Nota Técnica, “deste modo, ao contar várias meias verdades para um ou para vários juízes, é possível que o litigante retire do decisor a possibilidade de conhecer a extensão e as implicações concorrenciais de seu julgamento, podendo ser enganado pelas omissões relevantes do peticionário.”

Quanto à outra variante, a SG explica que o autor apenas simula possuir um direito para expor a imagem do concorrente ao ridículo ou causar-lhe aumento de custos processuais, pois sabe que não obterá provimento em seus pedidos.

Ao examinar o caso concreto, a SG analisou dois acordos que puseram fim a litígios da Ediouro com outras empresas do segmento – acordos que resultaram na saída das concorrentes do mercado. Para a SG, o pagamento feito pela Ediouro às Editoras Escala e Heavy Metal neste acordos representou claramente o preço de manutenção do monopólio.

Para a Superintendência-Geral tornou-se claro o intuito anti-concorrencial das ações e acordos judiciais promovidos pela Ediouro:

Assim, analisando os fatos narrados e o conjunto probatório trazidos aos autos, verifica-se que a Representada, tendo ajuizado ações cautelares e ordinárias cujo fundamento é, no mínimo, discutível, pode obter através do acordo firmado uma exclusividade à qual não tinha direito, excluindo concorrentes do mercado. A conduta perpetrada pela Representada, portando, foi capaz de gerar resultados notadamente deletérios ao mercado.

(...)

Nota-se um padrão no comportamento da Representada, que, a partir de fundamentos no mínimo questionáveis, promovia litígios contra seus concorrentes. Das referidas ações derivavam acordos judiciais de não-concorrência que cancelavam a saída de concorrentes do mercado, mediante pagamento. Tendo em vista não haver racionalidade na conduta referida, ficando patente o objetivo de que os concorrentes deixassem de contestar o domínio da Ediouro em um mercado no qual sua participação já era muito elevada, considera-se presente o interesse anticompetitivo da Representada. Nesse sentido, a Representada utilizou-se de acordos judiciais para obter fins ilícitos do ponto de vista concorrencial, posto que em dissonância com a Lei 12.529/2011.

Assim, em sua conclusão, a SG opinou pela condenação da Ediouro Publicações SA, nos termos dos incisos III, IV e V do art. 36, §3º, c/c art. 36, I, da Lei 12.529/2011.

O caso foi terminado com a celebração de um Termo de Cessação de Conduta, com a imposição de multa à Editora, homologado pelo Tribunal do CADE em sua 89ª Sessão.

O grande mérito do estudo deste caso para a compreensão do *sham litigation* no Brasil é perceber que a mera importação dos conceitos estrangeiros não é aceitável, pois a análise das condutas deve ser casuística, tendo sempre como norte a proteção constitucional da livre concorrência e livre iniciativa.

9. Considerações sobre o posicionamento do CADE

Pode-se identificar que o CADE entende sim que o abuso de direito de petição pode ser considerado um ilícito antitruste sob os auspícios da Lei 12.529/2011. Isso se justifica porque atos sob qualquer forma manifestados constituem infração à ordem econômica, desde que produzam – ou possam produzir – os efeitos elencados no art. 36 da Lei Antitruste. Assim, se o abuso de direito de petição e de ação produzir (ou tiver o potencial de produzir) algum dos efeitos, configurar-se-á a infração concorrencial.

Ainda que os julgamentos do CADE a respeito da matéria sejam poucos, percebe-se que os Conselheiros se preocuparam em não apenas importar um instituto estrangeiro para o ordenamento brasileiro, mas adaptá-lo à realidade pátria. O Conselho procurou analisar cada caso de maneira singular: se às vezes se utilizou do *Teste PRE* ou outros requisitos consagrados pela jurisprudência estrangeira, não se esgotou aí a análise. Entende-se que esta é a melhor escolha por parte do Conselho, visto que o ordenamento brasileiro possui muitas particularidades, de forma que se prender a uma forma pré-estabelecida no direito estrangeiro poderia resultar em muitas infrações passando ilesas pelo crivo do Conselho. Não se trata de mero transplante jurídico.

O Conselho, em suas análises, tomou o cuidado de também adotar como norte os princípios basilares da livre concorrência e livre iniciativa ao ponderar sobre os feitos, a fim de consagrar o texto constitucional. Deve-se ter em mente que o art. 36 da Lei 12.529/2011 define como infração econômica qualquer ato que tenha como objetivo produzir efeitos anticompetitivos, ainda que tais objetivos não sejam alcançados. Dessa maneira, pode-se dizer que no Brasil utiliza-se uma definição *lato* do *sham litigation*, pois o fenômeno se caracteriza a partir do uso impróprio dos tribunais e procedimentos judicantes para atingir fins anticoncorrenciais.

Portanto, em que pese ainda existirem opiniões divergentes no âmbito do Conselho acerca do *sham litigation*, a repressão aos mais diversos ilícitos concorrenciais

é de grande importância para a realização dos objetivos da República. O CADE exerce papel exemplar para a concretização de tais fins, coibindo os abusos de poder econômico, aplicando multas que desempenham tanto uma função punitiva como uma função exemplificativa para os outros agentes econômicos. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica hoje exerce papel de protagonista no cenário jurídico, com decisões que afetam diretamente o bem-estar da população e desenvolvimento do país.

10. Referências Bibliográficas

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its practice. 2nd Ed. St. Paul: West Group, 1999.

HOVENKAMP, Herbert. The Antitrust Enterprise: Principle and Execution. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

KLEIN, Christopher C. The Economics of Sham Litigation: theory, cases and policy. 1989.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In.: Revista dos Tribunais, v. 885, ano 98, São Paulo, jul./2009, p. 49-68.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil – Nova Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHMIDT, Jeffrey *et al.* The Noerr-Pennington Doctrine. American Bar Association, 2009.

STOCO, Rui. Abuso do direito e má-fé processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation*: do abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrencias. 228 p. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2014.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). In.: Revista de Processo, ano 34, n. 177, nov./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 153-183.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Interpretação e aplicação dos critérios para fixação das multas às infrações econômicas

Doshin Watanabe¹⁷⁴

RESUMO

O presente artigo analisará os principais aspectos relativos à aplicação dos critérios do art. 45 da Lei 12.529/2011 para a fixação de penalidades pecuniárias pelo CADE. Fundamenta-se nas considerações doutrinárias e principalmente na casuística adotada pelos conselheiros na jurisprudência dos processos administrativos relativos aos cartéis mais emblemáticos e em que foram aplicadas as maiores multas. Começa definindo os contornos legais da sanção de multa, em seguida analisa os dois principais métodos para interpretar o conjunto de critérios do artigo 45 e faz a interpretação pormenorizada de todos os incisos desse dispositivo e dos demais parâmetros extraídos de decisões condenatórias do CADE. Por fim, conclui que: (i) o método de interpretação do direito penal econômico não é o mais adequado ao sistema antitruste brasileiro; (ii) é comum que cada critério ora se configure como agravante e ora como atenuante; (iii) o rol do art. 45 não é taxativo.

Palavras-chave: Multas; Penalidade pecuniária; Interpretação; Aplicação; Critérios; Métodos; Artigo 45; Lei 12.529/2011; CADE.

ABSTRACT

This article analyzes the main aspects related to the application of the criteria presented by the 45th article of Brazilian Law number 12.529/2011 for the establishment of pecuniary penalties by CADE. The following text is based on the legal doctrinal considerations and especially on the casuistry adopted by the counselors of CADE in the jurisprudence of the administrative processes related to the most emblematic cartels and on which the highest fines were imposed. It begins by defining the legal contours of the fine penalty. Then it analyzes the two main methods to interpret the set of criteria of the 45th article and makes a detailed interpretation of its aspects and the other parameters extracted from CADE's condemnatory decisions. Finally, it concludes that: (i) the method of interpretation of economic criminal law is not the most appropriate for the Brazilian antitrust system; (ii) it is common for each criterion to be both aggravating and sometimes mitigating; (iii) the list of the 45th article is not exhaustive.

Keywords: Fines; Penalty; Pecuniary; Interpretation; Application; Criteria; Methods; Article 45; Law 12.529/2011; CADE.

Classificação JEL: K21

¹⁷⁴ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-graduando em Processo Civil no Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Ex-participante da 37ª edição do Programa de Intercâmbio do CADE (PINCADE, 2017). Advogado em Justen, Pereira, Oliveira e Talamini – Sociedade de Advogados.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A penalidade pecuniária (artigo 37 da Lei 12.529/2011). 3. Os dois principais métodos de aplicação dos critérios para fixação das multas. 3.1. Método multifásico – linha interpretativa do Direito Penal Econômico. 3.2. Método monofásico – linha interpretativa do Direito Concorrencial Autônomo. 4. Exegese dos critérios para fixação das multas (artigo 45 da Lei 12.529/2011). 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A aplicação de multas é o principal instrumento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para punir as infrações econômicas, ao lado das soluções negociadas via Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação (TCC).

Nesse contexto e levando em consideração o aumento generalizado das multas aplicadas pelo CADE em ilícitos anticoncorrenciais¹⁷⁵, a necessidade de respeito às garantias dos investigados ganha categórica importância, em especial a tutela ao exercício da ampla defesa e à efetivação do contraditório pleno (corolários do devido processo legal - art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal).

Além desses dois direitos essenciais, a razoabilidade e proporcionalidade (mandamentos constitucionais expressamente positivados no artigo 2º da Lei 9.784/1999) também se destacam como parâmetros de observância obrigatória na estipulação da sanção aos agentes infratores.

Tais garantias só serão substancialmente efetivadas através de um processo administrativo sancionador que assegure certo grau de previsibilidade para o investigado. E esse objetivo se aperfeiçoa na medida em que a punição é orientada por critérios objetivos, certos, isonômicos e previamente definidos, sempre de forma transparente.

Trata-se de lição clássica, extraída da teoria geral do direito penal e baseada no princípio da legalidade (artigo 5º, inc. XXXIX da CF), com diretrizes que incidem perfeitamente tanto ao processo administrativo sancionador em geral como para o

¹⁷⁵ Enquanto nos anos de 2002 a 2004 o CADE aplicou, no total, multas por infrações econômicas (condutas) da ordem de 16,7 milhões de reais, as multas por condutas anticompetitivas, somente no ano de 2015, alcançaram o valor de 286,8 milhões de reais. Deste total, 179,7 milhões em condenações de cartéis. Isso significa que no decorrer de 11 anos o valor das multas aplicadas pelo CADE se tornou aproximadamente 15 vezes maior. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Relatórios de gestão dos exercícios de 2007 e 2015*. Brasília: março de 2008 e 2016.

processo administrativo moldado e vocacionado à punição das infrações do direito da concorrência.

Nesse sentido e com o escopo de aperfeiçoar a aplicação das multas, garantir a isonomia e aumentar a segurança jurídica dos investigados, autoridades antitruste como a Comissão Europeia já editaram e adotaram cartilhas de orientações como forma de autorregular e autolimitar a sua própria discricionariedade na fixação das multas¹⁷⁶.

O CADE não possui nenhuma normativa ou documento oficial que oriente ou vincule os conselheiros nesse sentido, no momento da prolação das decisões condenatórias¹⁷⁷. Não obstante, a individualização e a dosimetria na estipulação da pena são enumeradas expressamente como requisitos obrigatórios da estrutura das decisões do Tribunal Administrativo (art. 161, inc. III do Regimento Interno do CADE).

Em princípio, admite-se que há certa margem de discricionariedade (técnica ou não¹⁷⁸) para que o CADE fixe a multa entre os patamares mínimos e máximos indicados na lei.

Isso porque certo grau de oportunidade e conveniência está intimamente relacionado à atribuição institucional de conduzir uma política de defesa da concorrência, cujo pilar intrínseco consiste em poder avaliar qual grau de deterrência deve ser imprimido às infrações antitruste, através das multas¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Orientações para o cálculo das multas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento(CE) n.º 1/2003*. Jornal Oficial n.º C 210/2 de 01/09/2006. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC0901(01)&from=EN)>.

¹⁷⁷ É onde se encontra a maior dificuldade na sistematização da dosimetria das multas: os critérios do art. 45 da Lei 12.529/2011 ficam circunscritos à subjetividade do julgador, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial. O Regimento Interno do CADE não traz solução para essa abertura da lei às interpretações flexíveis e assistemáticas.

¹⁷⁸ Reputa-se que a discussão sobre a existência e aplicabilidade do conceito de discricionariedade técnica extrapola o escopo deste artigo, que prioriza uma abordagem mais prática do que teórica. Para maior aprofundamento, cf. PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

¹⁷⁹ Nesse sentido já se pronunciou a doutrina europeia: “O fato de a Comissão [autoridade antitruste], no passado, ter imposto multas fixadas em valor específico para certas categorias de infrações não pode impedi-la de passar a fixar as multas em um nível mais elevado, se considerar isso necessário para assegurar a aplicação efetiva da política de concorrência. A Comissão pode, a qualquer momento, ajustar o nível das multas se a aplicação adequada das regras concorrenciais assim o exigir, uma vez que isso se justifica pelo objetivo da prevenção geral” (tradução livre do inglês: “Accordingly, the fact that the Commission in the past has imposed fines set at a specific level for certain categories of infringements cannot prevent it from setting fines at a higher level, if raising penalties is deemed necessary in order to ensure implementation of competition policy. The Commission may at any time adjust the level of fines, if proper application of the competition rules so requires, since it may then be regarded as justified by the objective of general prevention.”). PAZ, José Carlos L. de. *Understanding the limits of judicial review in European competition law*. *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 2, No. 1 (2014), p. 220.

Inobstante, essa margem de discricionariedade não deve ser confundida (ou subvertida) e se transformar em arbitrariedades e violações da legalidade em sentido amplo.

Por isso, reputa-se fundamental traçar algumas linhas gerais acerca da metodologia de aplicação das multas, bem como sobre a forma como cada critério do art. 45 da Lei 12.529/2011 é interpretado pela doutrina jurídica e pela jurisprudência do CADE.

Para esse fim, a seleção de julgados em análise foi orientada por um norte específico: buscou-se analisar os casos envolvendo os cartéis mais emblemáticos e os que foram sancionados com as multas mais elevadas até o momento.

Esses foram os critérios qualitativos escolhidos para a análise por amostragem.

Em cada um dos casos selecionados houve análise minuciosa da fundamentação adotada pelos conselheiros na aplicação do artigo 45.

Adiante, buscar-se-á contextualizar, expor o fundamento legal e verticalizar as características da penalidade pecuniária (multa) como a principal sanção aplicada pelo CADE. Em seguida, será feita a exposição dos dois principais métodos de interpretação do artigo 45.

Por fim, realiza-se a exegese e a sistematização dos critérios adotados pelo CADE, sempre com o objetivo de precisar o conteúdo das expressões e conceitos contidos em cada fator de fixação da multa.

Como alguns incisos veiculam hipóteses demasiado genéricas, reputa-se que essa tarefa interpretativa esclarecerá o âmbito de incidência de alguns critérios que contêm conceitos jurídicos indeterminados¹⁸⁰, tornando a sua aplicação mais concreta e delimitada para os operadores do direito antitruste.

2. A penalidade pecuniária (artigo 37 da Lei 12.529/2011)

As penalidades aplicáveis em razão da prática das infrações do artigo 36 da Lei estão concentradas nos artigos 37 e 38¹⁸¹ da Lei 12.529/2011.

¹⁸⁰ “Quando a lei adota um conceito jurídico indeterminado, visa a produzir uma solução que seja adaptável à realidade e suscetível de controle. Isso decorre de que o conceito jurídico indeterminado é determinável, para utilizar a expressão de Eros Grau. A possibilidade de determinação do conteúdo do conceito é o instrumento de controle sobre a escolha do aplicador”. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2015, p. 236.

¹⁸¹ O artigo 38 trata das chamadas sanções alternativas, que consistem em: (i) veiculação de extrato da decisão condenatória em jornal; (ii) proibição de participar em licitações e contratar com instituições

Como decorrência do escopo do presente artigo, a análise estará circunscrita à penalidade pecuniária (art. 37). Afinal, trata-se da medida mais tradicional e usual de repressão às infrações antitruste¹⁸², de aplicação predominante tanto no âmbito do CADE como em outros órgãos internacionais¹⁸³.

Reconhecer sua prevalência não implica afirmar que as outras medidas sejam inócuas. Ao contrário, muitas das penalidades alternativas têm maior potencial repressivo, podendo causar até mesmo a bancarrota do infrator – é o caso da proibição de exercer o comércio e participar de licitações. No entanto, o histórico jurisprudencial do CADE traz poucos casos em que essas sanções alternativas tenham sido efetivamente aplicadas¹⁸⁴, com exceção da penalidade de publicação de extrato da decisão em jornal.

Ademais, as multas previstas nos artigos 39 a 44 da lei não serão analisadas neste trabalho, pois estão ligadas a infrações secundárias e servem principalmente para coagir os investigados ao cumprimento das obrigações impostas no decorrer do processo administrativo, bem como puni-los pelo descumprimento de medidas preventivas, termos de compromisso de cessação (TCC) e pela inobservância de deveres de informação.

financeiras oficiais, em todos os níveis da federação; (iii) inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iv) recomendações para concessão de licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator e a não concessão de benefícios tributários; (v) imposição de medidas de reestruturação societárias e determinação de cessação parcial da atividade empresarial; (vi) proibição de exercer comércio; (vii) outros atos ou providências, necessários para eliminação dos efeitos negativos à concorrência e que não estejam previstos nos demais incisos do rol.

¹⁸² Esse papel fundamental e importância ímpar da multa decorrem de dois atributos. Primeiro, a praticidade que advém de sua natureza pecuniária: a multa, ao contrário das sanções alternativas do artigo 38, não demanda a adoção de maiores providências para sua execução – definido seu valor, é feita a cobrança. Segundo, a sua imediatividade: a multa gera impacto econômico imediatamente aferível para quem pratica o ilícito. Com isso, neutraliza o lucro ilicitamente auferido ao mesmo tempo em que desestimula a prática de novos ilícitos (contanto que seu valor supere a vantagem obtida pelo infrator).

¹⁸³ A aplicação de multas é reconhecida como o principal instrumento de execução da política concorrencial no âmbito da União Europeia: “*Em última análise, o poder de impor multas pode ser considerado um meio conferido à Comissão Europeia para executar uma política concorrencial de caráter geral*” (tradução livre do inglês: “*Ultimately, the power to impose fines can be regarded as a means conferred on the Commission to carry out a general competition policy*”). PAZ, José Carlos L. de. Cit., p. 204.

¹⁸⁴ Essa timidez provavelmente é resultado da maior dificuldade de adequação dessas medidas ao crivo da proporcionalidade. Enquanto a multa tem seus parâmetros definidos no artigo 37, as demais sanções têm critérios de aplicação menos tangíveis. Além disso, as sanções não pecuniárias são mais graves e exigem motivação distinta para sua aplicação: “*A imposição de penalidades pecuniárias decorre da configuração do ilícito concorrencial. As sanções não pecuniárias descritas no artigo 38 representam punição adicional ao infrator e são permitidas apenas quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral. Necessário, portanto, que a motivação do ato administrativo que determinar tais sanções seja distinta e mais grave que as razões que fundamentaram as penalidades pecuniárias descritas no artigo 37.*” FARACO, Alexandre Ditzel; MARTINEZ, Ana Paula; JASPER, Eric Hadmann. *Sanções não pecuniárias por infrações contra a ordem econômica*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 9-40, abr./jun. 2014.

Feitas essas considerações a respeito do enfoque do tema a ser abordado, passamos a analisar o artigo 37 da Lei 12.529/2011, onde está prevista a aplicação da penalidade pecuniária pela prática do ilícito antitruste:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento)¹⁸⁵ do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; (destaques e grifos nossos)

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.¹⁸⁶

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

Em síntese, verifica-se que a sanção pecuniária pode ser aplicada: (i) à empresa que praticou a infração; (ii) para as demais pessoas físicas ou jurídicas que, embora não desenvolvam atividade empresarial, tenham contribuído e sejam responsáveis pela prática da infração (independentemente da natureza jurídica e regime jurídico da entidade

¹⁸⁵ O antigo artigo 23, inciso I da Lei 8.884/94 (que previa multa de até 30% do faturamento bruto no último exercício, excluídos os impostos), foi questionado no âmbito da ADIN n.º 1094-8. Na ocasião, alegou-se que a multa no percentual de 30% teria caráter confiscatório. O argumento foi rejeitado pelo STF em sede de análise liminar. Reputa-se que isso prejudica (por ora) qualquer alegação de inconstitucionalidade do percentual máximo previsto no dispositivo equivalente da lei vigente.

¹⁸⁶ Eduardo Reale Ferrari e Dalton Tria Cusciano, ao analisar o artigo equivalente da lei antitruste anterior (artigo 23, inciso II, Lei 8.884/94) que previa multa de 10 a 50% do valor da multa aplicada à empresa, consignaram que aquele dispositivo teria caráter confiscatório. Destacaram que nem sempre o “administrador” será o chefe executivo ou diretor geral da empresa, mas pode ser um mero funcionário de escalão comercial. Nesta última hipótese, entendem que a aplicação da multa nesses patamares seria confiscatória. Defendem ainda que a vinculação entre a multa da empresa e a do administrador viola a proporcionalidade e a individualização da pena. Cf. FERRARI, Eduardo R.; CUSCIANO, Dalton T. *A multa administrativa antitruste e a sua natureza de confisco pessoal*. Revista do IBRAC. São Paulo, vol. 16/2009, jan. 2009, p. 273 – 288. Reputa-se que essa reflexão ainda merece atenção, embora a Lei 12.529/2011 tenha readequado os parâmetros aplicáveis ao administrador e flexibilizado a dosimetria da pena.

responsável pela prática do ilícito); (iii) para o administrador vinculado à empresa ou à entidade não empresarial responsável pela infração, desde que comprovada culpa ou dolo.

Os dois parágrafos do dispositivo acima transcrito trazem as hipóteses: (i) da multa em dobro para os casos de reincidência e (ii) da multa calculada com base no faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando indisponível o valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.

Merece especial destaque a parte final do inciso I. Ao dispor que a multa aplicada para empresa infratora “*nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação*”, constata-se que essa baliza realça a vedação ao enriquecimento ilícito. Esse é seu escopo mais imediato. Ou seja, o principal objetivo desse comando consiste em impedir que a infração (especialmente o cartel) se torne um “negócio lucrativo”.

Se as multas aplicadas forem menores que a vantagem auferida, é evidente (sob o ponto de vista do comportamento econômico racional) que os agentes econômicos serão incentivados à prática do ilícito¹⁸⁷, desde que isso também seja viável na estrutura do mercado relevante.

Isso porque é inevitável que o potencial infrator aja estrategicamente e coloque na balança os potenciais lucros do cartel frente à probabilidade de ser capturado e condenado.

Esse raciocínio pode ser expresso pela seguinte fórmula (meramente ilustrativa):

$$I (\text{incentivo à prática do cartel}) = E (\text{estrutura do mercado}) + [L(1-P) - M P]$$

I = variável de incentivo para a prática do cartel;

E = variável da estrutura do mercado

L = lucros previstos para o cartel; $L > 0$

P = probabilidade de descoberta e condenação¹⁸⁸; $0 < P < 1$

¹⁸⁷ Alerta feito de forma categórica na obra de João Bosco Leopoldino da Fonseca: “As penas não poderiam ser leves, porque, se o fossem, seriam um incentivo para descumprir a lei: seria mais interessante pagar as multas (se suaves) e continuar infringindo a lei.” LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Lei de proteção da concorrência (Comentários à Legislação Antitruste). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 277. No mesmo sentido: “(...) a multa não pode ser inferior à vantagem auferida, (...) sob pena de se anular o efeito repressivo que deve ter a aplicação da lei de defesa da concorrência em matéria de controle de condutas.” ANDERS, Eduardo C.; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 151-152.

¹⁸⁸ “A teoria econômica sugere que apenas 10 a 33% dos cartéis ilegais são capturados. Connor e Lande (2006) citam várias pesquisas que indicam probabilidades de detecção entre 10 e 33 por cento. Uma pesquisa feita por Combe et al. (2008) para o mercado europeu resultou em probabilidades entre 12,9 e 13,3 por cento.” (tradução livre do inglês: “Economic theory suggest that only 10-33 percent of illegal cartels are caught. Connor and Lande (2006) cite several surveys that state probabilities of detection between 10 and 33 percent. A survey by Combe et al. (2008) for the European Market results in probabilities between

M = multa aplicável; M > 0

Como a lei não impõe nenhum tipo de multa adicional para fins de desestímulo, nada impede que a multa seja equivalente à vantagem auferida (não haveria ilegalidade).

Não obstante, o raciocínio aqui desenvolvido revela que nesse caso os infratores não seriam desestimulados à prática do cartel. Afinal, é faticamente impossível que a probabilidade de descoberta e condenação do cartel alcance 100%, pois as autoridades antitruste não são oniscientes.

Desse modo, a variável “*P*” sempre potencializará os lucros ilícitos (*L*), e consequentemente o incentivo do agente econômico à prática do ilícito (*I*). Assim, constata-se que o efeito dissuasório¹⁸⁹ não é alcançado tão somente com a vedação à fixação da multa em valor inferior à vantagem auferida (artigo 37, inc. I). Esse é um aspecto crucial (e talvez o mais controvertido¹⁹⁰) no sistema de fixação de multas delineado pela Lei 12.529/2011. Atentos a essa problemática¹⁹¹, outros sistemas antitrustes já desenvolveram alguns mecanismos para assegurar o efeito dissuasório no momento de fixação das multas.

12.9 and 13.3 percent”). SMUDA, Florian. Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law. ZEW - Centre for European Economic Research, Discussion Paper No. 12-050, 2012.

¹⁸⁹ Livre tradução da expressão “*deterrent effect*”, utilizada com frequência pela doutrina antitruste internacional.

¹⁹⁰ Durante a gratificante experiência do autor deste artigo como intercambista da 37ª edição do Programa de Intercâmbio do CADE (PINCADE), foram especialmente marcantes as considerações feitas pelos Conselheiros nas sessões de julgamento a respeito da dificuldade em estimar, calcular e dar concreção à “*vantagem auferida*” do artigo 37, inciso I. A problemática surge principalmente em razão: (i) da ausência de consenso sobre qual valor refletiria com precisão eventual vantagem auferida e (ii) da fluidez e imprecisão dos valores eventualmente obtidos, que variam a depender do instrumental econômico adotado para calcular esse montante. Vale mencionar também que a cogência desse comando pode ser posta em xeque ao considerarmos os contornos do termo de compromisso de cessação, cujos valores, a serem pagos pelo investigado interessado na sua celebração, são fixados e aceitos por “*juízo de conveniência e oportunidade*” (artigo 85 da Lei 12.529/2011).

¹⁹¹ Essa mesma dificuldade já foi externada pela International Competition Network (ICN), entidade que agrega diversas autoridades antitruste em nível global: “*A fim de alcançar uma dissuasão eficaz e supondo que as sanções pecuniárias são as únicas sanções disponíveis, teoricamente o montante total dessas sanções deve ser superior ao lucro adicional obtido pelo cartel multiplicado pela probabilidade de detecção. No entanto, o primeiro desses dois elementos é difícil de calcular, e para o segundo só existem estimativas cuja correspondência com a realidade é impossível de verificar*”. (livre tradução do inglês: “*In order to achieve effective deterrence and supposing that pecuniary sanctions are the only sanctions available, in theory the total amount of such sanctions should be more than the excess profit achieved by the cartel multiplied by the likelihood of detection. However, the first of these amounts is difficult to calculate, and for the second only estimates exist whose correspondence with reality is impossible to ascertain*”). INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions: report to the 7th ICN Annual Conference*. Kyoto: april 2008, p. 5. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>>.

A título de exemplo, podemos citar a cartilha de orientações editada pela União Europeia para sistematizar o método de fixação das multas antitruste (Guidelines on the method of setting fines, 2006).

Nela está previsto expressamente que a autoridade antitruste (Comissão Europeia) deverá adicionar entre 15 e 25% no montante base da multa, com a específica finalidade¹⁹² de “dissuadir as empresas de participarem até mesmo em acordos horizontais de fixação de preços, de repartição de mercado e de limitação de produção”¹⁹³.

Com isso, percebe-se que as legislações e autoridades antitruste enxergam o efeito dissuasório como o principal objetivo de uma política efetiva de combate aos cartéis.

Apesar disso, estudos econômicos vêm apontando que os instrumentos comumente aplicados para imprimir efeito dissuasório às multas não têm sido suficientes para desincentivar os atos colusivos, mesmo em sistemas com diretrizes mais estruturadas e consolidadas¹⁹⁴.

¹⁹² Ao analisar todos os passos previstos nesse regramento para o cálculo da multa, Damien Geradin destaca a finalidade específica desse adicional, intitulado “*taxa de entrada*” (“*entry fee*”): “*No cálculo da multa, a Comissão pode acrescentar um montante suplementar ao montante variável: os dois elementos constituem, em conjunto, o montante base. Esse montante extra é definido entre 15% e 25% do valor das vendas e é conhecido como a ‘taxa de entrada’.* Seu objetivo principal é dissuadir as empresas de até mesmo cogitar em ingressar no comportamento ilegal (ou seja, impedindo-as de praticar o ilícito “para ver o que acontece”). A ‘taxa de entrada’ não é multiplicada pelo número de anos de participação na infração. É comumente aplicada aos participantes de cartéis hardcore.” [tradução livre do inglês: “*When calculating the fine, the Commission can add an extra sum to the variable amount: the two components together form the basic amount. This extra sum is set between 15% and 25% of the value of sales and is known as the ‘entry fee’.* Its main purpose is to deter undertakings from even entering into illegal behaviour (i.e., preventing them from participating “to try and see”). The “entry fee” is not multiplied by the number of years of participation in the infringement. It is commonly imposed on hardcore cartel participants.”]. GERADIN, Damien. *The EU Competition Law Fining System: a reassessment*. Discussion Paper, Tilburg Law and Economics Center, October 2011, p. 9-10.

¹⁹³ Cf. ponto 25 da Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (versão em Português/PT).

¹⁹⁴ Estudo econométrico realizado por Florian Smuda sobre o sobrepreço dos cartéis e as respectivas multas aplicadas pela Comissão Europeia constatou que dois (2) em cada três (3) cartéis multados acabaram sendo lucrativos. Ao final, o autor concluiu pela ausência de efeito dissuasório nas multas aplicadas: “*A evidência empírica sugere que o atual nível das multas das diretrizes da UE é muito baixo para impedir eficazmente as empresas de praticarem cartéis. As sanções do cartel devem se basear no princípio da dissuasão, o que implica que as penas esperadas devem superar os ganhos provenientes da fixação dos preços. Considerando as informações sobre os níveis de sobrepreço, a duração dos cartéis ilegais e recentes na Europa, e a probabilidade de descoberta extraída de diversas fontes, chegamos à conclusão de que não é isso o que acontece. Por conseguinte, não é possível obter uma dissuasão eficaz com o nível atual das multas, o que sugere a necessidade de futuros ajustes nas diretrizes da UE.*” (tradução livre do inglês: “*empirical evidence suggests that the current existing fine level of the EU Guidelines is too low in order to effectively prevent firms from cartel participation. Cartel sanctions should be based on the principle of deterrence, implying that expected punishments should outweigh the gains from price-fixing. With given information on overcharge levels and cartel durations of recent illegal cartels in Europe and results on the probability of detection from other sources we come to the conclusion that this is not the case. Hence, effective deterrence is not achievable with the current level of fines, suggesting further adjustments of the European Guidelines*”). SMUDA, Florian. Cit, p. 20-22.

Diante dessa dificuldade, o comando contido na parte final do inciso I do artigo 37 (vedando multa em valor inferior à vantagem auferida pelo infrator) e os critérios do artigo 45 da lei são fundamentais para avaliarmos a efetividade, legitimidade e proporcionalidade das multas aplicadas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

3. Os dois principais métodos de aplicação dos critérios para fixação das multas

Existem dois principais métodos extraídos da doutrina e da jurisprudência do CADE que orientam a dosimetria das multas e a forma pela qual os critérios do artigo 45 são analisados.

3.1. Método multifásico – linha interpretativa do Direito Penal Econômico

O primeiro método enxerga os critérios do art. 45 sob a ótica do direito penal econômico¹⁹⁵. A principal característica desse método consiste no cálculo da pena por fases, partindo de um mínimo legal para em seguida analisar as agravantes e atenuantes. Além disso, a interpretação penalista traz consigo; (i) a rigidez na interpretação do tipo e (ii) a rejeição da aplicação analógica.

Representando essa linha interpretativa, afirma FRANCESCHINI (1985, p. 328):

“Cumpro, portanto, na exegese dos dispositivos legais antitruste, examiná-los sob o prisma da hermenêutica das normas penais, caracterizada pela rigidez de interpretação do tipo e pela inadmissibilidade da aplicação analógica, sem que tal implique em interpretações canhestras e literais (...)”¹⁹⁶

No âmbito do CADE, essa perspectiva se revela principalmente nos julgados que calcularam a multa por fases¹⁹⁷. Nesse método, aplica-se a pena base para em seguida aumentar ou reduzir gradativamente a multa para cada agravante ou atenuante contabilizada. Muitas vezes, parte-se do mínimo legal e se atribui um percentual fixo e

¹⁹⁵ As raízes dessa perspectiva no sistema brasileiro estão centradas nas teorizações do jurista José Inácio Franceschini, que defende uma hermenêutica penalista das normas concorrenciais punitivas.

¹⁹⁶ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: alguns aspectos*. Brasília: R. inf. legisl., a. 22, n. 88, out/dez de 1985, p. 328.

¹⁹⁷ Cf. CADE. Voto do Conselheiro Relator Luís Fernando Rigato. PA 53500.003888-2001 (Cartel da TV por Assinatura). Proferido em 24/08/2005, fls. 48-50; Voto do Conselheiro Relator Carlos Emmanuel J. Ragazzo. PA 08012.004702/2004-77 (Cartel dos Peróxidos). Proferido em 09/05/2012, fls. 175-180; Voto do Conselheiro Relator Luiz Alberto Esteves. PA 08012.004086/2000-21 (Cartel dos Vergalhões de Aço). Proferido em 23/09/2005, fls. 29-31.

proporcional para cada critério de dosimetria da lei, até que se alcance o percentual máximo.

Ademais, esse mesmo método já foi utilizado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª região (TRF1) no julgamento da Apelação Cível n.º 2004.34.00.013282-7, de modo inverso, descontando-se proporcionalmente a multa aplicada¹⁹⁸ para cada agravante desconsiderada.

Nesse caso, a empresa foi condenada em processo administrativo do CADE ao pagamento de multa de 5% sobre o faturamento bruto (R\$ 24 milhões). Em relação à dosimetria da multa (era então vigente o artigo 27 da Lei 8.884/94), o conselheiro relator identificou sete (7) agravantes: (i) gravidade da infração; (ii) ausência de boa-fé; (iii) existência de vantagem para o infrator; (iv) consumação da infração; (v) elevado grau de lesão ao mercado, à concorrência e aos consumidores; (vi) efeitos negativos no mercado e (vii) elevado poder de mercado do infrator (situação econômica privilegiada).

O TRF1, reformando o entendimento do CADE, reputou não ter havido a configuração das seguintes agravantes: (i) má-fé do infrator (art. 27, inc. II), pois não teria sido comprovada a má-fé e a prática da infração por si só não seria suficiente para afastar a boa-fé; (ii) vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (art. 27, inc. III); e (iii) efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (art. 27, inc. VI), pois não teriam sido demonstrados nos autos.

Confira-se o método interpretativo que foi utilizado pelo relator da Apelação (fixação da pena por fases), extraível com precisão de seu voto:

Assim concluo que foram equivocadamente consideradas, na dosimetria da pena, as agravantes previstas nos incisos II, III e VI do artigo 27 da Lei 8.884/94. As demais causas de agravamento da pena estão demonstradas, de modo que considero que [sic] razoável e proporcional ao ato de violação da concorrência a fixação da pena de multa no percentual correspondente a 2,85% do faturamento bruto anual da empresa, a partir da exclusão de três das sete agravantes consideradas pelo CADE para fixação do valor da pena. Desse modo, a multa arbitrada em valor originário de R\$ 24.000.000,00 (vinte e quatro milhões de reais) deve ser reduzida para o montante de R\$ 13.680.000,00 (treze milhões seiscentos e oitenta mil), em valores de 26.06.2002.

Em suma, houve exclusão de três (3) das sete (7) agravantes identificadas pelo CADE, com redução proporcional do percentual da multa de 5% para 2,85% (4/7) do

¹⁹⁸ Cf. TRF1. Apelação Cível n.º 2004.34.00.013282-7. Juiz relator convocado Rodrigo Navarro de Oliveira. Quarta Turma Suplementar. Julgado em 18/09/2012.

faturamento da empresa e readequação de seu valor, de R\$ 24 milhões para R\$13,68 milhões (uma diminuição de 43%).

Vale recordar que o cálculo mais conservador da vantagem auferida para esse caso de cartel, feito pelos conselheiros no julgamento do processo administrativo, tinha resultado no valor de R\$ 17,9 milhões¹⁹⁹.

Portanto, o relator da apelação no TRF1 incorreu em inequívoca contradição: ao revisar os critérios aplicados pelo CADE com o objetivo de controlar a legalidade da decisão, ignorou um comando específico da lei antitruste brasileira em relação à fixação das multas: “*a multa nunca será inferior à vantagem auferida*” (art. 37, inc. I da Lei 12.529/2011).

Ou seja, ao aplicar o método multifásico do direito penal econômico e reduzir proporcionalmente a multa para patamar inferior à vantagem auferida estimada, o julgador inadvertidamente proferiu uma decisão ilegal, passível de ação rescisória (art. 966, inciso V do CPC/15).

Ainda que se entenda que nesse caso o Judiciário não estava vinculado à estimativa do CADE, reputa-se que haveria necessidade ao menos da realização de uma perícia com a finalidade de aferir e estimar os lucros obtidos com a prática da infração (vantagem auferida pelo infrator).

Em suma, a análise pormenorizada desse método em um caso concreto submetido ao crivo do Judiciário ajuda a elucidar as peculiaridades dessa linha interpretativa do artigo 45.

3.2. Método monofásico – linha interpretativa do Direito Concorrencial Autônomo

Outro método, aqui denominado monofásico, envolve uma interpretação própria, autônoma e específica do direito concorrencial²⁰⁰ para fixação das multas. Busca-se levar em consideração as peculiaridades existentes no nosso diploma concorrencial e a interpretação do CADE. Isso implica em primeiro lugar em uma interpretação mais

¹⁹⁹ Cf. votos proferidos pelos conselheiros Celso Fernandes Campilongo, Thompson Andrade e Ronaldo Porto Macedo Júnior no PA 08000.022579/1997-05 (Cartel da White Martins).

²⁰⁰ Em relação à maior tecnicidade da perspectiva jurídica do direito concorrencial (como uma vertente do administrativo) na responsabilização das pessoas jurídicas: “*A diferença entre direito penal e direito administrativo, no campo do sancionamento das pessoas jurídicas, é que o último aceita tranquilamente tal situação, já possui técnicas adequadas a esse controle, ao passo que o primeiro possui larga e antiga tradição de repúdio a técnicas de responsabilização de ‘pessoas morais’ (...)*”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev., atual. e ampl., 2005, p. 142.

flexível (embora mais técnica), tanto da forma como as penas são calculadas como das circunstâncias do artigo 45.

Em vez de partir de uma pena base vinculada ao mínimo legal e em seguida analisar as agravantes e atenuantes para fixação da multa final, a jurisprudência do CADE revela que os conselheiros têm utilizado um método mais sincrético, pelo qual os critérios são analisados concomitantemente à fixação da pena base²⁰¹.

Ademais, a interpretação mais flexível dos critérios do artigo 45 também se coaduna melhor com a experiência antitruste. Como visto, o CADE e outros órgãos internacionais²⁰² têm adotado uma concepção mais abrangente dos critérios para fixação das multas, rejeitando a concepção penalista que tende a fixá-los de forma prévia e taxativa como agravantes ou atenuantes.

Sobre a aplicabilidade da taxatividade do direito penal no direito antitruste, são fundamentais as considerações perspicazes trazidas pelo jurista espanhol José Maria Baño LEON (1996, p. 6):

“A primeira dificuldade para estabelecer fatos penais que cumpram o princípio da taxatividade: o direito concorrencial tem, necessariamente, que se orientar por tipos de caráter normativo muito indeterminado; as noções de ‘abuso de posição dominante’ ou ‘prática concertada que limite a concorrência’ dificilmente ajudariam a fixar tipos penais que respondessem à máxima da ‘lex

²⁰¹ Cf. CADE. Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado. PA 08012.002127/02-14 (Cartel das Britas). Proferido em 13/07/2005, fl. 28; Voto do Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz. PA 08012.011027/2006-12 (Cartel de Cargas Aéreas). Proferido em 28/08/2013, fl. 186-188; Voto do Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo. PA 08012.000283/2006-66 (Cartel de Extração de Areia). Proferido em 17/12/2008, fl. 42-48; Voto do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis. PA 08012.011142.2006-79 (Cartel de Cimento). Proferido em 22/01/2014, fls. 143-150. Voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan. PA 08012.00988812003-70 (Cartel dos Gases). Proferido em 01/09/2010, fls. 113-119; Voto do Conselheiro Relator Thompson Andrade. PA 08012.004036.2001-24 (Cartel dos Postos e Sindicato de Lages/SC). Proferido em 23/07/2003, fls. 18-21; Voto do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques. PA 08012.003208.1999-85 (Cartel dos Postos e Sindicato de Pernambuco). Proferido em 02/06/2004, fls. 14-15; Voto do Relator Abraham Benzaquen Sicsú. PA 08012.001826.2003-10 (Cartel dos Vigilantes). Proferido em 19/09/2007, fls. 39-40.

²⁰² “O conceito de ‘montante base da multa’ não é comum a todas as jurisdições, uma vez que implica uma metodologia especificamente estruturada para a aplicação das multas. Especialmente em jurisdições onde a determinação final das multas é atribuição dos tribunais – como ocorre na Áustria, na Irlanda e no Canadá – mas também nas jurisdições em que as multas são fixadas pela autoridade antitruste – como na Noruega, não parece existir uma metodologia específica para fixação das multas; as multas são então determinadas com base em determinados fatores relevantes que não são considerados em uma ordem predeterminada, embora alguns possam ter peso maior no momento de sua aplicação”. (tradução livre do inglês: “The concept of basic amount of the fine is not common to all jurisdictions as it implies the application of a structured methodology for the application of fines. Especially in jurisdictions where the final determination of the fine is left for the courts – see, for example, Austria, Ireland and Canada – but also jurisdictions where fines are set by the Competition Authority – see for example Norway – there does not appear to exist any specific fining-setting methodology; fines are thus determined on the basis of certain relevant factors which are considered in no specific order, however some of them may play a bigger role”. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). Cit., p. 19.

certa'. O segundo inconveniente deriva das estritas razões de política criminal. (...) Nestas condições, o recurso ao 'ius puniendi' seria despropositado"²⁰³

Nessa linha, percebe-se que as autoridades antitrustes enxergam uma dupla feição dos parâmetros para fixação das penalidades pecuniárias, que só se materializam como agravante ou atenuante²⁰⁴ ao serem aplicados ao caso concreto, *i.e.*, através da casuística.

Portanto, a concepção taxativa do rol do artigo 45 é colocada em xeque pela própria riqueza jurisprudencial do CADE²⁰⁵.

A principal vantagem de um método próprio para cálculo das multas reside na sua adequação ao escopo específico das leis antitruste, que é ao mesmo tempo compensatório, punitivo e preventivo²⁰⁶.

Essa é a primeira particularidade que pode dificultar a aplicação do método penalista ao direito concorrencial, já que a utilização de uma pena base prejudica a percepção dos danos causados. Nesse mesmo sentido, Ronaldo Porto Macedo Júnior (ex-conselheiro do CADE) declarou com propriedade:

“Vale notar que estes balizamentos distinguem substancialmente as sanções antitruste das sanções penais, por exemplo, voltadas primordialmente para a análise da conduta subjetiva do agente. Entendo inadequada, assim, a metodologia de imposição de multas que parte do mínimo legal e sobre ele

²⁰³ LEON, José Maria Baño. *Potestades administrativas Y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*. Madrid, MacGraw-Hill, 1996, p. 06. Apud CAMPILONGO, Celso Fernandes. Processo Administrativo n.º 08000.022579.1997-05.

²⁰⁴ Confirma-se a sagaz observação de Damien Geradin a respeito do sistema europeu, igualmente válida para o artigo 45 da lei brasileira: “É comum que a ausência de fatores agravantes específicos seja considerada como fator atenuante e vice-versa. (...) As circunstâncias agravantes e atenuantes às vezes surgem como ‘lados diferentes da mesma moeda’ (...)” [tradução livre do inglês: “It is common that the absence of specific aggravating factors can be considered as mitigating factors and vice versa. (...) Aggravating and mitigating circumstances sometimes appear as ‘different sides of the same coin’ (...)”]. GERADIN, Damien. *The EU Competition Law Fining System: a reassessment*. Cit., p. 10.

²⁰⁵ De forma semelhante, a experiência da UE com a aplicação da sua cartilha de orientações (Guidelines) reforça a inadequação e a insuficiência de um rol taxativo: “Outros fatores agravantes não explicitamente mencionados nas Diretrizes da UE podem ser encontrados na prática decisória da Comissão, incluindo a consciência da ilicitude pela empresa, a importância do setor afetado, o caráter institucionalizado da infração ou a continuidade da conduta ilícita após a Comissão ter dado início à investigação” (tradução livre do inglês: “Other aggravating factors not explicitly mentioned in the Guidelines can be found in the Commission’s decisional practice, including a company’s awareness of the unlawfulness of the conduct, the importance of the industry affected, the institutionalized nature of the infringement, or the continuation of the conduct after the Commission opened its investigation”). Idem.

²⁰⁶ Escopo que, nas palavras de Fábio Medina Osório, implica menos garantias que o direito penal por ser mais vocacionado à tutela do interesse público e geral, ao contrário do direito criminal, que zela pelas garantias individuais: “Se é certo que o Direito Administrativo Sancionador possui garantias mais reduzidas que as do direito penal, em numerosos aspectos e de forma geral, isso se dá, fundamentalmente, porque seus objetivos estão intimamente vinculados à busca de interesses gerais e públicos, e porque suas vertentes são funcionalmente distintas em numerosos domínios, o que impede uma contaminação penalista inspirada exclusivamente por ‘la obsesión de las garantías individuales’ (...)”. OSÓRIO, Fábio Medina, Cit., p. 150.

Ressalta-se que esse posicionamento não é isento de críticas: sob outra perspectiva, a preocupação com as garantias pode ser o principal objetivo do “interesse geral e público”.

vai fazendo incidir as agravantes, pressupondo que o limite máximo somente deve ser aplicado quando presentes todas as circunstâncias hipoteticamente mais graves e que concretamente jamais se verificam. Este método, comum na Justiça Criminal, onde a responsabilidade individual está em questão, tem gerado a consequência da imposição de sanções quase sempre próximas do mínimo legal, em freqüente desatenção ao princípio da individualização da pena. No direito econômico sancionador este método é particularmente inadequado, por não levar em consideração os danos causados (...)²⁰⁷

A segunda é a especificidade do artigo 45 da lei, que se revela pela existência de parâmetros que são próprios da lei antitruste, quais sejam: (i) *a boa-fé*²⁰⁸ e (ii) *o grau de lesão e efeitos negativos causados à economia, à livre concorrência, aos consumidores e às relações de mercado*.

Por fim, vale destacar também que o artigo 115 da Lei 12.529/2011 não prevê a aplicação subsidiária de normas penais, somente das regras relativas ao processo civil (Código de Processo Civil) e administrativo (em especial a lei 9.784/99).

4. Exegese dos critérios para fixação das multas (artigo 45 da Lei 12.529/2011)

Os critérios para aplicação das penalidades estão previstos no artigo 45 da Lei 12.529/2011²⁰⁹. Esse dispositivo traz os parâmetros para que a autoridade antitruste defina os valores ou percentuais das multas do artigo 37 (acima analisado), fixando um patamar entre os mínimos e máximos previstos nas hipóteses dos incisos desse dispositivo²¹⁰.

Trata-se de um rol de 8 critérios, contendo 3 elementos subjetivos (que dependem precipuamente da avaliação do julgador) e 5 elementos objetivos (hipótese de incidência imediatamente identificável)²¹¹.

Os elementos subjetivos são: (i) gravidade da infração (art. 45, inc. I); (ii) boa-fé do infrator (art. 45, inc. II); (iii) situação econômica do infrator (art. 45, inc. VII).

²⁰⁷ Cf. voto do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no PA n.º 08000.022579/1997-05. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev. e atual., 2013, p. 232.

²⁰⁸ A menção a um elemento heterogêneo como a boa-fé (típica do direito civil) é mais um indicativo de que as sanções antitrustes não se confundem com as penais.

²⁰⁹ Esse elenco de critérios é mera repetição do art. 27 da Lei 8.884/94. Logo, não houve inovação da nova lei nesse ponto.

²¹⁰ A respeito da aplicabilidade dos critérios ser restrita ao artigo 37: “As regras sugeridas atentam-se tão somente à aplicabilidade de penas pecuniárias em casos de condenação contra a ordem econômica. Isto é, às normas contidas do art. 37, incisos I e II da Lei.” Cf. ANDERS, Eduardo C.; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). Cit, p. 181.

²¹¹ Sobre a divisão em critérios objetivos e subjetivos, cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Cit., p. 281.

Os elementos objetivos são: (ii) vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (art. 45, inc. III); (iii) a consumação ou não da infração (art. 45, inc. IV); (iv) o grau de lesão e efeitos negativos causados à economia, à livre concorrência, aos consumidores e às relações de mercado em geral (art. 45, inc. V e VI); (v) a reincidência (art. 45, inc. VIII).

Apesar de alguns doutrinadores como Gesner Oliveira e João Grandino Rodas consignarem que o rol é taxativo²¹², nada impede que o intérprete (CADE e Judiciário) considere ou incorpore outros elementos nessa lista.

Como mencionado anteriormente, a lei não veda a criação e adoção de novos critérios, o que até seria uma contrariedade ao princípio da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI da CF). Ademais e como se verá adiante, a jurisprudência do CADE não se limita aos critérios elencados pelo artigo 45.

Em princípio, não foram localizadas nas origens da lei antitruste brasileira razões específicas que esclareçam a redação do artigo 45 e os conceitos utilizados em seus critérios, justificando a sua previsão no sistema brasileiro. Sabe-se tão somente que sua concepção foi inspirada nas legislações antitruste norte-americana, europeia e japonesa.

É o que se extrai da análise da origem do antigo artigo 27 da Lei 8.884/94 (de redação idêntica a do atual artigo 45) nos trâmites do Projeto de Lei n.º 3712/93. Percebe-se que sua redação final resultou de substitutivo de influências diversas, de um conjunto fruto de entendimento entre partidos do Congresso²¹³ que foram orientados por diversos juristas e economistas.

4.1. A gravidade da infração (art. 45, inc. I)

²¹² “São específicos do direito concorrencial os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado e a especificação que o grau de lesão ou o perigo de lesão devem dizer respeito, especialmente, à livre concorrência, à economia nacional e aos consumidores (art. 45). Ao que tudo indica, essa enumeração é numerus clausus, e não meramente exemplificativa.” (OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Cit, p. 231 - sem destaques no original).

²¹³ Substitutivo apresentado na época pelos Deputados Fábio Feldmann (Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias) e José Carlos Aleluia (Comissão de Economia, Indústria e Comércio). A análise do parecer feito pelo então relator Fábio Feldmann revela que as modificações do substitutivo (que resultaram na redação final do art. 27) foram frutos de estudos sobre a legislação estrangeira, além de opiniões de advogados e economistas. Entre os juristas, destaca-se o nome de José Inácio Franceschini, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Ada Pellegrini Grinover. O único critério cuja justificativa específica foi rastreada é a reincidência, cuja origem é a emenda de Plenário proposta pelo então Deputado Vital do Rego. O motivo para inclusão desse critério foi a existência de previsão idêntica em outras disposições penais (cf. Diário do Congresso Nacional, Seção I, 13 de Maio de 1993, p. 9633).

Trata-se de critério dotado de forte carga de subjetividade, porque envolve certa discricionariedade na sua aferição pelo julgador.

É elemento usualmente utilizado como agravante, principalmente em casos envolvendo cartéis, por estes serem o ilícito mais grave do sistema antitruste²¹⁴.

Por outro lado, se a infração analisada for incomum (pouco usual, inédita, sutil) e de efeitos negativos controversos, esse critério autoriza a fixação da pena em patamar menor²¹⁵. Por fim, destaca-se que esse elemento é relacionado ao tipo e às circunstâncias da infração. Logo, é importante que ele não seja confundido com o grau de lesão e os efeitos negativos da conduta (incisos V e VI).

4.2. A boa-fé do infrator (art. 45, inc. II)

A análise da “boa-fé” para fins da aplicação de multa provavelmente é a maior peculiaridade da lei brasileira²¹⁶.

Em um primeiro momento, esse parâmetro pode gerar certa perplexidade porque parece inviável cogitar da prática de um ilícito de boa-fé (diferente seria discutir a existência ou não de ato culposos, o que não é o caso). No entanto, a análise da boa-fé sob a ótica da regra da razão viabiliza sua adoção como atenuante e cria uma abertura interpretativa para a análise de eventuais eficiências e racionalidades detrás da conduta o agente.

Antes de tudo, é importante frisar que para aplicação desse critério com viés antitruste a clássica visão de presunção da boa-fé²¹⁷ deve ser utilizada com ressalva. Isso

²¹⁴ Cf. Votos no PA 08012.001826.2003-10 (Cartel dos Vigilantes); PA 08012.002127.2002-14 (Cartel das Britas); PA 08012.011027.2006-02 (Cartel das Cargas Aéreas); PA 08012.011027.2006-02 (Cartel de Cimento); PA 08012.009888.2003-70 (Cartel dos Gases); PA 08012.004702.2004-77 (Cartel dos Peróxidos); PA 08012.003208.1999-85 (Cartel dos Postos e Sindicato de Pernambuco).

²¹⁵ Cite-se como exemplo o caso do “Cartel dos Tacógrafos”, em que as empresas tiveram penas mais brandas com base na justificativa de que foi a primeira condenação aplicada pelo CADE para condutas daquela natureza. Priorizou-se a segurança jurídica, pois foi levado em consideração que a empresa condenada agiu sem conhecimento prévio do posicionamento do CADE a respeito do ilícito.

²¹⁶ Não há conhecimento de outros diplomas que se utilizem do mesmo critério com esse viés: das vinte e duas (22) autoridades antitruste analisadas pela International Competition Network (ICN), nenhuma mencionou a adoção de um conceito que guarde similitude com o conceito de “boa-fé”. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). Cit.

Para maior elucidação dessa peculiaridade brasileira, é interessante comparar a terminologia utilizada no artigo 45 da Lei 12.529/2011 com as redações mais técnicas e cristalinas do “*Antimonopoly Act*” (AMA) japonês, em especial os artigos 3 a 7-2 e das “*Orientações para o cálculo das multas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003*” da União Europeia, com destaque para os artigos 28 e 29.

²¹⁷ Confira-se a assertiva consagrada pelo STJ: “A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa fé se presume; a má-fé se prova.” REsp 956.943/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 01/12/2014.

porque a adoção dessa ideia levaria a uma espécie de meio termo entre a comprovação ou não da boa-fé, indefinição que foge ao escopo da lei. A boa-fé é conceito indeterminado que se dá ou não se dá²¹⁸, não admitindo meio termo.

Assim, na hipótese de o conjunto fático-probatório dos autos não permitir uma conclusão sobre a presença ou não de boa-fé no infrator, sua simples desconsideração na dosimetria parece ser mais adequado aos objetivos da lei (ao invés de presumi-la). Caso contrário, mitigar-se-á a efetividade da proteção da concorrência²¹⁹.

Há posição doutrinária defendendo que a boa-fé é a única atenuante no rol do art. 45 e rejeitando sua aplicação como agravante, caso se constate má-fé²²⁰. Como já consignado acima, esse entendimento não se sustenta diante do duplo viés dos critérios de dosimetria antitruste.

Portanto, não há impedimento para que a presença de má-fé seja utilizada para majorar a penalidade: vários julgados do CADE que foram analisados admitem a aplicação dessa baliza como agravante²²¹ nos casos de ausência de boa-fé²²² ou presença de má-fé.

4.3. A vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (art. 45, inc. III)

Trata-se basicamente da avaliação da perspectiva de lucros extraordinários e duração da infração.

Inicialmente, a menção à “*vantagem pretendida pelo infrator*” poderia sugerir que o julgador deve investigar a subjetividade do infrator.

²¹⁸ Eros Roberto Grau, que utiliza a boa-fé como exemplo de conceito indeterminado, destaca que “*o conceito se dá ou não se dá*”. Ou seja, aqui há um juízo de legalidade: ou o agente agiu ou não agiu de boa-fé. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2000, fls. 148-149.

²¹⁹ Em relação à análise desse elemento nos cartéis, o ex-conselheiro Ricardo Machado chegou a declarar que é mais adequado presumir a má-fé: “*Ademais, a própria prática de cartel pressupõe inequívoca má-fé (...)*” Voto no PA 08012.011027.2006-02. No mesmo sentido: “*Já em princípio, dificilmente seria possível argumentar qualquer tipo de boa-fé do infrator em caso de cartel*”. Voto do Relator Furlan no PA 08012.009888.2003-70.

²²⁰ Cf. ANDERS, Eduardo C.; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). Cit., p. 183: “*Não parece ser a finalidade da lei o reconhecimento simplista da má fé como agravante. Logo, este critério deve ser analisado a posteriori da definição de todos os demais, e, para os casos em que vigore a boa fé do infrator, esta deverá ser critério de diminuição da pena pecuniária imposta (...)*”.

²²¹ Cf. PA 08000.022579.1997-05 (Cartel White Martins); PA 08012.002127.2002-14 (Cartel da Britas); PA 08012.011027.2006-02 (Cartel das Carga Aéreas); PA n.º 08012.011142.2006-79 (Cartel do Cimento); PA 08012.009888.2003-70 (Cartel dos Gases); 08012.004702.2004-77 (Cartel dos Peróxidos); PA n.º 08012.004086.2000-21 (Cartel dos Vergalhões de Aço).

²²² “*A consciência do ilícito praticado para obter vantagem indevida descaracterizam a boa-fé dos infratores, o que exige elevação no nível das penas a serem aplicadas*”. Voto do Rel. Alessandro Octaviani Luis no PA 08012.011142.2006-79 – sem grifos no original.

Não é o caso. Esse critério deve ser avaliado objetivamente, com base nas circunstâncias concretas. O julgador deve apenas avaliar as vantagens auferidas e provar que o infrator exteriorizou a intenção de obter lucros exorbitantes e praticar o cartel indefinidamente.

Nesta última hipótese, acaba-se englobando a análise da própria duração da infração (critério não incluso no rol). Ainda, destaca-se que a justificativa para aplicação desse fator está relacionada à própria gravidade da infração (inc. I), embora com ela não se confunda.

4.4. A consumação ou não da infração (art. 45, inc. IV)

Esse critério não enseja maiores discussões, por ser dotado de maior objetividade. A consumação da infração é fator agravante. A não consumação deve ser considerada como atenuante. Como decorrência lógica, a não consumação da infração implicará necessariamente a ausência de efeitos econômicos negativos no mercado (inciso VI do artigo 45).

4.5. O grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros (art. 45, inc. V)

Trata-se de baliza problemática, dada a sua generalidade excessiva. Ao falar abstratamente em lesão à livre concorrência e economia nacional, a lei dificulta a identificação de sua incidência no caso concreto. Porém, a jurisprudência revela que o grau de lesão aos consumidores ou a terceiros é elevado quando o infrator pratica cartel em produtos essenciais, sem substitutos²²³ ou de grande relevância social (p. ex. commodities).

Na análise do grau de lesão à livre concorrência é usual e adequado avaliar se haviam outros concorrentes à altura do infrator.

Já a ideia de lesão à economia nacional sugere a necessidade de impactos em grande escala, nas três entidades da federação.

²²³ Cf. PA 08012.011142.2006-79 (Cartel do Cimento).

Na forma como foi aplicado por alguns conselheiros do CADE, esse parâmetro se confundiu com a gravidade da infração (inc. I)²²⁴, adotando-se justificativas de aplicação semelhantes. Reputa-se que isso deve ser rechaçado, para se evitar a aplicação da mesma agravante para o mesmo contorno fático (*bis in idem*).

4.6. Os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (art. 45, inc. VI)

Um contato inicial com esse inciso do art. 45 pode gerar certa perplexidade. Se o art. 37 já contém as condutas que constituem infração econômica, seria difícil cogitar em uma infração que não gerasse efeitos econômicos negativos no mercado (considerando-se a regra da razão).

Ademais, além de dispensável, uma análise dessa circunstância de forma binária se revelaria também desarrazoada. Isso porque mais do que declarar sumariamente sim ou não para a existência de impactos negativos no mercado, a jurisprudência do CADE revela que é indispensável (além de ser mais prudente) a análise específica e pormenorizada dos efeitos negativos que se destacaram na conduta e no mercado.

Portanto, caso a repercussão econômica negativa não tenha algum grau de especificidade (*e.g.*, impacto negativo à estrutura de um mercado determinado, que só se normalizará após o decurso de certo lapso temporal), o julgador deve ser cauteloso e se abster de agravar a penalidade²²⁵. Ao olharmos sob essa perspectiva (mais aprofundada que a inicial), a aplicação desse critério ganha um viés mais técnico.

Assim e a título de exemplo, será considerado como agravante do art. 45, inc. VI: (i) a criação de fortes barreiras à entrada²²⁶; (ii) a redução da competitividade dos produtos brasileiros exportados para o exterior²²⁷ (critério vinculado ao da lesão à economia nacional); (iii) a diminuição do grau de substituição de um produto ou serviço no mercado²²⁸; (iv) a inexistência de outros concorrentes no mercado para competir em tempo hábil – efeito causado pela prática da infração²²⁹.

²²⁴ Cf. sucinta fundamentação do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques para aplicação do inc. V como agravante no PA 08012.003208.1999-85: “o grau de lesão foi elevado, valendo destacar mais uma vez a gravidade da infração”.

²²⁵ “As representadas (...) podem produzir efeitos negativos no mercado, mas dados específicos não foram produzidos, razão do porquê em não majorar a pena imposta na forma do inciso VI.” Voto do Relator Luiz Alberto Esteves no PA 08012.004086.2000-21, sem grifos no original.

²²⁶ Cf. PA 08000.022579.1997-05.

²²⁷ Cf. PA 08012.011027.2006-02.

²²⁸ Cf. PA 53500.003888-2001.

²²⁹ Cf. PA nº 08012.004702.2004-77.

4.7. A situação econômica do infrator (art. 45, inc. VII)

Revela o intuito da lei antitruste brasileira em punir de forma mais rigorosa e incisiva as empresas de maior faturamento, grande porte e maior poder de mercado.

Em suma, isso implica dizer que o poder (ou porte) econômico do infrator deve ser considerado no momento de fixação da pena, de modo que as multas sejam fixadas em valores ótimos, que causem desestímulo.

Não obstante, não deve ser descartado o uso desse fator também para redução da multa, caso a empresa: (i) possua baixo faturamento, (ii) esteja passando por crise financeira ou (iii) tenha risco de entrar em falência ou recuperação judicial.

4.8. A reincidência (art. 45, inc. VIII)

Também não enseja maior verticalização. Caso o agente tenha sido condenado anteriormente pelo CADE pelas infrações do art. 37 e tenha sido esgotada a instância administrativa, essa agravante incide.

Diferentemente de outros países como Alemanha, Japão e Estados Unidos²³⁰, a lei e a autoridade antitruste brasileira não estipularam um período após o qual a condenação anterior não é mais considerada para fins de reincidência.

Vale ressaltar também que, logicamente, é inviável que a não reincidência seja considerada como atenuante. Seria incentivar à prática da primeira infração, além de implicar indicação contraditória de que a reincidência é a regra.

4.9. Critérios não taxativos – criação jurisprudencial do CADE

²³⁰ “No entanto, em algumas jurisdições existem limitações quanto à configuração da reincidência. Então, na Alemanha, por exemplo, a reincidência só ocorre em situações em que a segunda infração tenha sido praticada dentro de 5 anos contados a partir da data em que a primeira decisão tenha se tornado definitiva. No Japão, o tempo de 10 anos deve ter decorrido para que a segunda condenação não seja considerada reincidência. Nos Estados Unidos, também haverá reincidência se a infração anterior tiver ocorrido dentro dos últimos 10 anos”. (tradução livre do inglês: “*Limitations however apply in some jurisdictions to the possibility of making a finding of recidivism. So, for example, in Germany recidivism can normally be found only in situations where the second infringement has started within 5 years from the date on which the first decision has become final. In Japan, 10 years must not have elapsed until the second order. In the US, the prior similar misconduct must also have taken place within the last 10 years*”). INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). Cit., p. 23.

As decisões do CADE têm considerado critérios não previstos na lei para aumentar e diminuir a pena aplicada. De forma sumária e não exaustiva, adiante são elencados alguns parâmetros casuísticos e o respectivo caso onde foram aplicados:

1. Conjuntura econômica do país e 1ª condenação da Lei 8.884/94 (Cartel dos Aços Planos - PA 08000.0153371997-48 – Voto Rel. Ruy Santacruz): nesse caso avaliou-se que a prática da conduta em período econômico brasileiro de adaptação da transição do controle governamental de preços para a livre concorrência seria motivo de aplicação mínima da multa. O fato de ter sido a primeira condenação sob a Lei 8.884/94 também foi motivo de abrandamento.

2. Empresa líder (Cartel dos Genéricos – PA 08012.009088.1999-48 – Voto Vista Luis Fernando Rigato; Cartel dos Vigilantes – 08012.001826.2003-10 – Voto do Rel. Abraham Benzaquen Sicsú; Cartel da Britas – PA 08012.002127.2002-14 – Voto do Rel. Luiz Carlos Delorme): uma ou mais empresas serem líderes do cartel ou terem participação mais ativa na conduta ilícita são fatos que já foram considerados para majoração da pena, com base no princípio da individualização e na interpretação sistemática do art. 35-B, §1º da Lei 8.884/94, que vedava a celebração de acordo de leniência com o líder da infração.

Em relação a esse critério, vale mencionar que em 2008 a Internacional Competition Network (ICN) realizou um questionário com diversas autoridades antitruste, com o objetivo de avaliar a metodologia de aplicação das multas em cada país. Na ocasião, identificou-se que 14 dentre 22 entidades consideravam a liderança do cartel como fator agravante na dosimetria da multa. Na União Europeia, a liderança no cartel implica um adicional de 50% na multa aplicada à empresa infratora²³¹.

3. Duração da Infração (Cartel dos Postos e Sindicato de Lages/SC – PA 08012.004036.2001-24 - Voto Rel. Thompson Andrade): apesar de esse elemento não estar tipificado na lei brasileira, está presente no Regulamento da Comissão Europeia (Guidelines) e vem sendo considerado pelos Conselheiros do CADE. A aplicação de pena diferenciada para uma infração que tenha durado um (1) ano em face de outra que tenha durado dez (10) anos tem o objetivo de assegurar a individualização da penalidade, a proporcionalidade e a isonomia do sistema, além de garantir a efetiva reparação dos danos.

²³¹ Cf. INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). Cit., p. 23.

Reitera-se que, além desses critérios, em princípio nada impede que outros sejam criados pela jurisprudência do CADE (ressalvada a posterior apreciação do Judiciário em caso de extrapolação que implique lesão a direitos).

A experiência internacional fornece inúmeros parâmetros que poderiam ser incorporados aos critérios do sistema brasileiro como agravantes ou atenuantes²³².

A título de exemplo, ainda poderia se cogitar nos seguintes critérios adicionais e não taxativos para dosimetria da multa final (oriunda da condenação em processo administrativo): (i) nível de cooperação do investigado em relação à instrução do processo administrativo; (ii) ocorrência de obstrução dos trâmites da investigação e destruição de provas da prática do ilícito – agravante; (iii) grau de vulnerabilidade dos agentes econômicos (consumidores e concorrentes) prejudicados pela prática do ilícito (Estados Unidos e Canadá); (iv) nível de premeditação e deliberação na implementação do ilícito (México e Estados Unidos); (v) participação reduzida da empresa na estrutura e na implementação do cartel – atenuante .

No sistema brasileiro (arts. 41 a 43 da Lei 12.529/2011), já há a previsão de aplicação de multas autônomas para a ausência de cooperação. Portanto, para que houvesse certa correspondência interpretativa nesse sentido, eventual comportamento colaborativo do investigado poderia ser incorporado como atenuante no momento de fixação das multas em eventual condenação.

No entanto, vale ressaltar a advertência de que se esse fator não deve ser considerado como agravante também no momento da prolação pelo CADE da decisão condenatória de mérito, pois caso contrário haverá indevido *bis in idem*²³³ com as multas acessórias dos arts. 41 a 43.

5. Conclusão

Como visto, inicialmente o presente artigo buscou demonstrar que ter balizas bem definidas e concretas para sopesar, interpretar e aplicar os critérios para fixação das multas às infrações econômicas é essencial para que o processo administrativo sancionador conduzido pelo CADE observe e assegure os seguintes preceitos constitucionais:

²³² Ibidem, p. 23-27.

²³³ Há entendimento contrário, respaldado em outros sistemas antitruste. Ibidem, p. 24.

- (i) A segurança jurídica (artigo 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal), cuja estrita observância exige certo grau de previsibilidade para o investigado em relação à dosimetria das multas;
- (ii) O contraditório pleno e a ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal);
- (iii) A razoabilidade e a proporcionalidade (Constituição Federal e artigo 2º da Lei 9.784/1999);
- (iv) A individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal).

Para isso, procurou analisar e empreender alguma sistematização à interpretação e à aplicação dos critérios do artigo 45 da Lei 12.529/2011, utilizando-se de hermenêutica orientada por critério lógico, viés prático e extraída das fontes doutrinárias e jurisprudenciais levantadas.

Os remates de cada parte dessa análise resultaram nas seguintes conclusões gerais:

- (i) o método de interpretação dos critérios pautado pelo direito penal econômico não se coaduna bem com aos objetivos e a dinamicidade do direito antitruste;
- (ii) é usual que cada critério de fixação das multas ora se configure como agravante e ora como atenuante;
- (iii) o rol do artigo 45 não é taxativo, pois é elástico pela jurisprudência do CADE.

A variação interpretativa identificada diante dos conceitos indeterminados e da textura aberta do artigo 45, bem como da multiplicidade de fatores agravantes e atenuantes a serem analisados, nos leva a buscar alternativas de uniformização e aprimoramento da dosimetria.

Um instrumento que seria extremamente salutar para aperfeiçoar o sistema de fixação das multas e que se poderia cogitar é a edição pelo CADE de uma cartilha de orientações que: (i) definisse um método interpretativo; (ii) construísse um passo a passo da incidência das agravantes e atenuantes (sem enrijecer e tornar inflexível a fixação da pena base); (iii) esmiuçasse e criasse *standards* para tornar os critérios do art. 45 da Lei 12.529/2011 mais concretos, com significado mais límpido e de interpretação estável, contínua e harmônica.

Para assegurar a aplicabilidade desse guia, a subsequente incorporação desses parâmetros ao regimento interno seria extremamente recomendável.

Outra opção também factível, embora menos preferível que a primeira, é adoção das diretrizes acima elencadas de forma individual pelos conselheiros do CADE, incorporando-as em seus respectivos votos e acórdãos através de fundamentação específica no capítulo destinado à dosimetria das multas.

De todo modo, revela-se de suma importância que o CADE procure cada vez mais aperfeiçoar a dosimetria das multas, criando parâmetros interpretativos estáveis em prol das garantias dos investigados.

Assim, suas decisões condenações se revestirão de maior incindibilidade, ganharão muito mais legitimidade e se blindarão contra uma revisão judicial que refaz (muitas vezes apressadamente e em sentido diametralmente oposto) o trabalho minuciosamente empreendido pelo CADE.

Espera-se que esse aperfeiçoamento institucional do CADE e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência seja perene, sempre em busca de uma política de defesa de concorrência coerente e unívoca.

6. Referências bibliográficas

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

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Relatórios de gestão dos exercícios de 2007 e 2015. Brasília: março de 2008 e 2016.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de.; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo C. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARACO, Alexandre Ditzel; MARTINEZ, Ana Paula; JASPER, Eric Hadmann. Sanções não pecuniárias por infrações contra a ordem econômica. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 9-40, abr./jun. 2014.

FERRARI, Eduardo R.; CUSCIANO, Dalton T. A multa administrativa antitruste e a sua natureza de confisco pessoal. Revista do IBRAC. São Paulo, vol. 16/2009, jan. 2009, p. 273-288.

FONSECA, João Bosco L. da. Lei de proteção da concorrência (Comentários à Legislação Antitruste). Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2007.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: alguns aspectos. Brasília: R. inf. legisl., a. 22, n. 88, out/dez de 1985.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência. Revista do IBRAC. São Paulo, vol. 5/1998, jan. 1998, p. 7–70.

GERADIN, Damien. The EU Competition Law Fining System: a reassessment. Discussion Paper, Tilburg Law and Economics Center, October 2011.

GICO JUNIOR., Ivo T. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex, 2007.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2000, fls. 148-149.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions: report to the 7th ICN Annual Conference. Kyoto: april 2008. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>>.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Act No. 54 of April 14, 1947). Disponível em: <http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/index.files/The_Antimonopoly_Act.pdf>.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2015, p. 236.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Lei de proteção da concorrência (Comentários à Legislação Antitruste). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 277.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O Caso White Martins e a Questão da Imposição de Multas no Direito Antitruste Brasileiro. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, n. 5, ano 2, jan./mar. de 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12760>>.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev. e atual., 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev., atual. e ampl., 2005.

PAZ, José Carlos L. de. Understanding the limits of judicial review in European competition law. Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 2, No. 1 (2014), pp. 203–224.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A Paralisia do Antitruste. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 16, jan. 2009, p. 305-323.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as Conduas. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). Regulação e Desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002.

SMUDA, Florian. Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law. ZEW - Centre for European Economic Research, Discussion Paper No. 12-050, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2118566>>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 956.943/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 01/12/2014.

TAUFICK, Roberto D. Nova Lei Antitruste Brasileira – A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível n.º 2004.34.00.013282-7. Juiz relator convocado RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA. Quarta Turma Suplementar. Julgado em 18/09/2012. Decisões disponíveis em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200434000132827&pA=200434000132827&pN=132516620044013400>>.

UNIÃO EUROPEIA. Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial n.º C 326 de 26/10/2012, p. 0001 – 0390. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento(CE) n.º 1/2003. Jornal Oficial n.º C 210/2 de 01/09/2006. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC0901(01)&from=EN)>.

Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil

Marcus de Freitas Gouvêa²³⁴

RESUMO

Embora a lei brasileira preveja expressamente a ação privada de cessação de ilícitos concorrenciais e de indenização por danos decorrentes destas condutas (aplicação privada do direito antitruste), sua utilização é bastante restrita no país. Várias são as causas que podem ser apontadas para o baixo número das ações particulares com fundamento na lei da concorrência no Brasil e entre elas parece-nos estar a carência de uma construção teórica que compatibilize o direito processual de ação com o fato concorrencial. Este artigo pretende, após discorrer sobre os sistemas de aplicação do direito antitruste no Brasil, apresentar os requisitos gerais e os requisitos especiais tanto da ação de cessação de conduta como da ação indenizatória concorrenciais, aqueles encontrados no direito processual e no direito civil e estes no direito da concorrência, no sentido de contribuir para a construção do arcabouço teórico da aplicação privada do direito antitruste.

Palavras chave: Aplicação. Privada. Direito Antitruste. Requisitos. Gerais. Especiais.

ABSTRACT

Although Brazilian law explicitly provides the possibility of private enforcement of antitrust law, its use is very limited in the country. There are several causes that can be pointed to the low number of private actions. Among them is the lack of a theoretical construction that reconciles the procedural law of actions with the antitrust law. This article aims, after discoursing on the antitrust law enforcement systems in Brazil, to present the general and the special requirements of the private deterrent and compensatory actions, those found in procedural and civil laws and these in competition law, to contribute to the construction of the theoretical framework of private enforcement of antitrust law.

Keywords. Private. Enforcement. Antitrust law. General and special requirements.

Classificação JEL: K21 – Antitrust Law.

²³⁴ Procurador da Fazenda Nacional; Pós graduado em Controle Externo pela PUC-Minas. Mestre em Direito pela UFMG.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Sistemas de aplicação do direito antitruste; 3. Normas gerais de aplicação privada do direito antitruste: relações com o direito civil, o direito penal e o direito administrativo; 4. Requisitos específicos de aplicação privada do direito antitruste: as infrações; 5. Conclusões; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Lei 12.529/2011 inaugurou um novo momento da defesa da concorrência no Brasil. Reformulou a configuração do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, exigiu a submissão prévia de atos de concentração ao Conselho Administrativo de defesa da Concorrência – CADE, melhorou a estrutura de pessoal da autarquia, reduziu a esfera penal dos ilícitos anticoncorrenciais, hoje limitadas à conduta de cartel.

Não é preciso muito esforço para perceber que as modificações foram efetivas. Nos últimos quatro anos, a mídia noticia as ações do CADE com frequência nunca antes vista e a autarquia avança em áreas inéditas no direito brasileiro, como a regulamentação do processo de consulta e a publicação do guia para análise de consumação prévia de atos de concentração (*gun jumping*) e o guia para programas de *compliance* da concorrência.

Pouco se avançou, contudo, neste mesmo período na aplicação privada, também chamado *enforcement*²³⁵ privado, da lei antitruste.

É certo que a aplicação privada da lei não depende de alterações legislativas. O art. 47, da 12.529/2011, nos mesmos termos do art. 29, da Lei 8.884/1994, permite a aplicação da lei, individual ou coletivamente, por concorrentes, distribuidores, varejistas e consumidores.

²³⁵ Devido as origens e a influência do direito antitruste norte americano, costuma-se utilizar a palavra do inglês, *enforcement*, em referência a aplicação coercitiva do direito. Segundo o dicionário on-line **Merriam-Webster**, *enforcement* significa: *to make (a law, rule, etc.) active or effective: to make sure that people do what is required by (a law, rule, etc.); to carry out effectively <enforce laws>*. Disponível em: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/enforcement>. Acesso em 21/12/2015. Neste texto, utilizaremos como sinônimos as expressões *enforcement* e *aplicação*, no sentido de *aplicação coercitiva do direito*.

Este meio de combate a ilícitos antitruste, bastante significativo principalmente nos Estados Unidos, é pouco utilizado na Europa²³⁶ e menos ainda no Brasil^{237 238}.

A nosso ver, o *enforcement* privado do direito antitruste no país tende a se desenvolver, na esteira do aumento visibilidade do combate aos ilícitos concorrenciais, tanto no âmbito penal quanto administrativo. A publicidade das condenações conscientiza o concorrente do dano que sofreu e, condenado o infrator, é mais fácil, sob o ponto de vista probatório, a persecução privada da reparação.

Contudo, o Brasil carece, ainda, de uma estruturação jurídica da teoria da reparação privada do dano concorrencial (e da cessação de condutas), que permita o enquadramento da ação privada a institutos tradicionais do direito brasileiro, principalmente quando se trata de reparação autônoma, teoria com a qual este texto pretende contribuir.

Isso não significa que a aplicação privada do direito antitruste dependa apenas de uma construção teórica, isenta de obstáculos e limitações.

A própria eficácia da medida, com vistas na proteção do interesse difuso da concorrência é controvertida.

Parte dos autores, especialmente os norte-americanos, advoga a complementaridade das instâncias, cada uma com suas vantagens e desvantagens²³⁹, sua maior ou menor propensão de impedir infrações²⁴⁰, embora abordem também medidas de

²³⁶ SEGAL, Ilya R. WHINSTON, Michael D.. Public vs. private enforcement of antitrust law: a survey. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 335*, December 15, 2006, p. 1. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=952067>. Acesso em 27/12/2015.

²³⁷ OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee on Co-operation and Enforcement. Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil. 15 June 2015, p. 2. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em 02/08/2016.

²³⁸ Neste trabalho, pretendemos contribuir apenas a teoria relativa às ações privadas de cessação de conduta e de reparação de dano, decorrentes de violação ao direito da concorrência em senso restrito (Lei 8.137/1990 e Lei 12.529/2011). Por esta razão, entendemos haver um baixo número de ações sobre o tema no Brasil. Se considerássemos o direito que se relaciona com a concorrência de forma mais ampliada, para atingir a proteção específica do consumidor (Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990), a concorrência desleal (art. 2º e 195, da Lei 9.279/1995 e art. 1.147, do CCB), os direitos de propriedade industrial (Lei 9.279/1995), certamente encontraríamos muitas ações indenizatórias movidas por associações e por particulares (ver: MAGALHAES, Carlos Francisco de, DIAS, Gabriel Nogueira, DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo. Chapter 5 Brazil. PP 51-63, p. 51-52 In: GOTTS, Ilene Knable. *The Private Competition Enforcement Review*. London: Law Business Research Ltd, 2013). Contudo, embora estes temas sejam profundamente conexos, não são objeto deste estudo, pois já há uma tradição de litigância no Brasil, com mais de 100 anos de história (STF, Pleno, AC 2.183, Min. Oliveira Ribeiro, Julgamento em 12/8/1914, sobre concorrência desleal), não se fazendo necessário “construir” uma teoria de reparação do dano nestas searas.

²³⁹ SEGAL, Ilya R. WHINSTON, Michael D.. Op. Cit.

²⁴⁰ MAKATSCH, Tilman. The relationship between public and private antitrust enforcement – Germany. *OECD*. May, 2015. Disponível em:

aperfeiçoamento e limitações do *enforcement* privado²⁴¹. Há, também, quem defenda a superioridade da aplicação pública em relação a aplicação privada, de modo que esta última não deveria sequer ser estimulada^{242, 243}.

Há, também, dificuldades na aplicação privada do direito da concorrência, típicas deste ramo específico do direito, como a regra da razão, que afasta a ilicitude de condutas, a possibilidade de ocorrência de prejuízos em razão de condutas lícitas e a dificuldade de identificar tanto o dano quanto o titular do direito de reparação em condutas que lesam diretamente a concorrência e apenas indiretamente o concorrente ou o consumidor.

Neste texto vamos tratar dos sistemas de aplicação do direito antitruste, das normas gerais de aplicação privada do direito antitruste e relações com o direito civil, o direito penal e o direito administrativo e dos requisitos específicos de aplicação privada do direito antitruste, decorrentes dos tipos de infrações, sempre com enfoque no direito brasileiro²⁴⁴, sem a pretensão de comparar os sistemas, seja quanto aos objetivos que movem o Estado e o particular, seja quanto à eficácia ou ao custo das iniciativas²⁴⁵.

2. Sistemas de aplicação do direito antitruste

<http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3%282015%2916&doclanguage=en>. Acesso em 27/12/2015.

²⁴¹ CRANE, Daniel A. Optimizing Private Antitrust Enforcement. *University of Michigan Public Law Working Paper Nº 164*, September 17, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1474956>. Acesso em 29/12/2015.

²⁴² WILS, P. J. Wouter. Should private antitrust enforcement be encourage in Europe? *World Competition Law and Economics Review*, Vol. 26, Issue 3, September 2003, PP. 473-488. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1540006>. Acesso em 27/12/2015.

²⁴³ Em vários destes estudos, procura-se avaliar a efetividade do *enforcement* privado em relação com o *enforcement* público, penal ou administrativo, da lei antitruste, com vistas à proteção do valor abstrato da concorrência, não se valorizando a dogmática da aplicação privada, senão acidentalmente, a relação entre a conduta anticoncorrencial e o dano ao agente econômico, empresa ou consumidor. Ademais, as críticas ao sistema privado de aplicação da lei antitruste não podem afastar o direito das partes prejudicadas, quando presentes os elementos de reparação de dano e cessação da conduta do direito comum: o ilícito (no caso concorrencial), o dano efetivo (na indenização) ou potencial (na cessação de conduta) e o nexa causal. Em outros termos, mesmo que a aplicação privada fosse menos eficaz que a aplicação pública na defesa da concorrência, aquela não pode ser afastada, pois somente ela defende os interesses individuais dos lesionados.

²⁴⁴ Experiências estrangeiras, notadamente a dos Estados Unidos, onde surgiu o direito antitruste e onde o *enforcement* privado é utilizado a mais tempo e com maior intensidade, podem contribuir significativamente para a aplicação privada do direito antitruste no Brasil, fundamentalmente em seus primeiros passos. Não se pode, contudo, aplicar o direito estrangeiro de forma determinística que simplesmente reproduza sua forma, seu procedimento, suas limitações e seus resultados, sem levar em consideração as particularidades fáticas e normativas da experiência brasileira.

²⁴⁵ Análise que, a nosso ver, depende menos de especulações teóricas e mais de dados empíricos, precários no Brasil, diante da pequena experiência na aplicação privada do direito antitruste. Sobre necessidade de dados empíricos para comparação, ver: LANDE, Robert H. DAVIS, Joshua P.. Benefits from private antitrust enforcement: an analysis of forty cases. *University of San Francisco Law Research*, Vol 42, 2008. PP. 979-918. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1090661>. Acesso em 29/12/2015.

O direito antitruste comporta três sistemas de aplicação, o penal, o administrativo e o privado.

O *sistema de aplicação penal* é baseado no Código de Processo Penal, na parte geral do Código Penal e no art. 4º, da Lei 8.137/1990, com redação dada pela Lei 12.529/2011, que dispõe:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

A persecução penal é pública, cabendo ao Ministério Público a investigação e a denúncia dos crimes desta natureza, hoje limitados às práticas de cartel.

O *sistema de aplicação administrativo* do direito antitruste compete ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SAE/MF e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, este composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a que cabe o julgamento das infrações e atos de concentração, pela sua Superintendência-Geral, com papel notadamente investigativo e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

O sistema administrativo de combate a ilícitos concorrenciais é mais amplo que o sistema penal. Constituem infrações administrativas quaisquer condutas anticompetitivas, nos termos do art. 36, da Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste). Leia-se:

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.

Entre estes atos, estão incluídas condutas individuais e concertadas, horizontais e verticais, tentadas e consumadas, de monopólio e cartel, práticas predatórias, venda casada, recusa de contratar, exclusividade, fixação de preço de revenda, discriminação e diferenciação de preços, entre outras.

O SBDC aprecia, também, atos de concentração de empresas, que podem estar relacionadas com as condutas ilícitas ou surtir os mesmos efeitos.

O parágrafo único do art. 1º, da Lei 12.529/2011 dispõe que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos” por aquela lei.

A norma não trata, pois, ao menos diretamente, de interesses individuais, mas de direitos coletivos, cujo titular não pode ser especificado.

Entretanto, é notório que a lei da concorrência prevê infrações capazes de lesionar direitos de concorrentes, fornecedores, distribuidores e varejistas.

A própria lei da concorrência, em seu art. 47, prevê que os prejudicados por atos que constituam infração da ordem econômica, podem ingressar em juízo para fazer cessar a prática ou para obter indenização por danos, de maneira autônoma, vale dizer, não é necessário a condenação prévia do infrator pelo CADE. Leia-se:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Neste contexto, surge o terceiro sistema de aplicação do direito antitruste, o *sistema privado*.

Este sistema pode se subdividido em dois subsistemas, o *coletivo* e o *individual* e visar dois objetivos, a cessação da conduta e a reparação pelo dano.

Pelo *sistema coletivo*, nos termos do art. 82, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), expressamente mencionado pelo art. 47, da Lei Antitruste, o Ministério Público, os entes federados e as associações que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos concorrenciais e consumeristas, podem propor ação civil pública, nos termos da Lei 7.347/1985, postulando a cessação da conduta e a reparação do dano, desde que presentes seus requisitos, notadamente a violação de direitos individuais homogêneos ou difusos²⁴⁶.

²⁴⁶ A inclusão do Ministério Público, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios entre os legitimados para propor ação civil pública permite, com objeto exclusivo de cessação de condutas anticoncorrenciais, torna o mecanismo, a nosso ver, parte do sistema administrativo de aplicação da lei da concorrência, por não incluir a defesa do interesse privado de reparação do dano. De igual forma, eventual ação civil pública intentada por associação que vise somente a cessação de conduta, com vistas a assegurar direito difuso, sem que haja direitos individuais homogêneos, vale dizer, um conjunto de lesões similares a direitos individuais, haverá iniciativa privada de aplicação pública do direito da concorrência.

No sistema *individual*, é a própria pessoa lesada que busca a cessação da conduta e a reparação do dano. Este o objeto de nossos estudos.

Pode-se dizer que o *enforcement* privado individual do direito antitruste é autônomo e possui requisitos próprios²⁴⁷. Porém, não se trata de um sistema totalmente isolado.

Ao contrário, há relações entre as instâncias, bem como vinculação entre a aplicação privada do direito da concorrência e as obrigações de fazer e não fazer (cessação da conduta) e a obrigação de indenizar (reparação do dano), embora o sistema privado apresente requisitos específicos próprios, que passaremos a analisar.

3. Normas gerais de aplicação privada do direito antitruste: relações com o direito civil, o direito penal e o direito administrativo

O art. 47, da Lei 12.529/2011 prevê, em favor dos prejudicados por práticas anticoncorrenciais, o direito de ação para cessar a infração e obter recebimento de indenização por perdas e danos.

Enquadramento na lei civil

A lei concorrencial, porém, não disciplina estas pretensões, que se regem pelas leis gerais das obrigações, o Código Civil Brasileiro – CCB e o Código de Processo Civil – CPC.

Não seria mesmo necessário que a Lei da Concorrência mencionasse a aplicação do direito privado como disciplina regulamentar da pretensão particular concorrencial²⁴⁸, pois tanto a obrigação de fazer e não fazer (cessação da conduta) e a reparação do dano, estão devidamente estruturadas no direito brasileiro.

A cessação da conduta enquadra-se como obrigação de fazer ou de não fazer, dependendo do meio utilizado pela prática infracional, enquadrando-se nos art. 247 a 251, do CCB e art. 461 e 632 a 645, do CPC (art. 516, parágrafo único e art. 536 e seg, do Novo CPC, Lei 13.105/2015).

²⁴⁷ *OECD*. Ob. Cit., p. 2.

²⁴⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. *RCD*. Vol. 1. nº 3, novembro de 2013,. PP. 11-31, p. 21. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/75>. Acesso em 29/12/2015.

A indenização por perdas e danos em decorrência de ilícito antitruste, a seu turno, enquadra-se nas normas relativas à indenização²⁴⁹²⁵⁰, previstas nos art. 944 e seg, do CCB e em artigos esparsos da legislação processual.

Não há ação concorrencial privada que não seja uma obrigação de fazer, de não fazer ou de indenizar, regidas pelo direito privado.

Neste sentido, encontram-se reguladas pelo ordenamento jurídico comum, aplicáveis à aplicação privada do direito antitruste, os requisitos para as ações, a mensuração do dano e o ônus da prova (embora estes temas encontrem particularidades em razão do tipo de ilícito), a autonomia e a relação da pretensão cível e as esferas penal e administrativa.

Requisitos gerais

Os requisitos gerais para o *enforcement* privado, como de regra, são a prática de ato ilícito, o dano e o nexo causal²⁵¹.

Embora estes elementos sejam típicos da ação de indenização, também se apresentam na pretensão de cessação de conduta. Apenas a avaliação do dano apresenta distinções. Para a ação de indenização, o dano deve ser real e concreto, para a ação de cessação de conduta, o dano pode ser potencial e esperado.

Há que se ressaltar que as ações privadas podem pretender cessação da conduta e indenização por dano, apenas a cessação da conduta, quando esta pode gerar prejuízos potenciais que ainda não se tenham concretizados, ou somente a indenização, na hipótese de conduta que já se tenha cessado, mas tenha resultado em prejuízos aos particulares.

O ato ilícito é condição indispensável de qualquer sistema de aplicação do direito antitruste e o dano e o nexo causal são condições de legitimidade, pois a parte que não sofreu prejuízo em decorrência do ilícito concorrencial não faz jus à indenização nem tem interesse na cessação da conduta. De fato, ausentes estes elementos, não há que se falar

²⁴⁹ SANTOS, Marcelo Rivera dos. A ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial: do termo inicial da prescrição. *RCD*. Vol. 3. nº 1, Maio 2015, p. 137. PP. 133-160. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/147/96>. Acesso em 29/12/2015.

²⁵⁰ A exemplo do que ocorre em outros países, como a França, em que as ações privadas do direito da concorrência também podem ter fundamento nas regras sobre indenização cível. LENOIR, Noëlle, PLANKENSTEINER, Marco, TRUFFIER, Mélanie. France: Private Antitrust Litigation. *The European Antitrust Review 2016*. Global Competition Review, 2016, PP. 137-143, p. 137. Disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/248/chapters/2919/france-private-antitrust-litigation/>. Acesso em 03/08/2016.

²⁵¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op. Cit. p. 19.

em sistema privado de aplicação do direito antitruste, que depende do prejuízo do particular. Nos ilícitos meramente tentados, por exemplo, vigoram somente os sistemas públicos.

O ilícito de que cuidamos deve ser concorrencial. Deve constituir violação ao art. 36, da Lei 12.529/2011. Ocorre que o ilícito antitruste pode apresentar semelhanças com outros ilícitos. São exemplos: a prática predatória (ilícito concorrencial) e a concorrência desleal (ilícito empresarial); a venda casada da Lei Antitruste e a venda casada do Código de Defesa do Consumidor, a utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros (ilícito concorrencial) e a manipulação do mercado de capitais (art. 27-C, da Lei 6.385/1976); e a destruição e inutilização de matérias-primas, produtos e equipamentos de produção ou distribuição (ilícito concorrencial) e o crime de dano, do Código Penal.

Um mesmo fato pode constituir infração para um e outro corpo de normas. Entretanto, se não se fizerem presentes os requisitos do ilícito concorrencial, notadamente o poder de mercado e o efeito anticompetitivo da conduta, entendemos que a ação cível não deverá seguir as regras do direito antitruste, mas aquelas próprias de cada ramo do direito que regula as infrações relacionadas com as violações concorrenciais.

Assim, se a conduta apresentar todos os elementos de duas previsões legais, será possível a propositura de uma ação privada baseada no direito antitruste bem como de uma ação com fundamento no direito do outro ramo do direito, seja empresarial, consumerista ou penal, ambas tendo como causa de pedir o mesmo fato. Pode-se vislumbrar a utilização do expediente da prova emprestada nos processos e, se as partes forem as mesmas, pode-se cogitar também de conexão (art. 55, do CPC) ou continência (art. 56, do CPC) entre as ações, aplicando-se no mesmo processo os fundamentos do direito antitruste e do outro ramo do direito cuja norma foi violada.

Presentes os requisitos de uma única infração, obviamente a ação proposta seguirá as regras materiais de um único ramo do direito.

Mensuração do dano

A mensuração da indenização pode ser mais complexa nas ações concorrenciais privadas, em relação a outras modalidades de dano. Os defensores do *enforcement* privado ancilar do *enforcement* público falam em montante indenizatório capaz de

desestimular a prática da conduta²⁵². O direito norte americano prevê o a indenização pelo triplo do dano, o que reduz o incentivo à violação da lei antitruste, mas também permite o uso estratégico da legislação²⁵³ de que decorre o insucesso de muitas ações privadas.

Os danos podem incluir “elevação de custo, perda de parcela do mercado, receita de vendas assim como perda de oportunidades”²⁵⁴ e outros prejuízos sofridos.

À míngua de regra específica, seja para multiplicar o valor da indenização em relação ao dano, seja para vincular o *enforcement* privado aos objetivos do *enforcement* público, entendemos que a indenização a agentes econômicos lesionados por prática anticoncorrencial deve seguir a regra do direito privado, vale dizer, a indenização no valor do dano, com eventuais danos morais.

Por certo, a mensuração do dano é bastante problemática no direito antitruste, que tem levado tribunais estrangeiros a utilizar diversos peritos, para melhor apurar os valores das indenizações²⁵⁵.

Entre as dificuldades enfrentadas na apuração do dano, a duração da prática ilícita, especialmente a data de seu início, a elevação de preços causada efetivamente pelo ilícito, isolada de outros fatores, os limites da restrição fontes de insumos e a canais de distribuição, bem como o valor destes insumos, e a possibilidade de que o agente tenha repassado os prejuízos a consumidores ou a terceiros²⁵⁶.

Ônus da prova

Mesmo raciocínio pode ser aplicado ao ônus da prova. Não havendo norma que preveja a inversão do ônus probatório, como ocorre, por exemplo, no direito do consumidor, deve prevalecer a regra geral.

Necessário reconhecer, contudo, que a inversão do ônus da prova é matéria que merece discussão^{257,258}, especialmente se a conduta anticoncorrencial também se caracterizar como ilícito consumerista.

²⁵² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op. Cit., p. 24 e seg.

²⁵³ McAFEE, R. Preston, MIALON, Hugo M., MIALON, Sue H. Private v. Public Antitrust Enforcement: a strategic analysis. *Emory Law and Economics Research Paper N° 05-20*, 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=775245>. Acesso em 29/12/2015.

²⁵⁴ LENOIR, Noëlle. Ob. Cit., p. 139.

²⁵⁵ Idem. p. 139-140.

²⁵⁶ CLARKE, Mark, BURROWS, Euan. Chapter 2 European Private Enforcement: the defendant's perspective. PP 14-28, p. 21-22 In: GOTTS, Ilene Knable. *The Private Competition Enforcement Review*. London: Law Business Research Ltd, 2013.

²⁵⁷ CARVALHO, Vinícius Marques de et al. *Defesa da concorrência: estudos e votos*. São Paulo: Singular, 2015, p. 62.

²⁵⁸ LENOIR, Noëlle. Ob. Cit., p. 140.

Também não nos parece cabível qualquer tipo de presunção, seja para quantificar o dano, seja para identificar o responsável e o nexo causal entre o dano e sua conduta²⁵⁹. Parece-nos razoável, contudo, a aceitação de provas indiretas, como a comparação entre a situação econômica do mercado e do prejudicado antes, durante e depois da prática da conduta²⁶⁰.

A prova do montante do dano, assim como dos demais requisitos da indenização no direito antitruste é facilitada se se utilizam provas de processo penal ou administrativo sobre a infração²⁶¹.

Não raro, porém, estas provas são sigilosas, pois procuram preservar o segredo comercial das empresas²⁶². Este fato cria desafios novos para a aplicação privada do direito antitruste no Brasil, especialmente quanto a incerteza quanto a posição que será adotada pelo Judiciário quanto a utilização de provas de processos administrativos do CADE e de processos penais, diante do dilema que pode surgir entre o interesse da parte lesada na instrução de seu processo e o interesse do infrator, em proteger seus segredos comerciais.

Autonomia

Estas questões que agora abordamos e também outras que trataremos a seguir, nos levam a discutir a autonomia e as relações da aplicação privada do direito antitruste e sua relação com as esferas penal e administrativa.

Também nos termos do art. 47, da Lei 12.529/2011, as pretensões privadas decorrentes de práticas anticoncorrenciais são autônomas, pois não dependem do inquérito ou processo administrativo no âmbito do SBDC.

A aplicação privada também é independente do processo criminal, a teor dos art. 935, do CCB e art. 63 a 67, do Código de Processo Penal – CPP.

Correlações e dever de indenizar

Estas normas, porém, bem como o art. 91, do Código Penal – CP, disciplinam certa correlação entre a obrigação cível e os crimes, inclusive contra a ordem econômica, notadamente no âmbito da reparação do dano.

²⁵⁹ Em sentido contrário: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op. Cit., p. 26.

²⁶⁰ Sobre a utilização no *enforcement* privado da prova do processo penal e administrativo, trataremos adiante.

²⁶¹ LENOIR, Noëlle, Ob. Cit., p. 138.

²⁶² Idem. p. 138-139.

Dispõe o Código Penal, em seu art. 91, I, que a condenação criminal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, fenômeno que não ocorre com a condenação administrativa.

É de se reconhecer que a norma tem aplicação restrita, pois o direito brasileiro não criminaliza todos os possíveis ilícitos administrativos, tendo em vista a Lei 12.529/2011 alterou a redação do art. 4º, da Lei 8.137/1990, de modo que as figuras penas dos incisos I e II, passaram a exigir o acordo entre empresas como elemento do crime, não mais vigendo condutas unilaterais, como a prática de preço predatório e de preços abusivos.

Ademais, não há no Brasil responsabilidade penal da empresa (salvo nos crimes ambientais, conforme art. 225, § 3º, da CF/88). Dessa forma, a condenação penal somente torna certo o dever de indenizar por pessoas físicas.

Por outro lado, a condenação penal não é requisito da indenização. O dever de reparar pode ser constituído na ação cível, mesmo que não haja ação penal, e pode alcançar tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas envolvidas no ilícito.

No que concerne à parte lesada pelo crime concorrencial, há também uma peculiaridade.

A norma penal refere-se à vítima do crime, em geral uma pessoa especificamente identificada, titular do direito violado. Nos crimes contra o patrimônio, por exemplo, o condenado tem o dever de indenizar o proprietário e nas lesões corporais, o lesionado.

O titular do direito antitruste, porém, é a coletividade, não havendo uma vítima a priori, mostrando-se necessário a identificação das pessoas prejudicadas. Embora seja possível defender que a condenação criminal torna certo o dever de indenizar, pode-se, pelo menos, questionar se este dever faz coisa julgada em favor dos particulares, que não são parte e não necessariamente são determinados no processo penal.

Correlações e prova do ilícito

De outro turno, a absolvição penal com reconhecimento categórico de inexistência material do fato impede a propositura da ação privada (art. 66, do CPP), mesmo que o autor (a empresa supostamente prejudicada) não tenha participado da ação penal.

Nos demais casos, a sentença absolutória, o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação, a decisão que julgar extinta a punibilidade e a sentença que decidir que o fato imputado não constitui crime (art. 66 e 67, do CPP), não impedem a ação privada para cessar a prática anticoncorrencial ou obter a reparação por dano.

O art. 935, do CCB, reforça autonomia da esfera cível face a penal, pois impede ao réu discutir na ação cível a materialidade e autoria do fato, quando decididas no juízo criminal. Leia-se:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Materialidade e autoria apurados no processo administrativo, contudo, não fazem coisa julgada no processo civil. O processo administrativo pode ser utilizado na instrução probatória da demanda privada, mas não vincula o juiz do caso.

Com vistas a zelar pela uniformidade nas decisões civis e administrativas, a lei determina que “o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir” nos processos que envolvam a lei da concorrência, “na qualidade de assistente” (art. 118, da Lei 12.529/2011).

Não há, porém, garantia de uniformidade nas decisões, inclusive pelo pequeno número de casos, que leva a pouca familiaridade dos juízes brasileiros com o direito antitruste, fato percebido pela OCDE²⁶³.

Correlações e prescrição

O art. 206, § 3º, V, do CCB determina a prescrição da reparação por dano em 3 anos.

Este tema também suscita discussões, face a autonomia da aplicação privada do direito antitruste e suas relações com as esferas penal e administrativa.

No direito brasileiro, esta questão também comporta dois regimes bastante marcados, o da dependência face a esfera penal e a independência face a esfera administrativa.

De acordo com o art. 200, do CCB, “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”. No mesmo sentido, o art. 63, do CPP autoriza a execução no juízo cível da reparação pelo dano decorrente do crime, a partir do trânsito em julgado da sentença penal.

²⁶³ Also, on the side of the judiciary itself, the prolonged time that appeals can take within the Brazilian judiciary and judges' lack of familiarity with antitrust strongly contribute to discourage actions for damages. OECD. Ob Cit., p. 3.

Dessa forma, para os crimes de cartel, não corre prescrição da aplicação cível enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória ou absolutória.

Se a ação penal não chegar a ser proposta, não haverá sentença a partir da qual se conta o prazo da prescrição cível, de modo que este prazo deve começar a correr após o prazo da prescrição para a propositura da ação penal (12 anos, nos termos do art. 109, III, do CP). Neste caso, contudo, caberá à parte provar a prática do crime diante do juízo cível, sob pena de prescrição do direito.

Não há, contudo, disposição similar que suspenda a prescrição cível em decorrência de processo administrativo.

Neste caso, a prescrição começa a contar a partir do conhecimento do dano e de sua autoria, ou da violação do direito, na esteira da jurisprudência do STJ²⁶⁴, fundamento utilizado por Marcelo Rivera dos Santos para defender que o prazo deve ser contado a partir da ciência do ilícito, o que se torna inequívoco com a publicação da decisão condenatória do CADE²⁶⁵.

A nosso ver, a data da publicação da decisão condenatória do CADE *não pode* ser considerada marco inicial da prescrição para todos os casos. É possível a aplicação privada do direito antitruste independente da existência de processo administrativo e o tema de conhecimento da infração é matéria de fato. Neste sentido, a publicação da decisão do CADE poder gerar a presunção de conhecimento do ilícito, não sendo legítimo alegar o conhecimento da infração em data posterior. Por outro lado, nada impede que o infrator prove que o prejudicado tomou conhecimento do ilícito e do dano em momento anterior.

Pode surgir daí uma contradição, pois o prazo prescricional contra o particular, de 3 anos, é menor que o prazo para a administração, de 5 anos, como prevê o art. 46, da Lei 12.529/2011, embora o SBDC seja estruturado para reprimir os ilícitos antitrustes e o agente privado não.

Parece-nos recomendável, assim, alteração legislativa, que pode ser levada a efeito no próprio art. 47, da Lei 12.529/2011, para definir a contagem do prazo prescricional da ação cível diante de infrações administrativas de forma similar ao que ocorre com as infrações penais, vale dizer, 3 anos após a decisão do CADE²⁶⁶.

²⁶⁴ SANTOS, Marcelo Rivera dos. Op. Cit., p. 146.

²⁶⁵ Idem. p. 147.

²⁶⁶ Na França, por exemplo, recente alteração legislativa determinou a suspensão do prazo prescricional das ações cíveis, em decorrência da abertura de processos perante autoridades antitrustes. LENOIR, Noëlle, p. 140. Da mesma forma, o § 33 (5) da Lei contra Restrições da Concorrência alemã Gesetz gegen

Correlações e cessação de conduta

Estas correlações relativas a prova do ilícito e a prescrição do dever de indenizar não se aplicam às ações de cessação de conduta. De fato, a apuração criminal ou administrativa leva naturalmente à cessação da conduta ilícita, de modo que não resta interesse do particular para a ação particular com o mesmo objeto.

Conclusões parciais

Em síntese, a aplicação privada do direito antitruste enquadra-se na regulamentação comum, que rege as relações particulares decorrentes de ilícito. Os elementos da ação privada são o ilícito, o dano (na indenização) e a possibilidade de dano (na cessação de conduta) e o nexo causal.

O sistema privado é relativamente independente dos sistemas penal e administrativo, havendo correlações mais fortes do *enforcement* privado com o *enforcement* público, quando o fato constitui crime, vale dizer, quando se trata de cartel.

4. Requisitos específicos de aplicação privada do direito antitruste: as infrações

As ações concorrenciais privadas também apresentam suas peculiaridades, decorrentes da natureza do ilícito, como ocorre em qualquer área do direito. As pretensões de reparação por dano criminal possuem características próprias, que variam inclusive em razão do crime cometido. De igual forma, há elementos próprios nas obrigações de fazer, não fazer e indenizar, no direito civil, no direito administrativo, no direito trabalhista etc.

Este fenômeno não é essencialmente distinto do direito da concorrência.

Estas peculiaridades devem ser investigadas nos tipos de ilícitos anticoncorrenciais, mas de acordo com os pressupostos de aplicação privada do direito, vale dizer, ilícito, nexo causal e dano.

O ilícito anticoncorrencial

Não há um critério único e inequívoco para se identificar as violações da concorrência. Esta pode ser infringida por condutas a princípio legítimas e por vezes

Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), que expressamente determina a suspensão do prazo prescricional das ações cíveis de reparação de dano pela abertura de processo perante as autoridades antitruste alemã e européia.

opostas, como o aumento de preços ou a redução de preços, a negativa de contratar, o estabelecimento de preço uniforme de venda ou de compra e determinado produto, serviço ou insumo.

A própria concorrência, como valor e como direito (para a economia e para a ciência jurídica) é difícil de ser definida, principalmente se considerarmos que não há um ilícito “natural” de seu oposto, a ausência de competição, o monopólio.

Em geral, a concorrência é representada pela curva de oferta e demanda em um mercado competitivo de um produto ou serviço, em que há muitos ofertantes, muitos compradores e onde o preço e a quantidade produzida não podem ser influenciados por qualquer dos agentes. É o que se chama de concorrência perfeita.

Ocorre que este mercado plenamente competitivo é um ideal, que não existe na realidade. Encontra-se, na realidade, exemplos de concorrências monopolísticas, de oligopólios e de monopólios. Ademais, estes tipos são modelos, formas pelas quais a economia classifica os mercados, a partir de suas características gerais e de seus elementos, que por sua vez são flexíveis e mutáveis.

Constituem violação da concorrência, em termos bastante abstratos, os desvios artificiais em um determinado mercado, que o afasta do modelo ideal da concorrência perfeita.

Para a ciência jurídica, a concorrência é um direito difuso, que pertence ao conjunto da coletividade e que não pode ser dividido. É, ainda, um princípio, que, aliado à livre iniciativa, configura a visão estatal acerca de como deve ser o funcionamento do mercado.

Por ser um princípio, a concorrência não elege um modelo econômico nem determina com exatidão as condutas dos agentes econômicos.

Se a concorrência é, assim, uma noção vaga e imprecisa, como pode ser violada? E mais, se violada, como pode gerar direitos subjetivos, a justificar a aplicação privada, baseada em direitos individuais, do direito que a protege?

Toda a imprecisão do termo, contudo, desaparece diante do funcionamento factual do mercado da aplicação da norma que regula a concorrência. Na prática, a concorrência é determinada pelo conjunto de atos dos agentes econômicos livres, no sentido de produzir e vender bens e serviços com o objetivo de lucro. Quando surge no mercado agentes com poder econômico, que se utilizam deste poder para retirar a liberdade e a possibilidade de competição de outros, surge também, em termos concretos, a violação da concorrência.

O poder econômico pode ser adquirido individualmente, pela maior eficiência do agente econômico (e nisso não há ilegalidade), ou coletivamente, por acordos frequentemente ilícitos, entre concorrentes (acordo horizontal ou cartel) ou entre empresas que desempenham funções distintas no mercado, como produção, distribuição, venda a varejo (acordos verticais). O abuso do poder econômico, este sempre ilícito, também pode ser praticado individual ou conjuntamente.

Tais condutas abusivas são aquelas que, com relação a seus efeitos concretos ou potenciais: retiram do mercado agentes econômicos; dificultam a entrada de novos agentes econômicos no mercado; definem preço de venda superior ao que seria praticado em condições normais de mercado ou reduzem a quantidade a níveis inferiores à demandada pela sociedade, com prejuízo para o consumidor final; condicionam a venda de um produto a aquisição de outro; discriminam preços em proveito da necessidade do adquirente do produto ou serviço etc.

Estas condutas, portanto, são realizadas com certa frequência em detrimento de concorrentes, fornecedores, distribuidores, varejistas e consumidores identificados ou identificáveis, fazendo surgir, assim, a possibilidade de danos individuais e o direito subjetivo (por exemplo, do consumidor que pagou o preço mais elevado, do concorrente alijado do mercado, do fornecedor impedido de atuar em determinada localidade, do distribuidor impedido de adquirir produtos de uma empresa ou um grupo de empresas, do varejista que perdeu o contrato por fixar os preços abaixo do exigido pelo fornecedor) de reaver o que perdera.

Embora o teor do *caput* do art. 36, da Lei 12. 529/2011 seja um tanto vago, como é, em tese, o conceito de concorrência, as condutas previstas no parágrafo terceiro são bastante determinados, e podem configurar ilícitos concorrenciais passíveis de causar lesão a particulares.

A própria lei afirma que as práticas elencadas no § 3º, do art. 36, da Lei Antitruste não são exaustivas, caracterizando infração à ordem econômica outras possíveis condutas, que preencham os requisitos do *caput*. Não obstante, as condutas ali especificamente previstas constituem infração e apresentam a concretude necessária para a violação de direitos individuais e, portanto, a fundamentarem pretensões particulares de aplicação do direito antitruste.

O ilícito e a regra da razão

Na apuração do ilícito também é necessário levar em conta as infrações per se e aquelas regidas pela regra da razão.

Os chamados ilícitos per se, como os cartéis de preço, configuram-se pela simples realização da conduta, independente do poder de mercado dos agentes, da comprovação de acordo ou dos efeitos da conduta.

Outros ilícitos, porém, são regidos pela regra da razão, segundo a qual determinada conduta se se mostrar razoável.

A origem da regra da razão é bastante antiga, e remonta a precedentes britânicos do século XVIII, relativos a dissídios comerciais, no âmbito da *common law*²⁶⁷, fora aplicada nos Estados Unidos mesmo antes do *Sherman Act*, por influência do juiz William Howard Taft, que defendia a legitimidade de restrições ancilares (que não constituíssem o objeto principal do acordo) e razoáveis do comércio²⁶⁸.

Em termos mais concretos, em ilícitos como venda casada, divisão territorial, cláusula de localização, manutenção do preço de revenda e outros, somente serão ilícitos se seus efeitos forem desarrazoados, é dizer, apresentem mais efeitos anticompetitivos que efeitos pró-competitivos, como redução de preço, melhoria da qualidade do produto etc.

As condutas comerciais, contudo, não são somente anticompetitivas ou pró-competitivas. Podem surtir ambos os efeitos. Dessa forma, em certos casos, exige-se que a conduta apresente efeitos anticompetitivos líquidos para serem consideradas ilícitas. Em outros termos, se seus efeitos pró-competitivos superarem seus efeitos anticompetitivos, não serão ilícitas, mesmo que delas decorram perdas econômicas para terceiros.

Nos ilícitos per se, não se apuram efeitos competitivos líquidos. A conduta é presumidamente danosa à concorrência e, portanto, ilegal, independente de seus efeitos concretos.

No caso dos ilícitos regidos pela regra da razão, cabe ao interessado provar também os efeitos anticompetitivos líquidos da conduta, pois, nestes o resultado é da essência do ilícito.

O dano

²⁶⁷ GELLHORN, Ernest, KOVACIC, William E., CALKINS, Stephen. *Antitrust law and economics*. St. Paul, MN: Thompson West, 2004, p. 4-7.

²⁶⁸ Idem., p.9.

O *enforcement* privado da lei antitruste não demanda, contudo, apenas a infração concorrencial. É necessário que dela decorra, e somente dela, decorra prejuízo a terceiro. Necessário, pois, que o ilícito cause (nexo causal) o prejuízo (o dano).

O dano aos indivíduos não é uniforme nas mais variadas condutas anticompetitivas. A conduta que viola a Lei da Concorrência pode, inclusive, não causar qualquer prejuízo aos demais agentes econômicos.

Podemos imaginar, por exemplo, a figura de tentativa de monopólio, mediante prática de preços predatórios. É possível que o agente possua poder de mercado, pratique a conduta predatória por tempo razoável, e que a conduta leve a um surto de consumo adicional, talvez promovido pela publicidade da empresa, mas que não retire parcela de mercado dos concorrentes e que por razões alheias à vontade do agente a conduta cesse antes de atingir o objetivo pretendido (por exemplo, por meio da atuação do CADE).

Para o sistema administrativo de defesa da concorrência, há ilícito, pois a infração não exige a consumação do resultado. Na espécie, o interesse público visa a manutenção de concorrência no futuro, que restaria reduzida caso a tentativa de monopólio se mostrasse exitosa.

De outro lado, não há prejuízo aos consumidores, que adquiriram os produtos a preços mais baixos. Houve, ao contrário, ganho para estes. De forma similar, os concorrentes também não experimentaram prejuízos, pois não perderam parcela de mercado. Não há, assim, qualquer prejuízo a ser recuperado, nem hipótese de aplicação privada do direito antitruste.

Em outra linha de raciocínio, a conduta pode gerar prejuízos a determinados grupos de agentes econômicos, não a outros.

Na prática de cartel em que as empresas de certo mercado se unem, para elevar seus preços, há prejuízo inequívoco para os consumidores, mas somente haverá prejuízos para competidores, se eventual empresa do mercado demonstrar que sofrera boicote pelo cartel ou que fora impedida de entrar no mercado. É possível, contudo, que a prática de preços elevados do cartel eleve as vendas de eventual empresa que não pactua com o ilícito e estimule a entrada de novos concorrentes no mercado. Ademais, o cartel pode ter seus objetivos frustrados e não causar prejuízos a concorrentes (fornecedores, distribuidores e varejistas) se, por exemplo, não for eficazmente conjugado com práticas exclusivas.

Num último, de muitos possíveis exemplos, é clara a discrepância de danos na obtenção ilícita de exclusividade de patentes. A empresa que deixou de obter a patente

sofre evidentes prejuízos, embora sua quantificação seja difícil. Por não adquirir o direito de exploração, não pode auferir os possíveis lucros daí decorrentes, todos eles direcionados ao agente que adquiriu a exclusividade por meios indevidos. Os consumidores, porém, somente sofrerão prejuízos se a empresa patenteada reduzir a quantidade ofertada ou praticar preços excessivos. Se esta oferecer a quantidade de produtos demandada pelo mercado e praticar preços “concorrenciais” não haverá dano a ser compensado pelo *enforcement* privado da lei antitruste.

Não há, assim, uma uniformidade de dano decorrente de ilícitos concorrenciais em todas as condutas, a ser mensurados ou simplesmente arbitrados pelo juiz.

De outro turno, como observamos linhas acima, os ilícitos antitruste se assemelham a outros ilícitos regidos pelo direito empresarial, pelo direito do consumidor, pelo direito do sistema financeiro e pelo direito penal comum. Caso a conduta causadora do dano não seja praticada com abuso do poder econômico, pode haver persecução privada de reparação de dano, mas com fundamento em outras normas jurídicas, não da lei da concorrência.

Nexo causal

Por fim, em linhas de princípio, não há diferença entre o nexo causal nos ilícitos de que cuidamos e o dano sofrido, em relação a qualquer outro ramo do direito.

Cabe ao interessado provar que o dano decorreu do ilícito anticoncorrencial.

Há uma peculiaridade, contudo. O nexo causal entre a conduta e o dano deve levar em conta todos os efeitos da conduta no mercado.

Como observamos, certos ilícitos antitruste são regidos pela regra da razão, significando que a conduta somente será ilegal, com vistas no direito difuso da concorrência, se seus efeitos anticompetitivos superarem seus efeitos pró-competitivos.

Se a conduta apresentar efeitos pró e anti competitivos, ela irá prejudicar certos agentes econômicos (concorrentes ou distribuidores, por exemplo), atingidos pelos efeitos anticompetitivos e beneficiar outros agentes (especialmente os consumidores).

Haverá, assim, prejuízo ao concorrente, causado pela conduta. Mas este prejuízo for superado pelo benefício proporcionados aos consumidores pela mesma conduta, não haverá ilícito e o interessado não poderá invocar nexo causal entre a conduta e seus efeitos negativos, para aplicar a legislação antitruste.

Neste caso, considera-se que o prejuízo decorreu de atitude normal do mercado, não havendo que se falar em indenização por ato ilícito.

Condutas

A título exemplificativo, podemos complementar o texto com a análise de algumas condutas específicas em tese e as medidas de *enforcement* privado que podem ensejar, sem pretensão de esgotar a matéria.

A mais típica das condutas é a prática de *cartel*. “As avenças entre empresas concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam a neutralizar a concorrência existente entre elas são denominados cartéis”²⁶⁹. A prática é ilícita *per se*, independente de seus efeitos líquidos.

Por meio deste acordo, as empresas concorrentes decidem reduzir a quantidade produzida e elevar os preços de seus produtos. Neste caso, o consumidor é sempre lesado, podendo individual ou coletivamente, por si ou por entidade representativa, buscar a cessação da conduta e a reparação do dano, bastando a prova da conduta e sua ilicitude (*per se*) e a quantificação do dano.

A empresa distribuidora ou varejista também que adquire produtos de membros do cartel também pode ser legitimada, tanto pela redução da quantidade que pode adquirir, se prejudicar seus negócios, quanto pelo preço mais alto pago pelo produto. Quanto ao preço, é claro, distribuidor e varejista terão direito à indenização por dano se arcarem com o aumento do custo do produto, se não o repassaram a terceiro, especialmente o consumidor final.

O eventual dissidente do cartel, em regra, não sofre prejuízos, pois tende a vender mais em virtude do preço mais baixo face o praticado pelo cartel ou suprir a demanda aberta pela redução da produção do cartel. Não obstante, pode sofrer prejuízos se a prática do cartel for cumulada com outras condutas, tais quais a recusa de contratar.

Em outro exemplo, o cartel pode dividir o mercado em termos geográficos, entre as empresas participantes do acordo, de modo a reduzir custos logísticos, fazendo com que as de fora do cartel fiquem em desvantagem em termos de custos em todas as áreas. Os agentes não cartelizados podem obter a reparação, desde que provem a conduta ilícita e o dano sofrido.

A *recusa de contratar*, atividade em princípio lícita, pode apresentar diversas facetas de ilegalidade, se pretender excluir concorrentes ou reduzir a concorrência, autorizando a aplicação privada do direito antitruste. Nos termos do art. 36, § 3º, inciso

²⁶⁹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 338.

XI é ilícito “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais”. Por sua vez, o art. 36, § 3º, inciso V, prevê a ilicitude da conduta de “impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição”, conhecida na literatura como *essential facility doctrine*.

A empresa ou o cartel, em função de seu poder de mercado (individual ou coletivo), pode se negar a contratar com o concorrente, seja para atingir o monopólio, seja para punir o dissidente do conluio. A negativa pode constituir na limitação da rede de distribuição, de revenda e de fornecimento do concorrente, causando-lhe prejuízos passíveis de recuperação pelo *enforcement* privado.

Há diversas hipóteses de recusa de contratar que afetam a concorrência, algumas legítimas outras ilegítimas.

No *enforcement* privado da lei antitruste baseada nesta conduta, deve o interessado provar a ilicitude e eventualmente os efeitos econômicos líquidos da conduta. Combinada com o cartel, esta prova (dos efeitos negativos líquidos) é dispensável. Se a negativa de contratar for praticada por agente sem poder de mercado ou por não concorrentes ou, ainda, tiver como finalidade combater *free rider*, os efeitos anticoncorrenciais líquidos da conduta também devem ser provados.

A *venda casada*, que recebe tratamento expresso no inciso XVIII, do art. 36, § 3º, da Lei 12.529/2011, é ilícito em que há uma mercadoria que o comprador deseja adquirir (produto vinculante), mas a venda é condicionada à aquisição de um segundo produto (produto vinculado).

Hovenkamp leciona que os requisitos para a conduta são a existência de dois produtos, poder econômico suficiente e volume substancial de comércio. Menciona, também, que outros elementos são considerados, como o efeito anticompetitivo da medida e a coerção²⁷⁰.

Embora os motivos e a eficácia econômica da medida sejam controversas²⁷¹, o prejuízo para a vítima é evidente. Obrigado a adquirir o produto que não consegue revender ou perdendo margem de lucro pela aquisição do produto indesejado, o dano está caracterizado. Caberá ao interessado provar, contudo, a conduta e sua ilicitude, bem como os efeitos anticoncorrenciais líquidos da medida.

Para o consumidor final, a prática é regida pelo art. 39, I, da Lei 8.078/1990.

²⁷⁰ HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. Saint Paul, MN: Thomson West, 2005, p. 185-6.

²⁷¹ *Idem*, p. 191-2.

Outra conduta que afeta a concorrência é a *manutenção de preço de revenda*, prevista no inciso IX, § 3º, do art. 36, da Lei 12.529/2011.

Manutenção do preço de revenda (*resale price maintenance - RPM*) “é o controle do fornecedor acerca do preço pelo qual a mercadoria é revendida pelo distribuidor ou varejista. Alguns acordos são muito mais explícitos que outros. Num extremo, o acordo pode envolver um contrato escrito incluindo cláusula pela qual o negociante, parte do contrato, deve revender a mercadoria do fornecedor a um preço especificado. No outro extremo, o acordo pode envolver coerções sutis impostas pelo fornecedor aos distribuidores ou varejistas”²⁷².

O ilícito de manutenção de preço de revenda *se caracteriza* pela definição do preço abaixo do qual o distribuidor ou varejista não pode vender o produto, por meio de divulgação de tabela de preços obrigatórios, vedação de desconto, fórmulas de apuração do preço etc e *se aperfeiçoa* com a negativa de contratar com a empresa que não obedece às regras de preço estipuladas.

Na conduta, o consumidor pode sofrer prejuízo se dela resultar prática de preços acima mercado e o distribuidor ou varejista pela negativa de contratar, por não obedecer a regra de preço.

Outra prática que enseja intenso *enforcement* privado nos Estados Unidos é conhecida como discriminação de preço, regido pelo *Robinson Patman Act*. Mais precisamente, a prática, denominada diferenciação de preço,

Segundo Hovenkamp, são duas as linhas de violação na diferença de preços: o preço predatório e o tratamento igualitário de concorrentes²⁷³.

Na linha do preço predatório, a norma procura impedir que o monopolista em uma região abuse desta posição com o intuito de praticar preços baixos em outras regiões onde não é monopolista.

A especificidade da conduta em relação às práticas predatórias em geral está na utilização do lucro obtido em uma área para suportar os preços mais baixos em outra localidade.

Na segunda linha de violação, o fornecedor vende a mesma mercadoria a dois distribuidores ou varejistas concorrentes a preços diferentes, de modo que um se coloque em posição mais favorável que o outro no mercado.

²⁷² Idem, p. 215.

²⁷³ Idem, p. 311-2.

Basta para caracterizar a infração a prática de preços diferentes para dois ou mais concorrentes. Para afastar a infração, o acusado pode justificar a diferença de preços em função de custos ou provar que a venda a valores mais baixos visou “bater” o preço da concorrência.

A conduta, prevista no inciso X, § 3º, do art. 36, da Lei 12.529/2001, pode gerar prejuízos a consumidores e especialmente a pequenos concorrentes. Na aplicação privada da lei, cabe ao interessado provar a conduta ilícita e o dano sofrido, bem como a existência de prejuízos líquidos para a concorrência (regra da razão).

5. Conclusões

Neste artigo não procuramos analisar a eficácia do *enforcement* privado da lei da antitruste, com vistas à proteção do direito difuso da concorrência, mas apresentar elementos técnicos que devem estar presentes na aplicação desta lei pelo particular lesado.

Cuidamos, assim, dos sistemas público, penal e privado de aplicação do direito antitruste, das normas gerais de aplicação privada do direito antitruste e dos requisitos específicos de aplicação privada deste direito.

A aplicação privada do direito antitruste no Brasil não se diferencia, em essência, da ação de reparação de dano e das obrigações de fazer e não fazer, regidas pelo direito comum.

O sistema privado do direito da concorrência é autônomo em relação às demais instâncias, autonomia que se relativiza principalmente na hipótese de crime contra a ordem econômica, vale dizer, no caso de prática de cartéis.

Dessa forma, tanto a ação de indenização, para reparar o dano causado pela conduta anticoncorrencial, quanto a ação de cessação da conduta, apresentam os elementos básicos das ações privadas em geral: o ilícito, o dano (efetivo, nas ações indenizatórias, ou potencial, nas ações de cessação de conduta) e o nexo causal.

Há, por certo, particularidades no *enforcement* privado da lei antitruste, o que ocorre na aplicação de qualquer norma específica que discipline ilícitos particulares.

Estas particularidades geram dificuldades, limitam as partes legitimadas à aplicação da lei e, em certos casos, impedem qualquer pretensão privada pela prática de ilícitos concorrenciais.

Contudo, também indicam os caminhos que o particular lesado deve seguir, para cessar condutas anticoncorrenciais ou para obter indenização pelo dano por elas causados,

tanto para a realização da justiça no plano individual, quanto para contribuir na defesa do direito difuso da concorrência.

6. Referências Bibliográficas

CARVALHO, Vinícius Marques de et al. *Defesa da concorrência: estudos e votos*. São Paulo: Singular, 2015.

CLARKE, Mark, BURROWS, Euan. Chapter 2 European Private Enforcement: the defendant's perspective. PP 14-28, p. 21-22 In: GOTTS, Ilene Knable. *The Private Competition Enforcement Review*. London: Law Business Research Ltd, 2013.

CRANE, Daniel A. Optimizing Private Antitrust Enforcement. *University of Michigan Public Law Working Paper N° 164*, September 17, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1474956>. Acesso em 29/12/2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *RCD*. Vol. 1. no 3, novembro de 2013,. PP. 11-31. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/75>. Acesso em 29/12/2015.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GELLHORN, Ernest, KOVACIC, William E., CALKINS, Stephen. *Antitrust law and economics*. St. Paul, MN: Thomson West, 2004.

HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. Saint Paul, MN: Thomson West, 2005

LANDE, Robert H. DAVIS, Joshua P.. Benefits from private antitrust enforcement: an analysis of forty cases. *University of San Francisco Law Research*, Vol 42, 2008. PP. 979-918. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1090661>. Acesso em 29/12/2015.

LENOIR, Noëlle, PLANKENSTEINER, Marco, TRUFFIER, Mélanie. France: Private Antitrust Litigation. *The European Antitrust Review 2016*. Global Competition Review, 2016, PP. 137-143. Disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/248/chapters/2919/france-private-antitrust-litigation/>. Acesso em 03/08/2016.

McAFEE, R. Preston, MIALON, Hugo M., MIALON, Sue H. Private v. Public Antitrust Enforcement: a strategic analysis. *Emory Law and Economics Research Paper N°*. 05-20, 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=775245>. Acesso em 29/12/2015.

MAGALHAES, Carlos Francisco de, DIAS, Gabriel Nogueira, DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo. Chapter 5 Brazil. PP 51-63 In: GOTTS, Ilene Knable. *The Private Competition Enforcement Review*. London: Law Business Research Ltd, 2013.

MAKATSCH, Tilman. The relationship between public and private antitrust enforcement – Germany. *OECD*. May, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3%282015%2916&doclanguage=en>. Acesso em 27/12/2015.

OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee on Cooperation and Enforcement. Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil. 15 June 2015, p. 3. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em 02/08/2016.

SANTOS, Marcelo Rivera dos. A ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial: do termo inicial da prescrição. *RCD*. Vol. 3. no 1, Maio 2015,. PP. 133-160. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/147/96>. Acesso em 29/12/2015.

SEGAL, Ilya R. WHINSTON, Michael D.. Public vs. private enforcement of antitrust law: a survey. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper N^o. 335*, December 15, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=952067>. Acesso em 27/12/2015.

WILS, P. J. Wouter. Should private antitrust enforcement be encourage in Europe? *World Competition Law and Economics Review*, Vol. 26, Issue 3, September 2003, PP. 473-488. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1540006>. Acesso em 27/12/2015.

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

Yane Pitangueira Dantas²⁷⁴

RESUMO

O presente trabalho discute a viabilidade da utilização da arbitragem como meio alternativo para a resolução de demandas de reparação de danos decorrentes da prática de cartéis, bem como as vantagens que são proporcionadas pela sua escolha. Verificou-se que o *private litigation* é um importante instrumento no combate a cartéis e um campo em crescimento no Brasil. Em virtude do seu necessário desenvolvimento, é suscitado o debate acerca da articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas. Como primeiro passo na consecução dessa articulação, destaca-se a Minuta de Resolução submetida à Consulta Pública 05/2016, que traz incentivos à reparação extrajudicial dos danos causados pelo ilícito concorrencial.

Palavras- Chave: Arbitragem; Cartéis; Resolução; CADE; Reparação; Dano.

ABSTRACT

The present essay intends to discuss the viability of using arbitration as an alternative option solving demands of repairing damages resulting from the practice of cartels, as well as the advantages that are offered by this choice. It has been verified that private litigation is an important instrument in the fight against cartels and is also a growing field in Brazil. Due to the need of its development, the debate about the articulation between the public and private persecutions to anticompetitive conduct is raised. As a first step in achieving this articulation, we highlight the Resolution Minutes submitted to Public Consultation 05/2016, which provides incentives for the extrajudicial reparation of damages caused by the competitive offense.

Keywords: Arbitration; Cartels; Resolution; CADE; Restitution; Damage.

Classificação JEL: K21

²⁷⁴ Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal da Bahia(UFBA). Intercambista do 37º Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PINCADE).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A importância do Private Enforcement no Combate a Cartéis à Luz da Teoria dos Jogos; 3. O Enforcement Privado na Repressão a Cartéis e a Realidade Brasileira; 3.1 Cartel dos Vergalhões de Aço; 3.2 Cartel do Câmbio; 4. A Decisão Proferida pelo STJ no Julgamento do Recurso Especial n.1554.986 e o Incentivo à Propositura de Demandas Indenizatórias; 5. A Arbitrabilidade de Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência; 6. As Vantagens da Arbitragem e a Minuta de Resolução submetida à Consulta Pública 05/2016; 7. Conclusão.

1. Introdução

Dentre as condutas lesivas ao direito da concorrência, a prática de cartéis é considerada a mais gravosa. Na lição de Forgioni (2016, p.353), os cartéis podem ser definidos como “acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles e que têm seu objeto ou efeito tipificado nos incisos do art. 36, caput, da Lei 12.529 de 2011”.

Em um mercado cartelizado, os preços dos produtos são maiores que os que seriam praticados em um ambiente competitivo, além de ser reduzido o incentivo para a inovação.²⁷⁵

Nesse contexto, os danos provocados pelo cartel oneram a economia como um todo e segundo Gabbay & Pastore (2012):

“Os efeitos do cartel podem atingir tanto os consumidores finais quanto os demais compradores (p.ex., distribuidores) e fornecedores (que podem ou não ser participantes da prática anticompetitiva), em relações horizontais ou verticais, e que pagam um preço acima do valor de mercado”.

Por essa razão, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça e Cidadania que zela pela proteção da livre concorrência) dedica vultosos esforços na prevenção e repressão desse ilícito concorrencial.²⁷⁶

Uma das formas de prevenção e repressão dessa infração à ordem econômica, no âmbito civil, se dá através do chamado “*private antitrust enforcement*”, ou seja, por meio do estímulo às ações privadas de reparação de danos.

A admissibilidade desse tipo de demanda no Judiciário Brasileiro é lastreada pelo artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011), que prevê a possibilidade de ingresso

²⁷⁵ Sobre o tema, interessante exposição é trazida por Elizabeth M.M.Q Farina e Paulo Furquim de Azevedo no artigo Política Industrial e Defesa da Concorrência: considerações sobre a experiência brasileira nos anos 90.

²⁷⁶ A prática de cartel é proibida no Brasil e o infrator pode ser responsabilizado tanto no âmbito administrativo (art.36 da Lei 12.529/2011), quanto no penal (art. 4ª da Lei 8.137/1990) e civil (art.47 da Lei 12.529/2011). O presente estudo concentra seu enfoque na esfera de responsabilização civil de danos, com algumas referências à esfera administrativa.

em juízo pelo prejudicado, tanto para a obtenção da cessação da conduta infratora, quanto para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito administrativo, que não será suspenso pelo ajuizamento da ação.

Ainda que desempenhe um papel de suma importância no combate a prática de cartéis, a busca por esse tipo de reparação, no Brasil, ainda não é expressiva (apesar de vir registrando um grande crescimento).

No que tange a reparação de prejuízos individuais sofridos por fornecedores e compradores da cadeia produtiva, vislumbra-se a possibilidade de utilização do sistema arbitral como meio alternativo para a resolução da controvérsia. (BECKER, 2015)

A submissão à arbitragem de demandas indenizatórias para reparação de danos individuais provenientes da prática de cartéis traz consigo inúmeros benefícios. O presente estudo pretende explicitar tais benefícios, bem como ressaltar umas das mais novas vantagens na sua aplicação. Essa nova vantagem é trazida pela articulação entre a persecução pública e privada a condutas anticompetitivas contida na Minuta de Resolução do CADE que foi submetida à Consulta Pública 05/2016.

2. A Importância do Private Enforcement no Combate a Cartéis à Luz da Teoria dos Jogos

De acordo com Becker (1968), se a compensação do dano fosse colocada em foco, a principal proposta da repressão às práticas restritivas de mercado seria a imposição de multas equivalentes ao dano infligido à sociedade. Dessa maneira, poderia se entender que se o ganho esperado por um agente de mercado for menor que o valor que deverá ser desembolsado a título de reparação, a tendência é de que o agente opte por cessar imediatamente a sua conduta infratora.

“If the economist’s theory about monopoly is correct, and if optimal fines were levied, firms would automatically cease any constraints of trade, because the gain to them would be less than the harm they cause and thus less than the fines expected”

Em sua exposição, o autor desenvolve um modelo em que o infrator realizaria uma avaliação racional acerca dos benefícios e custos envolvidos na prática de um ato criminoso e os compararia aos resultados provenientes da alocação do seu tempo em atividades legais.

Partindo do pressuposto utilizado na Teoria dos Jogos de que os agentes são racionais e que, por essa razão, optarão pela estratégia mais favorável, tem-se que o potencial praticante de

infrações à ordem econômica deverá fazer uma consideração entre o lucro auferido com a prática do ilícito (benefício) e o risco de condenação futura (custo). (BOSON, 2016)

A probabilidade e o montante da sanção exercem, portanto, um importante papel na escolha feita por um player no mercado.

Nesse contexto, as ações privadas de reparação de dano devem ser consideradas no cômputo de valor a ser desembolsado pelo praticante de cartel a título de “custo” da ação infratora.

Na esfera internacional, grande parte da eficiência da política antitruste se deve ao grau de efetivação do *enforcement* privado. A disposição de meios que possibilitem a atuação do *enforcement* privado torna maiores os custos de oportunidade²⁷⁷, de maneira que o resultado é um desestímulo a realização de ilícitos concorrenciais. (FARINA, 2016)

Nesse sentido, manifesta-se o Brasil no Relatório OCDE 2015:²⁷⁸

“Despite the aforementioned difficulties faced by private claims for compensation, these actions, in addition to leading to the cessation of the anti-competitive conduct, can be an important tool for deterrence, as they increase the negative financial consequences imposed on a infringer of competition rules, acting as an important reinforcement for the objectives of public enforcement. In other words, the filing of such actions increases the deterrent effect of anticompetitive practices and strengthens antitrust policy.”

Nos Estados Unidos, o prejudicado pelo cartel é favorecido pelo chamado “*treble damage*”, recebendo um valor equivalente a três vezes o que seria ordinariamente cabível. Nesse país, a litigância privada é reconhecidamente indispensável ao bom funcionamento da política da concorrência.²⁷⁹

Quando as autoridades antitrustes americanas anunciam a investigação de um potencial cartel ou há a realização de acordo através do qual se tem a confissão de prática de cartéis por

²⁷⁷ Sobre o conceito de custos de oportunidade, DENARDIN, A.A.(2004, p.3) sintetiza a definição de Nascimento (1998) nos seguintes termos: “Toda vez que existirem problemas de escolha entre várias alternativas de ação, estará presente o conceito de custo de oportunidade. Ao analisar várias alternativas de ação, o tomador de decisão sempre se perguntará se o benefício que obterá em relação ao sacrifício de alternativas de ação correspondentes será o melhor possível nas circunstâncias em que a decisão está sendo tomada. Essa é a verdadeira essência de custo de oportunidade.”

²⁷⁸Disponível

em:

<[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)>. Acesso em: 01. mar.2017.

²⁷⁹ Vide voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan, no Processo Administrativo 08012.009888/2003-70, julgado em 01.set.2010, bem como Seção 7 do Sherman Act: “Any person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful by this act, may sue therefor in any circuit court of the United States in the district in which the defendant resides or is found, without respect to the amount in controversy, and shall recover three fold the damages by him sustained, and the costs of suit, including a reasonable attorney's fee.”

alguma empresa, não é incomum que surjam, de logo, ações indenizatórias de reparação de danos. (GABBAY & PASTORE, 2014).

Já no que tange a União Europeia, verifica-se que, em que pese à demanda por ações privadas de reparação de danos ainda não ser significativa, tem-se dado extrema relevância a solução dessa questão, haja vista a sua importância na repressão às infrações concorrenciais. Nesse intuito, foi emitido o Livro Verde, em dezembro de 2005, e o Livro Branco, em abril de 2008. Em 2014, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Diretiva²⁸⁰ que traz critérios claros para o desenvolvimento do *enforcement* privado, visando incentivar a justa reparação do dano, bem como desestimular a realização do ilícito concorrencial. (COELHO, 2010)

Dessa maneira, quanto ao combate aos cartéis, observa-se que a reparação de danos na esfera cível tem influência direta no montante da sanção atribuída a um praticante de infração à ordem econômica e, conseqüentemente, na sua decisão de praticar ou não o ilícito, bem como de cessar a conduta infratora. O estímulo a ações privadas de reparação de danos é, então, internacionalmente difundido e reconhecido como de extrema relevância na prevenção e repressão da prática de cartéis.

3. O *Enforcement* Privado na Repressão à Cartéis e a Realidade Brasileira

A atuação do “*private litigation*” na busca da indenização por danos derivados de infrações à ordem econômica ainda não é expressiva no Brasil. Entretanto, tem havido um crescimento no número de ações desse tipo que são levadas ao Judiciário, além de um claro incentivo dos órgãos oficiais a sua propositura²⁸¹

Em estudo desenvolvido por Mation (2008), foram analisadas 396 decisões proferidas entre 1994 e 2008, oriundas de pesquisa a respeito da situação das ações civis com pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais (não se restringindo a condutas referentes à prática de cartéis) ou acerca da cessação dessas condutas.

²⁸⁰ Diretiva 2014/104/EU sobre Ações de Ressarcimento de Danos Concorrenciais da União Europeia do Parlamento Europeu e do Conselho (“**Directive on Antitrust Damages Actions**”) (“Diretiva”) Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE>>. Acesso em: 28.fev.2017.

²⁸¹ No Processo Administrativo n.08012.009888/2003-70, o CADE determinou o envio de sua decisão ao Conselho Federal de Medicina, à Associação Nacional dos Hospitais Privados, à Confederação Nacional da Indústria, ao Ministério da Saúde, à Federação Brasileira de Hospitais, à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo e ao Ministério das Cidades, com vias de estímulo à propositura de demandas indenizatórias.

Do total de decisões analisadas, 168 correspondiam a ações com pedido de ressarcimento de danos. Além disso, do total de condutas alegadas examinadas (429), verificou-se que 63 (14,6 %) delas se referiam a prática de cartel (a alegação mais recorrente).

Em participação brasileira no Relatório OCDE 2015, a baixa adesão ao *private litigation* é justificada por várias razões, dentre elas: (i) Primeiramente, no Brasil, assim como em outras jurisdições, existem obstáculos legais e procedimentais a ações de reparação. Estão incluídas a necessidade de análise econômica complexa, avaliação de risco e o cálculo de danos, que são notoriamente difíceis de serem obtidos por particulares; (ii) Informações e documentos fornecidos no âmbito de um acordo de leniência são mantidos em sigilo pelo CADE. O acesso a esses documentos é restrito àqueles que estão sendo investigados, bem como a outras autoridades públicas, como o Ministério Público Federal; (iii) Além disso, no que se refere ao próprio Judiciário, o tempo tomado pelos recursos e falta de familiaridade dos juízes com a matéria antitruste contribuem fortemente para desencorajar ações por danos. Vale ressaltar também que por serem processos longos e que requerem análises jurídicas e econômicas complexas, ações privadas de reparação de danos podem ser extremamente dispendiosas.²⁸²

Fica demonstrada, assim, a incipiente atuação do *private litigation* no Brasil, bem como suas possíveis causas.

O mesmo estudo (MATION, 2008) demonstra, ainda, um crescimento do número de demandas indenizatórias a partir de 2006. Observa-se, então, que o incentivo à cultura de reparação privada dos danos tem apresentado resultados, sendo um campo de promissor crescimento no Brasil.

Como referências de casos de cartéis no Brasil que demandaram ou apresentam perspectivas de demandas indenizatórias, podem ser citados os seguintes exemplos:

3.1 Cartel dos Vergalhões de Aço

²⁸² No original: “14. Firstly, in Brazil, as in other jurisdictions, there are legal and procedural obstacles to damage actions. These include the need for complex economic analyses, evaluation of risk and the calculation of damages, which are notoriously difficult to obtain by private parties.

16. Information and documents provided in the scope of a leniency agreement are kept confidential by CADE. Access to these documents is restricted to those who are being investigated, as well as other public authorities, such as the Federal Public Ministry. (...)

18. Also, on the side of the judiciary itself, the prolonged time that appeals can take within the Brazilian judiciary and judges’ lack of familiarity with antitrust strongly contribute to discourage actions for damages. It is also worth mentioning that due to these characteristics of being a lengthy process requiring complex legal and economic analysis, private actions for damages can be extremely costly for the parties.” Tradução livre. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em: 01.mar.2017.

O processo administrativo referente ao cartel de vergalhões de aço foi julgado em 2005²⁸³ e resultou na responsabilização da Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (atualmente denominada Arcelomittal Brasil S.A), Gerdau S.A e Siderúrgica Barra Mansa pela prática de condutas lesivas ao direito da concorrência. O CADE entendeu, no caso em comento, que restou configurada a infração à ordem econômica por formação de cartel na venda de vergalhões de aço no mercado nacional.

As empresas foram condenadas ao pagamento de multa no valor de 7% (sete por cento) do seu faturamento bruto, todos apurados no exercício anterior à instauração do Processo Administrativo, ou seja, o do ano de 1999, excluídos os impostos.

Após a decisão exarada pelo CADE, foram propostas ações indenizatórias contra as empresas condenadas pela prática de cartel. Vale ressaltar aqui a ação individual ajuizada pelo Grupo Cobraço face a Arcelomittal Brasil S.A, tendo em vista a viabilidade de resolução dessa demanda por meios alternativos de resolução de danos e o escopo do presente estudo.

Em que pese se vislumbrar a possibilidade de solução dessa controvérsia pela via arbitral, o método escolhido no caso em comento foi o de utilização do *private enforcement*. O Grupo Cobraço requereu, como principais pleitos, a cessação das condutas anticoncorrenciais realizadas pela Arcelomittal, a sua condenação ao ressarcimento das perdas e danos decorrentes da prática das condutas ilícitas, lucros cessantes (inclusive os oriundos da progressiva interrupção da atividade comercial), além de dano moral e à imagem.²⁸⁴

Em julgamento da Apelação Cível de n.1.0024.06.984815-8/033, a 11ª Câmara Cível entendeu pela manutenção da decisão exarada em primeiro grau que: (i) considerou prescritos o pleito de dano moral e à imagem; (ii) considerou prescritos os prejuízos decorrentes da prestação de serviços; (iii) considerou não existir prescrição no que se refere aos prejuízos provenientes das relações de distribuição; (iv) determinou a abstenção da prática de condutas anticoncorrenciais pela Arcelomittal; (v) determinou o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da progressiva interrupção das atividades comerciais do Grupo Cobraço. Ainda não houve o trânsito em julgado da presente demanda.

3.2 Cartel do Câmbio

²⁸³ Processo Administrativo n.08012.004086/2000-21.

²⁸⁴ Processo n. 002406984815-8 (9848158-78.2006.8.13.0024), 22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais.

O processo administrativo referente ao cartel do câmbio²⁸⁵ foi instaurado pela Superintendência Geral do CADE em julho de 2015. As investigações indicam que a atuação anticompetitiva envolveu o mercado de câmbio *offshore* e as instituições financeiras estrangeiras que operam nesse mercado. Entre as condutas anticompetitivas praticadas estão a fixação de preços ou níveis de preço (*spread* cambial), dificultando o acesso de concorrentes ao mercado.

Foram homologados, em dezembro de 2016, cinco Termos de Compromisso de Cessação (TCC's) celebrados com as instituições bancárias Barclays PLC, Citicorp, Deutsche Bank S/A Banco Alemão, HSBC Bank PLC e JP Morgan Chase & Co. Devem ser recolhidos R\$ 183,5 milhões a título de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD).

A investigação deverá prosseguir com relação às outras representadas no processo administrativo, quais sejam: Standard Chartered Bank, The Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ, LTD, Credit Suisse AG, Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Incorporated, Banco Morgan Stanley S/A, Nomura International PLC, Royal Bank of Canada, Royal Bank of Scotland, Standard Chartered Bank (Brasil) S/A e UBS AG, além de trinta pessoas físicas. Já as empresas que realizaram TCCs com o CADE, deverão ter o processo suspenso até a declaração do seu cumprimento integral.²⁸⁶

No esteio da investigação promovida pelo CADE, já se manifestaram prejudicados intencionando a reparação de danos. Em matéria publicada pelo Jornal Estadão, na coluna Economia e Negócios, noticia-se que a CSN, que tinha cerca de US\$ 200 milhões em contratos de câmbio com os bancos, ajuizou oito protestos judiciais contra Bank of Tokyo Mitsubishi, Barclays, Citigroup, Deutsche Bank, HSBC, JP Morgan, Merrill Lynch e Standard Chartered, pedindo que os prazos de prescrição para futuros pedidos de ressarcimento sejam interrompidos. No mesmo sentido, foi também ajuizado protesto pela TAM contra o banco suíço UBS.²⁸⁷

Essa atitude pode se justificar no fato de que, após uma efetiva condenação por parte do órgão antitruste, a persecução de danos na esfera cível seria facilitada no que diz respeito ao ônus probatório de que se incube o autor.

²⁸⁵ Processo Administrativo n.08700.004633/2015-04.

²⁸⁶ Vide notícia publicada por veículo oficial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-cinco-acordos-em-investigacao-de-cartel-no-mercado-de-cambio-no-exterior-e-abre-nova-investigacao-de-cartel-no-mercado-de-cambio-do-brasil>>. Acesso em: 01.mar.2017.

²⁸⁷ Matéria disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,csn-quer-indenizacao-do-cartel-do-cambio,10000088823>>. Acesso em 01.mar.2017

4.A Decisão Proferida pelo STJ no Julgamento do Recurso Especial n.1554.986 e o Incentivo a Propositura de Demandas Indenizatórias

O ato ilícito para fins de responsabilização civil concorrencial apenas restará configurado com a violação da norma legal e a verificação do dano. A responsabilização civil concorrencial, portanto, não está adstrita à potencialidade de prejuízo, se caracterizando pela realização do ilícito e pela concretização do dano, devendo existir nexo causal entre ambos. (CARVALHO, 2011)

O sistema brasileiro, como regra geral, atribui ao autor da ação o ônus probatório de fato constitutivo do seu direito.²⁸⁸ Dessa maneira, é preciso demonstrar em juízo o ato de infração à ordem econômica, o dano e o nexo causal entre o ato praticado pelo infrator e o dano verificado. Ao prejudicado pela infração concorrencial caberá, portanto, um custoso ônus da prova.

Nesse contexto, uma decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, decidindo pela limitação da confidencialidade de dados oriundos de Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação (TCC's) firmados com o CADE pode vir a facilitar a propositura de ações pelas partes prejudicadas.

A decisão traz, em seu teor, que não se poderia admitir o sigilo de dados por período indefinido de tempo, pois a sua manutenção só seria justificável no período de apuração da conduta. O Ministro Relator manifestou-se no sentido de que “o envio do relatório circunstanciado pela Superintendência- Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo” seria o marco temporal que finalizaria a fase de apuração da conduta, entendendo que a partir desse momento não seria mais justificável a continuidade do sigilo. O CADE deveria, então, “prestar informações e fornecer cópias dos autos dos procedimentos administrativos ao Poder Judiciário, quando requeridas para instruir ações judiciais”.²⁸⁹

A Procuradoria Geral do CADE opôs Embargo de Declaração por entender que a referida decisão diverge do entendimento do CADE sobre o tema. A preocupação se justifica pelo prejuízo que pode ser causado ao *enforcement* público pelo acesso a informações sensíveis aos Programas de Leniência e TCC do CADE.²⁹⁰

²⁸⁸ Código de Processo Civil. Artigo 373: O ônus da prova incube:

I- Ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito

²⁸⁹ Cf. decisão do STJ, 3ª Turma, no Recurso Especial nº 1.554.986-SP (2015/0219111-7). Recorrentes: Electrolux do Brasil S.A., Whirlpool S.A., Brasmotor S.A. Recorrido: Tecumseh do Brasil Ltda. Decisão proferida em 08 de março de 2016. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze.

²⁹⁰ Sobre o posicionamento do CADE, *vide* Nota Técnica 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj

Em que pese a discussão suscitada acerca do possível enfraquecimento dos programas de leniência realizados pelo CADE²⁹¹, é certo que a decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial n.1554.986 suscitou uma abertura a propositura de demandas indenizatórias pelas partes prejudicadas na prática de cartéis. A decisão estimulou, inclusive, um posicionamento do CADE sobre a questão, com a submissão da Minuta de Resolução submetida à Consulta Pública 05/2016.

5. A Arbitrabilidade de Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência

A arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção de arbitragem, da qual depende a competência do árbitro em relação à matéria. É o conceito de arbitrabilidade que delimita se uma matéria pode ou não ser submetida a um tribunal arbitral. Cada Estado tem a sua noção de arbitrabilidade própria, a depender dos valores socioeconômicos que ele entende que devem ser preservados. (KAZZI, 2007 *apud* VAZ, 2009)

Em compêndio editado pela CCI, há a indicação de três sistemas para a definição da arbitrabilidade em relação à matéria dos litígios. Existe o critério da livre disponibilidade do direito litigioso, o da natureza patrimonial do litígio e o da vedação à arbitragem de qualquer matéria que interesse a ordem pública. (CRISTOFARO & NERY, 2003)

A normativa brasileira que dispõe sobre a arbitragem, a Lei n. 9.307/96 prevê em seu artigo primeiro que podem ser dirimidos pela via arbitral questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis. São considerados direitos patrimoniais disponíveis aqueles que podem ser avaliados pecuniariamente e podem ser alienados ou livremente transacionados pelos seus titulares.

De acordo com Coelho & Silva (2013), definir a possibilidade de submissão de questões envolvendo problemas concorrenciais a arbitragem não é uma tarefa fácil, pois as questões em matéria antitruste no Brasil geralmente envolvem tanto questões constitucionais quanto direitos patrimoniais.²⁹²

Para os autores, práticas competitivas no Brasil são consideradas geradoras de uma dualidade de danos. Elas infligem danos sob a coletividade e a empresas e indivíduos

[4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm914TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIOZcpqBftsU_mXg,,](https://www.cci.org.br/Arquivos/4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm914TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIOZcpqBftsU_mXg,,) Acesso em: 01.mar.2017

²⁹¹ Sobre o assunto, *vide*: Acesso a informações e provas relacionadas a acordos de leniência no âmbito de ações indenizatórias privadas à luz do Recurso Especial n.1554.986

²⁹² No original: "Defining the possibility of submitting matters involving competition issues to arbitration is not an easy task, since antitrust matters in Brazil usually involve both constitutional matters and patrimonial rights." Tradução livre.

diretamente afetados pela prática. Os objetivos da acusação do CADE são os de punir aqueles que empreendem comportamentos anticompetitivos, a fim de proteger os direitos coletivos de livre concorrência e livre iniciativa. Esses direitos são inalienáveis e não podem ser sujeitos a arbitragem.²⁹³ Já os danos causados a empresas e indivíduos, por sua vez, não estariam sujeitos a essa restrição.

“Notwithstanding, in addition to the damages inflicted by anticompetitive practices upon society as a whole, which materialize into loss of welfare by the collectivity, some individuals are directly affected by such practices. Companies that form a cartel to raise prices, for example, may have supply agreements in place to provide their clients with products or services. Such clients are directly affected by the cartel and suffer a measurable loss that can be recovered in a lawsuit”.

A conclusão a que se chega é a de que a arbitragem pode ser utilizada por empresas e indivíduos, uma vez que a lei antitruste permite que os prejudicados busquem indenização perante o Judiciário, mas não os força a fazê-lo, o que demonstra que esse direito pode ser livremente disposto e, portanto, podem também ser sujeitos a negociação e resolução pela via arbitral.

“In this sense, the possibility to choose whether to exercise the right to seek indemnification demonstrates that such right may be freely disposed by the injured party and, therefore, may also be subject to negotiation and resolution by arbitration”.

6. As Vantagens da Arbitragem e a Minuta de Resolução submetida à Consulta Pública 05/2016

Uma vez ultrapassada a questão da possibilidade de utilização da via arbitral a questões de matéria concorrencial, resta esclarecer as vantagens da escolha desse meio alternativo de resolução de conflitos para solucionar controvérsias referentes à indenização devida pela prática do ilícito antitruste.

De antemão, sabe-se que o procedimento arbitral tem como característica a confidencialidade. Ficam resguardadas, portanto, as informações do litígio. Na área empresarial, a disseminação de determinadas informações pode causar prejuízos à imagem da empresa no mercado, gerando uma série de danos a sua atividade empresarial.

A própria legislação reconhece o potencial ofensivo da associação de uma informação a uma determinada empresa quando prevê, por exemplo, a necessidade de caução prestada por

²⁹³ No original: “As previously explained, anticompetitive practices in Brazil are deemed to generate a duality of damages. They inflict damages upon the collectivity and upon companies and individuals directly affected by the practice. CADE’s prosecution aims to punish those who undertake anticompetitive behavior in order to protect the collective rights of free competition and free enterprise.” Tradução livre.

credor domiciliado no exterior no ajuizamento de pedido de falência. A intenção desse dispositivo é a de garantir o valor de eventual indenização que possa ser devida ao pretendo devedor-falido por danos que viria a suportar caso seja verificada a propositura equivocada da ação (e a associação indevida da imagem da empresa a uma falência).²⁹⁴ A confidencialidade, gera, portanto, uma blindagem aos malefícios que a divulgação de uma informação poderia causar a atividade empresarial.

O sistema arbitral é também reconhecido pela sua celeridade e eficiência, bem como pela possibilidade de escolha de terceiro de confiança das partes que tenha conhecimento específico sobre o assunto e tenha condições, por essa razão, de proferir uma decisão mais acertada na resolução da controvérsia concorrencial.

Vale levar em consideração que a maioria das sentenças arbitrais são cumpridas voluntariamente pelas partes, sem a necessidade de utilização de métodos coercitivos. Pode-se associar isso ao fato de que, em uma decisão mais justa e eficaz, as partes tendem a ficar mais satisfeitas com o resultado e não questionar o que foi determinado.

Gabbay & Pastore (2014), suscitam ainda que:

“No âmbito internacional, a arbitragem também é escolhida, muitas vezes pelo fato de os contratantes serem de diferentes países e não quererem se submeter às vicissitudes dos tribunais estatais do foro da parte adversa, evitando, assim, se submeter à incerteza e aos custos dos tribunais nacionais – que, nesse caso, apenas terão que reconhecer e homologar o laudo arbitral posteriormente”.

Na esteira de vantagens da utilização da arbitragem como meio alternativo no âmbito da persecução privada de reparação de danos, surge uma nova e importante perspectiva, que deve ser examinada com a devida atenção, haja vista o seu potencial de promover alterações na maneira como é explorada a reparação em âmbito cível no país. Essa perspectiva é trazida na Minuta de Resolução do CADE, submetida à consulta pública 05/2016.

Em estudo realizado por HODGES (2014) foram examinadas as possíveis técnicas de reparação de danos, realizando uma comparação entre elas. Foi feita uma comparação entre o *public enforcement*, o *private enforcement* e a chamada “*Alternative Dispute Resolution*” (ADR), dentre as quais se insere o instituto da arbitragem. Os resultados alcançados remontam a uma posição vantajosa ao ADR, no que se refere aos custos e a celeridade do procedimento, desde que seja suficientemente incentivado. Segundo o autor, pode-se ter como incentivo a perspectiva de redução da penalidade:

“The voluntary and ADR technique offers the fastest and cheapest way of achieving payment if it can be sufficiently incentivized. Firms may have a number of incentives

²⁹⁴ Vide art.97, § 2º da Lei 11.101/05

to instigate voluntary payment, and these can clearly be enhanced by particular choices in the design of systems. If optimal use of ADR is to be achieved, it may be necessary to design a sufficiently large incentive, such as achieving the resolution of all public sanctions and private compensation consequences at the same time, or the prospect of negotiating a sufficiently large reduction of the fine or other penalty”.

Nesse sentido, com vias de fomento à reparação de danos concorrenciais no país, o CADE submeteu, em 07/12/2016, uma minuta de nova resolução à consulta pública. A resolução trata também da regulamentação dos procedimentos no órgão para acesso a documentos oriundos de Acordos de Leniência, de Termos de Compromisso de Cessação e de operações de busca e apreensão no âmbito do CADE.²⁹⁵

No que tange às demandas de reparação de danos concorrenciais, a minuta traz disposição específica que prevê a redução da contribuição pecuniária nas negociações de TCC's, bem como do montante aplicado à título de multa administrativa para praticantes de ilícitos concorrenciais que comprovarem o ressarcimento judicial ou extrajudicial desses danos.²⁹⁶

Uma das preocupações doutrinárias acerca do *private litigation* na prevenção e repressão à prática de cartéis é a de superdimensionamento da punição. Francisco (2014) entende que da mesma maneira que não há estímulo à cessação da prática infratora quando o valor a ser desembolsado a título de reparação é inexpressivo, também uma punição desproporcional pode ser nociva ao mercado. Nessa situação, o agente econômico poderá vir a evitar a prática de condutas lícitas e eficientes, temendo a punição, caso a conduta fosse entendida como anticoncorrencial.

O autor suscita ainda que o *private enforcement* poderia ser desvantajoso no sentido de que seria impossível a manutenção das multas aplicadas pela infração à ordem econômica num patamar ideal (que desestime a prática infratora na relação de custo-benefício levada em consideração pelo agente de mercado racional, bem como mantenha sua atuação efetiva no mercado), vez que não seria possível prever o número de ações indenizatórias que seriam propostas e/ou consideradas procedentes.

A disposição trazida na Minuta de Resolução do CADE, em seu artigo 15, auxilia na solução dessa questão, na medida em que leva em consideração o ressarcimento dos danos no

²⁹⁵ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>. Acesso em: 02.mar.2017.

²⁹⁶ Art. 15. A Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar, no momento da negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, uma redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa com relação aos participantes da infração concorrencial que comprovarem o ressarcimento extrajudicial ou judicial no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45 da Lei 12.529/2011.

estabelecimento de multas e contribuições pecuniárias de TCC's. Dessa maneira, além de facilitar a reparação dos danos aos prejudicados, ajuda a manter a punição em um valor próximo do ideal para a consecução dos fins da livre concorrência. Essa reparação é considerada, seja ela viabilizada tanto pela via judicial como pela extrajudicial.

Outrossim, como já ressaltado, a decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial n.1554.986 é de grande incentivo a propositura de demandas indenizatórias pelas partes prejudicadas com cartéis. A tendência que se observa no cenário atual é a de disseminação da cultura privada de reparação de danos no país, fortalecendo a prevenção e a repressão a prática de cartéis.

Desse modo, a escolha pela arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos, em detrimento da via judicial, permite que a controvérsia seja sanada por tribunal especializado e com julgador de confiança das partes, possibilitando uma decisão mais acertada e célere, que propicie, de logo, a sua consideração na redução da multa administrativa ou contribuição pecuniária no âmbito dos TCC's.

7. Conclusão

O presente artigo teve por objetivo demonstrar a viabilidade e as vantagens de utilização do sistema arbitral como meio alternativo na resolução de demandas indenizatórias de reparação de danos causados pela prática de cartéis.

Verificou-se, primeiramente, que a propositura de ações privadas de reparação é de suma importância na prevenção e repressão da prática de cartéis, mas que esse ainda é um campo em desenvolvimento no Brasil.

Nesse contexto, a arbitragem surge como um meio alternativo ao Judiciário na resolução de controvérsias ligadas à responsabilização do praticante de ilícito concorrencial na esfera cível. Sua utilização traz inúmeras vantagens, tais como a confidencialidade do processo submetido à análise do Tribunal Arbitral, bem como a celeridade inerente ao procedimento.

Com o crescimento da cultura do *private enforcement* que tem se observado no Brasil (incentivada pelos órgãos oficiais, bem como por decisões que refletem a preocupação com a reparação privada de danos, tais como o posicionamento do STJ no julgamento do Recurso Especial n.1554.986), faz-se necessária a articulação entre o *public enforcement* e o *private enforcement* no país.

O primeiro passo foi dado com a submissão da Minuta de Resolução do CADE, submetida à Consulta Pública 05/2016, que prevê a possibilidade de redução de multas administrativas e de contribuições pecuniárias no âmbito de Termos de Cessação de Conduta (TCC's) caso seja comprovada a reparação judicial ou extrajudicial de danos.

Propõe-se, dessa forma, um aprofundamento da discussão trazida no presente artigo, de modo a alcançar um modelo ideal de cooperação entre a persecução pública e privada a condutas anticompetitivas (dentre as quais a prática de cartéis é de extrema relevância), a fim de atingir a finalidade precípua trazida na Lei 12.529/11.

8. Referências

BECKER, Bruno Bastos. "CONCORRÊNCIA E ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DE QUESTÕES CONCORRENCIAIS EM ARBITRAGENS." *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n.2, p.239-270, 2015.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. In: *The Economic Dimensions of Crime*. Palgrave Macmillan UK, 1968. p. 13-68.

BOSON, Daniel Silva; JUNIOR, Gilson Geraldino Silva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas, Cartéis e Jogo. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 4, n. 2, p. 99-120, 2016.

BRASIL. Lei n. 12.529/2011, 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 nº8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº7.347, 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.

BRASIL. Lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.06.984815-8/033. 1º Apelante: Arcelor Mittal Brasil S/A, Sucessor de Siderúrgica Belgo Mineira S/A. 2º Apelante: Cobraço Serviços LTDA. 3ª Apelante: Cobraço Com Bras Aço LTDA. Apelado(a)(s): Cobraço Com Bras Aço LTDA, Cobraço Serviços LTDA, Arcelor Mittal Brasil S/A. Interessado: Anfat-Associação Nacional dos Fabricantes de Treliças. Relator: Desembargadora Mariza de Melo Porto. Belo Horizonte, 13 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em 28.fev.2017.

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos. 2011. Monografia. Fundação Getúlio Vargas.

COELHO, Flausino Gustavo. A Reparação Civil por Danos Concorrenciais: Desafios no Brasil e na União Européia. *Revista do IBRAC*, v.22, n.1, p 123/139, 2016

COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilela. Arbitrability of disputes involving antitrust issues in Brazil and the protection of free competition. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n.13, p.145-164, jul/dez., 2013.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo Juízo Arbitral. *Arbitragem Interna e Internacional-questões de doutrina e de prática*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 333-359, 2003.

DENARDIN, Anderson Antonio. A Importância do Custo de Oportunidade para a Avaliação de Empreendimentos Baseados na Criação de Valor Econômico (Economic Value Added–EVA). *ConTexto*, v. 4, n. 6, 2004.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. AÇÕES COLETIVAS [PRIVADAS] COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA. *Revista do IBRAC*, v.22, n.1, p.30-55, 2016.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. 2014. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo.

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 11, n. 43, p. 7-32, 2014.

HODGES, Christopher. Fast, Effective and Low Cost Redress: How Do Public and Private Enforcement and ADR Compare?. *Competition Law. Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU*, Kluwer Law International, 2014.

MATION, Gisela Ferreira. As Ações Cíveis Para Cessação E Reparação De Danos Causados Por Condutas Anticorrecionais no Brasil. III Prêmio SEAE, 2008.

VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do direito da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 353-385, 2009