

Vol. 6

Nº 1

2018- Maio

# Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

**REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Volume 6 – Maio 2018 – ISSN 2318-2253

**Periodicidade semestral**

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

**Conselho editorial**

Amanda Flávio de Oliveira

Ana de Oliveira Frazão

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Celso Campilongo

Diogo Coutinho

Edmond Schlumberger

Eduardo Frade Rodrigues

Eleanor Fox

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

Ivo Gico Junior

Laurence Idot

Marcio de Oliveira Júnior

Paula Forgioni

Saulo Casali

Vinicius Marques de Carvalho

William Kovacic

**Coordenação editorial**

Paulo Burnier da Silveira

Noemy Cabeleira de Araújo Castro Melo

Pablo Reja Sánchez

Victor Oliveira Fernandes

**Correspondência redatorial**

Revista de Defesa da Concorrência

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

CEP 70770504 – Brasília, DF

E-mail: [revista@cade.gov.br](mailto:revista@cade.gov.br)

## Sumário

Apresentação .....	3
A atuação do Ministério Público Federal junto ao CADE .....	5
O combate aos cartéis por meio da responsabilização civil e o desafio da quantificação dos danos.....	24
Private Enforcement de Cartéis no Brasil: O Problema do Acesso à Prova.....	55
O critério de dosimetria aplicada aos cartéis: o exemplo do cartel no mercado de <i>Gas Insulated Switchgear</i> .....	88
Grupos de compras: cooperação ou colusão?.....	120
Qual a contribuição da Teoria dos Jogos para os programas de leniência? Uma análise aplicada ao contexto brasileiro .....	156
<i>European Commission v. Google Inc.</i> : lições sobre a responsabilidade especial do agente econômico dominante.....	173
Novos Trustes Na Era Digital: Efeitos Anticompetitivos Do Uso De Dados Pessoais Pelo Facebook.....	198
Cooperação e Concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos.....	232

## Apresentação

A Revista de Defesa da Concorrência (RDC) chega ao seu sexto ano, renovando o compromisso de veicular artigos científicos de referência que mobilizem a comunidade acadêmica e profissional em torno de discussões atuais sobre o antitruste. A importância do periódico tem se refletido tanto na sua qualificação pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), que atribuiu à revista o selo Qualis B1, quanto no alto grau de impacto do periódico em publicações correlatas à área.

A presente edição traz nove artigos sobre temas diversos relacionados à defesa da concorrência.

O artigo inaugural faz um panorama da atuação do Ministério Público Federal (MPF) junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), destacando a relevância da atuação do *Parquet*, no exercício das suas funções institucionais, para o funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

O segundo artigo aborda os desafios do combate aos cartéis por meio da responsabilização civil, explorando as dificuldades de aplicação de métodos que permitam uma quantificação adequada dos danos produzidos pelos conluios. Nesse mesmo terreno, o terceiro artigo também discute o *Private Enforcement* de cartéis no Brasil. O texto apresenta um rico debate sobre a questão do acesso a provas produzidas em sede de Acordos de Leniência e de negociações de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) por parte das vítimas do cartel, assunto que tem sido controvertido no judiciário brasileiro.

O quarto artigo discute o método de cálculo de multas e de contribuições pecuniárias utilizado pelo CADE em investigações de cartéis, a partir do estudo de caso do Termo de Compromisso de Cessação (TCC) firmado no âmbito de investigação de conduta colusiva no mercado de *Gas Insulated Switchgear – GIS*.

O quinto artigo propõe uma avaliação do programa de leniência brasileiro a partir da literatura econômica relacionada à Teoria dos Jogos. O texto explora como a garantia de imunidade aos leninentes, a recompensa ao delator e a imunidade em relação aos danos dialogam com os aportes dessa teoria.

O sexto artigo aborda os limites da licitude de grupos de compra, cujas características essenciais – união de concorrentes para negociação conjunta de insumos ou outras condições

de contratação – podem aproximá-lo da formação de cartéis. A partir da exploração da doutrina especializada e da experiência comparada, o artigo apresenta as principais variáveis que devem ser consideradas quando da análise da licitude de um grupo de compra pelo CADE.

O sétimo e o oitavo artigo tratam da aplicação do antitruste no contexto da Economia Digital. O sétimo aborda o caso *European Commission v. Google Inc.*, examinando o conceito de responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes definido a partir da jurisprudência comunitária europeia. Já o oitavo investiga como a política de uso de dados de redes sociais pode impactar a concentração de poder econômico e como o Direito Antitruste pode reagir a essa questão.

Por fim, o último artigo averigua a delimitação do conceito de contrato associativo à luz da Resolução nº 17/2016 do CADE para fins de conformação do controle de estruturas. O estudo examina como alguns casos analisados pela autoridade antitruste após a publicação da referida resolução podem ser relevantes para delinear o novo entendimento da autoridade sobre esta modalidade de ato de concentração.

Considerando a relevância dos temas aqui tratados, é com imenso entusiasmo que a presente edição é trazida a público, com a certeza que cumprirá a missão de provocar e animar o interesse investigativo dos seus leitores.

Boa leitura a todos.

Alexandre Barreto de Souza

## **A atuação do Ministério Público Federal junto ao CADE**

Márcio Barra Lima<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Este artigo objetiva analisar a atuação do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF-CADE). Para tanto, serão sucintamente examinadas as atribuições do Ministério Público em matéria de defesa da concorrência, relativamente às três esferas de responsabilização dos ilícitos antitruste: penal, cível e administrativa especializada. Em seguida, será apresentada a matriz normativa do MPF-CADE. Posteriormente, serão aprofundadas as principais atribuições do MPF-CADE, tanto ordinárias como extraordinárias, bem como as prerrogativas que lhe são conferidas para o fiel cumprimento de seus misteres. Ao final, pretende-se evidenciar a relevância do Ofício do MPF-CADE, como elemento integrante da engrenagem, para o eficaz e eficiente funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Palavras-chave: Ministério Público; Defesa da Concorrência; Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; Representação do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

### **ABSTRACT**

This article aims to analyze the performance of the Representative of the Federal Prosecution Service to the Brazilian Administrative Council for Economic Defense (MPF-CADE in its acronym in portuguese). To this end, the attributions of the Prosecution Service in competition matters will be succinctly examined, concerning the three areas of antitrust liability: criminal, civil and administrative. Then, it will be presented the legal framework of MPF-CADE. Subsequently, it will be deepened the main attributions of MPF-CADE, both ordinary and extraordinary, as well as the prerogatives granted to faithfully fulfill its duties. At the end, it is intended to highlight the relevance of the MPF-CADE Office, as an integral part of the system, for the effective and efficient operation of the Brazilian Competition Defense System (SBDC).

Keywords: Prosecution Service; Competition Defense; Brazilian Competition Defense System; Representative of the Federal Prosecution Service to the Brazilian Administrative Council for Economic Defense.

Classificação JEL: K21; L40.

---

<sup>1</sup> Mestre e Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador Regional da República em São Paulo (2ª instância – MPF). E-mail: barralima@mpf.mp.br. As opiniões deste artigo são pessoais e não refletem necessariamente a visão da instituição à qual o autor possui vínculo.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. As atribuições do Ministério Público na defesa da concorrência. 3. O Ofício do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF-CADE). 3.1 O quadro normativo do MPF-CADE. 3.2 A atuação do MPF-CADE. 3.2.1 O trabalho ordinário do MPF-CADE. 3.2.2 O trabalho extraordinário do MPF-CADE. 3.3 As prerrogativas do MPF-CADE. 4. Considerações finais. 5. Referências.

## 1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, consagrando o Ministério Público como instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, conferiu-lhe uma série de atribuições, dentre as quais a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>2</sup>. Daí decorre primariamente o papel indispensável que o *Parquet* exerce na defesa da ordem econômica e, mais especificamente, da concorrência legítima pátrias.

A atuação do Ministério Público no antitruste se dá nas três esferas de responsabilização dos ilícitos concorrenciais: penal, cível e administrativa especializada. A atuação nesta última frente ocorre por meio do Ofício do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF-CADE), consoante previsão expressa da Lei nº 12.529/2011<sup>3</sup>.

O presente artigo objetiva analisar as atividades do Ofício do MPF-CADE. Para tanto, serão sucintamente examinadas as atribuições do Ministério Público em matéria de defesa da concorrência para em seguida deter-se na atuação do MPF-CADE. Assim, serão expostas a sua matriz normativa, suas principais atribuições (tanto ordinárias como extraordinárias), bem como as prerrogativas que lhe são conferidas para o fiel cumprimento de seus misteres. Ao final, pretende-se evidenciar a relevância concreta do Ofício do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF-CADE), como elemento integrante da engrenagem, para o eficaz e eficiente funcionamento do Sistema Brasileiro de

---

<sup>2</sup> Constituição Federal de 1988: Art. 127. *O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

<sup>3</sup> Lei nº 12.529/2011: Art. 20. *O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.*

Defesa da Concorrência (SBDC).

## 2. As atribuições do Ministério Público na defesa da concorrência

Sendo funções primordiais do Ministério Público zelar pela observância da lei e dos interesses sociais e difusos, possui ele atribuição para a defesa da ordem econômica, que envolve garantir e assegurar a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e a repressão ao abuso do poder econômico (art. 170, *caput* e incisos III, IV e V c/c art. 173, § 4º, todos da CF), ditames reconhecidos no art. 1º da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) como orientadores do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)<sup>4</sup>.

Além disto, de acordo com a Carta Magna, o Ministério Público é o titular privativo da ação penal pública (art. 129, inciso I, da CF) e possui a atribuição para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa de interesses difusos e coletivos (art. 129, inciso III, da CF), dentre os quais se inclui a defesa da concorrência (v.g.: art. 219 da CF c/c art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011).

Para executar estes deveres constitucionais, o Ministério Público atua em três frentes: administrativa-ministerial, judicial e administrativa especializada.

Pela via administrativa-ministerial, o Ministério Público promove atuação extrajudicial como investigador, atuando ele próprio na investigação direta de ilícitos anticoncorrenciais, seja na esfera cível (tutela coletiva) ou criminal. Estas atribuições podem ser exercidas por variados meios, dentre os quais se destacam o inquérito civil e o procedimento investigatório criminal (PIC). Ademais, é importante registrar que o Ministério Público também pode atuar como supervisor das investigações criminais levadas a efeito diretamente pela Polícia Judiciária (Civil e Federal) por meio dos inquéritos policiais.

O inquérito civil é o instrumento utilizado pelo *Parquet* para investigar, de ofício ou em face de representação, fatos que possam configurar lesão aos interesses ou direitos sujeitos à tutela do Ministério Público (notadamente os coletivos em sentido lato). Trata-se de procedimento inquisitivo instrutório (sobretudo coleta de provas) para a formação de *opinio* acerca da suposta violação à ordem econômica, para fins de arquivamento da apuração ou ajuizamento de ação civil pública, expedição de recomendação, pactuação de Termo de

---

<sup>4</sup> GABAN, Eduardo Mola; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 52-54; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 206/207.



Ajustamento de Conduta etc. Por sua vez, o procedimento investigatório criminal visa a investigar a ocorrência de infrações penais (como é o caso dos cartéis), servindo como preparação e embasamento para o ajuizamento de eventual Denúncia perante a Justiça competente, ou o arquivamento do apuratório pelo MP. Já na seara judicial, a atuação do Ministério Público é consubstanciada na promoção e titularização da ação penal pública objetivando a condenação das pessoas físicas pela prática do crime de cartel<sup>5</sup> (responsabilização criminal) e pelo ajuizamento de ação civil pública para defender os interesses difusos violados pelos ilícitos antitruste, de sorte a obter o ressarcimento de danos morais e patrimoniais decorrentes das infrações contra a ordem econômica<sup>6</sup> (responsabilização civil)<sup>7</sup>.

A atuação pelas vias administrativa-ministerial e judicial pode ser de atribuição do Ministério Público Federal (MPF) ou Estadual, a depender, de regra, do órgão judicial competente para a apreciação do caso na hipótese de judicialização da demanda em apuração<sup>8</sup>. Para auxiliar no eficiente cumprimento destas funções, vários acordos de cooperação e convênios foram firmados entre o CADE e o Ministério Público (tanto Federal como Estaduais)<sup>9</sup>, os quais fortalecem o combate às práticas lesivas à ordem econômica.

Portanto, merece destaque a cooperação recíproca em procedimentos investigatórios entre a autoridade administrativa antitruste e o Ministério Público com atribuição para atuação na esfera penal, notadamente por meio da formalização dos acordos de leniência (os quais produzem efeitos administrativos e penais<sup>10</sup>), do compartilhamento de provas, documentos e informações. É que se por um lado a autoridade administrativa conta com o conhecimento específico, de outro a autoridade ministerial criminal tem ampla experiência investigativa e capilaridade no território nacional que permite uma colheita mais ampla de provas.

---

<sup>5</sup> A prática de cartel constitui crime, sendo tipificado no art. 4º da Lei nº 8.137/1990 e no art. 90 da Lei nº 8.666/1993 (cartel em licitações públicas).

<sup>6</sup> Lei nº 7.347/1985 (LACP): *Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: V - por infração da ordem econômica.*

<sup>7</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 771/772.

<sup>8</sup> No caso de crime de cartel, por exemplo, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do MPF expediu a Orientação nº 9, de 26 de maio de 2014, de acordo com a qual o crime de formação de cartel, quando envolve outros países ou mais de um Estado da Federação brasileira, é de competência federal, atraindo a atribuição do Ministério Público Federal.

<sup>9</sup> Por exemplo: Acordo de Cooperação entre o CADE e o MP-PR, Acordo de Cooperação Técnica entre o CADE e o MP-RS, Acordo de Cooperação Técnica entre o CADE e o MP-DFT, Acordo de Cooperação Técnica entre o CADE e o MP-MG, Memorando de Entendimento entre o CADE e o MPF-SP, Convênio entre o CADE e o MP-SC, Convênio entre o CADE e o MP-RJ. A lista completa destes instrumentos bem como seu inteiro teor encontram-se disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/convenios-e-transferencias>>. Acesso em: 05/01/2018.

<sup>10</sup> O acordo de leniência é inclusive assinado conjuntamente pelo CADE e o MP.

Por fim, a atuação do *Parquet* na via administrativa especializada se concretiza por meio do Representante do Ministério Público Federal junto ao CADE. Esta atribuição, além de prevista expressamente no art. 20 da Lei nº 12.529/2011, também encontra matriz normativa nos arts. 1º; 2º; 5º, incisos II, alínea “c”, IV e VI e § 2º; e 6º, inciso XIV, alínea “b” e § 2º, todos da Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do MPU)<sup>11</sup>. Como aduzido, é precisamente este âmbito da atuação do *Parquet* Federal no antitruste que será objeto de aprofundamento neste trabalho.

### **3. O Ofício do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF-CADE)**

#### **3.1 O quadro normativo do MPF-CADE**

O art. 20 da Lei nº 12.529/2011 dispõe que o Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica tramitantes no CADE.

À primeira vista, esta atribuição específica do MPF no CADE, com participação efetiva e independente no sistema administrativo antitruste, pode de fato causar surpresa, sobretudo quando comparada aos modelos institucionais (*designs*) de sistemas jurídicos estrangeiros e até mesmo à estrutura de outras autarquias em regime especial semelhantes ao CADE, como a Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil e as Agências Reguladoras, as quais não contam com uma representação do Ministério Público que atue junto a elas<sup>12</sup>.

Assim, a existência do MPF-CADE, com papel particular no *enforcement* antitruste administrativo brasileiro, trata-se de grande diferencial do SBDC, o que fortalece a proteção e a defesa da concorrência pátria, dando maior eficácia e legitimidade às decisões do CADE<sup>13</sup>. Com efeito, destacando a singularidade da Representação do MPF junto ao CADE na

---

<sup>11</sup> Destaquem-se o art. 5º, inciso II, alínea “c”, que estabelece ser atribuição do Ministério Público da União zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à atividade econômica, e o art. 6º, § 2º, de acordo com o qual deve ser assegurada a participação do Ministério Público da União nos órgãos colegiados federais constituídos para defesa de direitos e interesses relacionados com as funções da Instituição.

<sup>12</sup> Neste sentido, por exemplo, é a crítica de Leonardo Vizeu Figueiredo, que se posiciona contrário à atuação do MPF no CADE, aduzindo que em outras autarquias federais sob regime especial não há atuação do Ministério Público (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 258).

<sup>13</sup> ALVES, Waldir. *O Ministério Público Federal e o CADE na Lei Antitruste*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. I – n. 1, out./dez. 2001, p. 129.

realidade internacional, a OCDE afirmou na revisão pelos pares (*peer review*) do SBDC ocorrida em 2010 que “o papel do Ministério Público Federal é principalmente o de ser uma voz independente dentro da agência, representando o interesse público”<sup>14</sup>.

Como consignado, esta atribuição do MPF-CADE decorre do próprio texto constitucional, bem como da Lei Complementar nº 75/1993. Neste sentido, com o fito de dar concretude aos mencionados arts. 5º, inciso II, alínea “c” e 6º, § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993, o art. 12 da Lei nº 8.884/1994 instituiu a figura do membro do Ministério Público Federal perante o CADE<sup>15</sup>, o que foi mantido pela nova Lei do CADE (Lei nº 12.529/11.)

Ademais, a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei de Defesa da Concorrência, consoante dispõe, por exemplo, o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011. Assim, tendo em vista a existência de um interesse geral que transcende os limites das estruturas do mercado, a intervenção do Ministério Público Federal é crucial para garantir o fiel cumprimento dos preceitos normativos, tanto dos princípios da ordem econômica como das garantias constitucionais do devido processo legal<sup>16</sup>.

Em 2016, substituindo a então vigente Resolução Conjunta CADE/PGR nº 01/2009, foi firmada a Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016, de 30 de setembro, resultado de longas tratativas entre o MPF e o CADE. Este importante instrumento especifica minudentemente toda a rotina que rege a atuação do Representante do *Parquet* perante o Tribunal do CADE e demais autoridades da autarquia. São pormenorizados os mecanismos de atuação e prerrogativas, de sorte a robustecer a eficiência e a completude de informações. Deste modo, foi conferida uma carga de eficácia antes inexistente àqueles diplomas superiores (Constituição e Lei Complementar nº 75/1993), ao menos no que se refere ao relacionamento interinstitucional<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE); BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID). *Lei e Política da Concorrência no Brasil – Uma Revisão pelos Pares*. 2010. p. 43. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 29/12/2017. A revisão pelos pares anterior, de 2005, já havia reconhecido a relevância do MPF, aduzindo-se que este “tem como objetivo servir como ‘cão de guarda’ contra ilegalidades nas operações do CADE” (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE); BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID). *Lei e Política da Concorrência no Brasil – Uma Revisão pelos Pares*. 2005. p. 48. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/35684126.pdf>>. Acesso em: 29/12/2017).

<sup>15</sup> PETTER, Lafayette Josué. *Direito Econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 227.

<sup>16</sup> FREIRE, Marusa Vasconcelos. *A Atuação do MPF junto ao CADE*. Revista de Direito Econômico, v. 24, Brasília, jul./dez. 1996. p. 38; LIMA, Luiz Augusto Santos. *Comunicação de Prestação de Contas das Atividades*. ca. 2012. Disponível nos autos do Processo Administrativo nº 08012.002921/2007-64. p. 21332.

<sup>17</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Ofício do Ministério Público Federal Junto ao CADE. *Relatório de Atividades (Biênio 2015-2016)*. Brasília: MPF, 2016. p. 12. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/mpf-junto-ao-cade-tem-novo-representante/relatorio-de-atividades-do-mpf-cade-versao-final.pdf>>. Acesso em: 29/12/2017.

A Resolução está assentada no múnus público do Ministério Público Federal de defender os valores da livre iniciativa e da livre concorrência a bem do interesse do consumidor e no propósito do MPF de fortalecer o serviço de proteção e defesa da livre concorrência<sup>18</sup>.

Este é, portanto, o enquadramento legal da atuação do Representante do MPF junto ao CADE. Na sequência, serão especificadas e aprofundadas as principais atribuições do *Parquet* atuante na agência antitruste brasileira.

## **3.2 A atuação do MPF-CADE**

### **3.2.1 O trabalho ordinário do MPF-CADE**

O objetivo primário do Ofício MPF-CADE diz respeito a uma atuação *custos juris* perante a autoridade concorrencial pátria. Neste sentido, a função do Representante do MPF junto ao CADE é essencial à política administrativa mantida pela União de defesa e proteção da concorrência, centrando-se (i) na atuação no controle das condutas anticoncorrenciais e na prevenção da concentração de mercado e (ii) na contribuição com soluções eficientes e equitativas na promoção da concorrência<sup>19</sup>.

Embora a literalidade do art. 20 da Lei n.º 12.529/2011 indique que o membro do MPF deve “emitir parecer”, a melhor interpretação do dispositivo é no sentido de “oficiar”, expressão mais ampla e condizente com o papel do *Parquet* na defesa da ordem jurídica, dos princípios constitucionais da ordem econômica e dos interesses da coletividade que devem prevalecer nas decisões do CADE<sup>20</sup>.

Assim, cabe ao membro do MPF junto ao CADE manifestar-se de ofício ou por provocação, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, bem como nos procedimentos administrativos de outra natureza, como procedimentos preparatórios de inquérito administrativo, inquéritos administrativos, atos de concentração, embargos declaratórios, pedidos de reapreciação e demais procedimentos previstos na Lei n.º 12.529/2011, no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do CADE (RICADE)<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Considerandos da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

<sup>19</sup> Art. 2º da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

<sup>20</sup> LIMA, Luiz Augusto Santos. *op. cit.* p. 21337.

<sup>21</sup> Art. 3º, inciso VI, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Ofício do Ministério Público Federal Junto ao CADE. *op. cit.* p. 19; LIMA, Luiz Augusto Santos. *op. cit.*

Objetiva-se, desta maneira, contribuir na condução e na melhor solução das questões submetidas à apreciação da autarquia<sup>22</sup>.

Cabe destacar que a Lei nº 12.529/2011 aduz no art. 20 que o Membro do MPF no CADE emitirá parecer nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (processos de conduta), diferentemente do que dispunha o art. 12 da Lei nº 8.884/1994, que não fazia restrição sobre os procedimentos nos quais o *Parquet* atuava<sup>23</sup>. Esta alteração foi por muitos interpretada como redutora do escopo da atuação do MPF-CADE, com a exclusão de sua atribuição para officiar em atos de concentração<sup>24</sup>.

Entretanto, a instituição do Ministério Público Federal foi contrária a esta interpretação, defendendo a participação mais ampla possível do *Parquet* no CADE. Alegava-se que a Lei nº 12.529/2011 teria apenas exemplificado uma hipótese de atuação do MPF-CADE, o qual também poderia officiar nos atos de concentração, tal qual era a prática quando da vigência da Lei nº 8.884/1994. Reforçava-se que a própria Lei Complementar nº 75/1993, que fundamenta a atuação do Ofício, institui poderes para a atuação ministerial contra abusos do poder econômico, independentemente da origem<sup>25</sup>.

A Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016 consagrou a posição defendida pelo MPF, reconhecendo a atuação do Ofício MPF-CADE na prevenção da concentração de mercado<sup>26</sup>. Isto significou um importante passo sob o ponto de vista institucional na relação entre o MPF e o CADE, reforçando enormemente os mecanismos de proteção à concorrência<sup>27</sup>.

A realização do objetivo primário do MPF-CADE é garantida pelo assento que possui no Tribunal Administrativo do CADE durante as sessões de julgamento e pelo seu direito a voz (através de manifestações escritas<sup>28</sup> e/ou orais<sup>29</sup>) nos processos administrativos, atos de

---

p. 21337.

<sup>22</sup> ALVES, Waldir. *op. cit.* p. 128.

<sup>23</sup> Lei nº 8.884/1994: Art. 12. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, officiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE.

<sup>24</sup> Neste sentido, por exemplo, OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 205.

<sup>25</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Ofício do Ministério Público Federal Junto ao CADE. *op. cit.* p. 11, 48; LIMA, Luiz Augusto Santos. *op. cit.* p. 21337/21338.

<sup>26</sup> Art. 2º, inciso I, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016. Ademais, o art. 4º, inciso VI prevê expressamente que o MPF-CADE pode manifestar-se, de ofício ou por provocação, nos atos de concentração econômica.

<sup>27</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Ofício do Ministério Público Federal Junto ao CADE. *op. cit.* p. 11.

<sup>28</sup> Quanto às manifestações escritas, o Representante do MPF junto ao CADE deve emitir parecer após a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, em prazo de 30 dias, consoante reza o art. 3º, inciso XIV, da

concentração e demais procedimentos administrativos, consoante acima visto<sup>30</sup>.

Neste contexto, ressalta-se que a atuação do MPF-CADE tem produzido resultados concretos no *enforcement* antitruste administrativo no Brasil. Devido à sua independência e a seu olhar crítico, o MPF-CADE muito contribui para o deslinde dos casos decididos pelo Tribunal do CADE.

Por exemplo, no processo administrativo que apurava cartel em licitações públicas relacionadas à execução de obras em vias urbanas na região metropolitana de Curitiba no ano de 2004<sup>31</sup>, a decisão final do Tribunal do CADE seguiu parcialmente o entendimento defendido em parecer e ratificado em sustentação oral pelo MPF.

Neste caso, a Superintendência-Geral havia opinado pelo arquivamento do processo, de modo que o posicionamento do MPF pela condenação de todos os representados provocou discussões e divergências entre os Conselheiros do Tribunal do CADE. Após o voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo pela condenação de alguns dos representados, houve pedido de vista pelo Conselheiro Paulo Burnier da Silveira para apreciar os pontos levantados pelo MPF-CADE. Enfim, o Tribunal seguiu por maioria o voto-vista<sup>32</sup>, condenando outros representados além daqueles indicados pelo Relator.

Já no processo administrativo que apurava cartel no mercado nacional de cloro e derivados<sup>33</sup>, o MPF-CADE contrariou o parecer da Superintendência-Geral do CADE, opinando pelo arquivamento do feito em relação a todos os representados, por entender que o conjunto probatório dos autos não comprovava a materialidade e autoria das condutas anticompetitivas imputadas aos representados. O Tribunal do CADE seguiu o entendimento esposado pelo MPF e o processo foi arquivado<sup>34</sup>.

Além da emissão de pareceres nos procedimentos administrativos e da participação em sessões de julgamento do Tribunal do CADE, a atuação ordinária do Representante do MPF junto ao CADE é efetivada através de audiências concedidas às partes e advogados junto ao gabinete da Representação, bem como do encaminhamento à autoridade antitruste de

---

Resolução Conjunta PGR/CADE n° 1/2016.

<sup>29</sup> A sustentação oral do membro do MPF junto ao CADE nas sessões de julgamento do Plenário do Tribunal se dá em seguida à manifestação das partes e antes do início da leitura do voto pelo Conselheiro Relator (art. 3º, inciso II, da Resolução Conjunta PGR/CADE n° 1/2016).

<sup>30</sup> Art. 3º, § 2º, da Resolução Conjunta PGR/CADE n° 1/2016.

<sup>31</sup> Processo Administrativo n° 08012.009382/2010-90.

<sup>32</sup> Na 106ª Sessão Ordinária de Julgamento (SOJ) do Tribunal Administrativo do CADE, de 07 de junho de 2017.

<sup>33</sup> Processo Administrativo n° **08012.002921/2007-64**.

<sup>34</sup> Na 112ª SOJ do Tribunal do CADE, de 04 de outubro de 2017.

representações de supostos ilícitos administrativo-concorrenciais enviadas ao Ofício<sup>35</sup>.

A Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016 previu ainda outras atribuições complementares para assegurar a atuação *custos juris* do MPF-CADE. Neste sentido, por exemplo, a proposição ao Plenário do Tribunal do CADE de adoção de medida cautelar ou medida preventiva nos procedimentos administrativos<sup>36</sup>; a interposição de recurso ao Plenário do Tribunal contra decisão da Superintendência-Geral que aprovar ato de concentração econômica<sup>37</sup>; a requisição ao Plenário do Tribunal de adoção de medidas de sua atribuição<sup>38</sup>; e o requerimento de produção de provas nos procedimentos administrativos, sendo possível a requisição ao Conselheiro-Relator de complementação instrutória que entenda necessária à apuração dos fatos<sup>39</sup>.

**Tais atribuições do Representante do MPF perante o CADE demonstram que sua atuação não se restringe à elaboração de pareceres, podendo igualmente atuar ativamente nos variados procedimentos administrativos que tramitam na autarquia.**

Ademais, o *Parquet* também possui a atribuição de propor à Presidência do CADE ou à Superintendência-Geral as medidas que entender necessárias para a melhoria do serviço ou do desempenho da autarquia, notadamente quanto à promoção da concorrência, à elaboração de estudos setoriais ou de avaliações de situação concorrencial e à análise de impacto concorrencial de política pública<sup>40</sup>. Nesta linha, o Representante do MPF junto ao CADE também deve atuar em cooperação com os órgãos do SBDC em estudos e pesquisas para orientar a política de prevenção de infrações à ordem econômica e instruir o público sobre a defesa da concorrência<sup>41</sup>.

Fica, pois, evidente que a atividade ordinária do MPF-CADE vai além de casos específicos, podendo colaborar de forma mais geral com o SBDC no aperfeiçoamento do sistema antitruste administrativo brasileiro.

### 3.2.2 O trabalho extraordinário do MPF-CADE

A atividade extraordinária do MPF junto ao CADE refere-se à sua atuação para além

---

<sup>35</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Ofício do Ministério Público Federal Junto ao CADE. *op. cit.* p. 6 e 15.

<sup>36</sup> Art. 3º, inciso VII, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

<sup>37</sup> Art. 3º, inciso VIII, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

<sup>38</sup> Art. 3º, inciso IX, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

<sup>39</sup> Art. 3º, inciso XI, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

<sup>40</sup> Art. 3º, inciso XV, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

<sup>41</sup> Art. 3º, § 5º, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

da esfera administrativa da defesa da concorrência, buscando promover o antitruste para além do CADE. Neste sentido, exerce o Ofício um importante papel de advocacia da concorrência perante os diversos ramos do Ministério Público: seja o próprio Ministério Público Federal como os Ministérios Públicos Estaduais. Isto se materializa por meio da promoção de cursos e seminários, pela atuação do membro do MPF no CADE como palestrante em eventos nacionais e internacionais, pelo encaminhamento dos casos julgados pelo Tribunal do CADE para o *Parquet* com a atribuição para adotar as medidas cíveis e penais cabíveis, bem como pelo suporte com a expertise temática aos demais órgãos do Ministério Público<sup>42</sup>.

Sob este prisma, uma das mais relevantes ações do MPF-CADE diz respeito à atuação do Ofício como elo funcional aproximando a atividade do SBDC, de um lado, e o exercício da atividade-fim antitruste dos Ministérios Públicos (Estaduais e Federal), do outro. Deste modo permite-se uma ação sistemática e conjunta de todas as esferas do Ministério Público, fundamental para que haja a criação de uma efetiva cultura da concorrência no país, com o incremento do *enforcement* público antitruste. Assim, atendem-se as atribuições ministeriais, assegurando que a coletividade tenha pleno usufruto do bem jurídico tutelado pela Lei de Defesa da Concorrência<sup>43</sup>.

Enquanto ponto focal de interlocução para ações em prol da defesa da concorrência, o MPF-CADE além de municiar os membros do Ministério Público com documentos e informações sobre casos e decisões do CADE, também pode levar à autarquia as preocupações sobre possíveis práticas anticoncorrenciais apuradas por aqueles. Ressalte-se que estes contatos podem efetivar-se por meio de instrumentos formais, como ofícios, mas também por vias informais, como a comunicação direta com os procuradores oficiais<sup>44</sup>.

Dentre as várias iniciativas neste sentido, merece destaque a remessa ao *Parquet* com atribuição para o caso das decisões do Tribunal do CADE<sup>45</sup>. Além disto, o Ofício pode colaborar com os membros do Ministério Público na elaboração de teses e no envio de material de apoio em casos já judicializados, bem como no encaminhamento de informações e estudos sobre possíveis infrações concorrenciais e outras normativas referentes à atuação do Ministério Público Federal<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Ofício do Ministério Público Federal Junto ao CADE. *op. cit.* p. 6-7.

<sup>43</sup> *Idem.* p. 16.

<sup>44</sup> *Idem.* p. 53, 59.

<sup>45</sup> A remessa das decisões do CADE ao Ministério Público com a atribuição para o caso geralmente é efetuada pela própria autarquia, a partir da sugestão feita pelo MPF-CADE em seus pareceres e sustentações orais, comumente acolhida pelo Tribunal Administrativo do CADE.

<sup>46</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Ofício do Ministério Público Federal Junto ao CADE. *op. cit.* p.



Ademais, o Ofício do MPF-CADE tem empreendido um trabalho de acompanhamento dos ofícios enviados aos Ministérios Públicos, seja pelo próprio CADE ou pelo MPF-CADE, de sorte a verificar quais têm sido os efeitos concretos das comunicações das decisões da autarquia. Assim, procura-se incentivar os demais membros do Ministério Público a tomar as ações cabíveis para a efetivação do *enforcement* público penal (ações penais) e cível (ações civis públicas). Como afirmado, o Representante do MPF perante o CADE pode contribuir com sua expertise técnica e demais informações que possam ser necessárias para tanto.

Esta atuação conjunta é fundamental para garantir a eficácia material da Lei Antitruste, coibindo os abusos contra pequenas e médias empresas, consumidores e a população menos favorecida. Por estar disperso por todo o território nacional, o Ministério Público tem mais condições que o CADE para buscar o cumprimento da defesa da concorrência, estando mais próximo dos problemas enfrentados pelos agentes econômicos<sup>47</sup>.

Outrossim, o MPF-CADE possui procedimentos internos relativos ao acompanhamento extrajudicial de casos investigados pelo CADE e do cumprimento de decisões da autarquia<sup>48</sup>, bem como outras eventuais ações com efeitos na ordem econômica, como projetos de lei<sup>49</sup>. Este é o caso, por exemplo, do Projeto de Lei do Senado nº 283/2016, que objetiva alterar a Lei nº 12.529/2011 “*para aprimorar o caráter dissuasório da multa imposta pelo CADE em condenação de empresas por infrações à ordem econômica, estimular o ajuizamento de ações privadas para a cessação das infrações, bem como ressarcimento dos danos delas decorrentes*”.

Some-se a isto o diálogo contínuo do MPF-CADE com a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão (Consumidor e Ordem Econômica) do MPF<sup>50</sup> e com a Procuradoria-Geral da República (PGR)<sup>51</sup>, fornecendo auxílio com propostas normativas e estudos para demandas judiciais, inerente ao relacionamento frutífero da Representação com os demais órgãos do MPF. Produto desta cooperação interna resultou, por exemplo, na aprovação pelo Colegiado

---

12.

<sup>47</sup> FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 155/156.

<sup>48</sup> Neste sentido, é prerrogativa do MPF-CADE receber da ProCADE ao fim de cada semestre ou sempre que o solicitar relatório circunstanciado com informações sobre o cumprimento das decisões do CADE, inclusive sobre ações judiciais eventualmente ajuizadas e providências administrativas para sua execução (art. 3º, inciso XII, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.) Desta forma, pode o Ofício acompanhar em que medida o *enforcement* antitruste tem sido efetivamente materializado.

<sup>49</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Ofício do Ministério Público Federal Junto ao CADE. *op. cit.* p. 43.

<sup>50</sup> <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/sac/aceso-a-informacao/quem-e-quem-1/ccr-3>

<sup>51</sup> O MPF-CADE colabora, ainda, com o trabalho da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, atuante na seara criminal.

da 3ª CCR dos Enunciados nº 16 e 17<sup>52</sup>, oriundos de proposta elaborada pelo Ofício do MPF-CADE, visando à atuação do Ministério Público Federal enquanto *custos legis* em ações judiciais que tenham o CADE no polo ativo ou passivo, ou cuja causa de pedir ou pedido sejam afetas ao Direito da Concorrência e de competência federal. O MPF-CADE comunicou, ainda, os Ministérios Públicos Estaduais sobre os referidos enunciados, buscando incentivá-los a adotarem igual iniciativa<sup>53</sup>.

Outra importante expressão do trabalho extraordinário do Ofício do MPF junto ao CADE refere-se à sua atividade internacional. O membro do MPF perante o CADE tem participado ativamente de eventos das principais organizações internacionais que tratam do antitruste, notadamente da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e da *International Competition Network* (ICN).

Em tais oportunidades, o MPF-CADE pode não apenas absorver as atualidades das outras “jurisdições” na matéria, como também disseminar o modelo singular do Ofício e seu trabalho perante a comunidade antitruste internacional. Igualmente, esta atuação permite o aprofundamento da cooperação e interação internacional com autoridades estrangeiras homólogas, elemento fundamental no contexto da crescente internacionalização das atividades econômicas e dos ilícitos anticoncorrenciais com efeitos globais<sup>54</sup>.

Ainda em sua atuação internacional, o Ofício auxilia a Secretaria de Cooperação Internacional (SCI) do MPF com demandas concernentes à defesa da concorrência. Neste sentido, por exemplo, podem ser elaborados estudos sobre aspectos do antitruste brasileiro a serem remetidos a autoridades estrangeiras ou organizações internacionais.

---

<sup>52</sup> Enunciado nº 16: “*Constituí múnus do Ministério Público Federal atuar em processos administrativos e judiciais na repressão às infrações contra a ordem econômica e zelar pela observância por parte dos agentes econômicos dos princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor e dos direitos e interesses tutelados pela Lei 12.529/11.*” (Aprovado na 1ª Sessão Ordinária de 2016, realizada em 10/03/2016). Enunciado nº 17: “*Dado que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 12.529/11, o Ministério Público Federal deverá officiar como custos legis nos processos em que o CADE figure no polo ativo ou passivo da ação, como recorrente ou recorrido, nos quais esteja em causa matéria relativa ao direito da concorrência.*” (Aprovado na 1ª Sessão Ordinária de 2016, realizada em 10/03/2016).

<sup>53</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Ofício do Ministério Público Federal Junto ao CADE. *op. cit.* p. 7, 49/50, 59.

<sup>54</sup> Sobre a importância das organizações internacionais que tratam do antitruste para a internacionalização do Direito da Concorrência, notadamente quanto ao desenvolvimento e aprofundamento da cooperação internacional, vide por exemplo: SOKOL, Daniel. *International Antitrust Institutions*. In: GUZMAN, Andrew (Ed.). *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 187-213; FOX, Eleanor. *Antitrust Without Borders: From Roots to Codes to Networks*. In: GUZMAN, Andrew (Ed.). *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 265-285; CARVALHO, Vinícius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *A Cooperação Internacional na Defesa da Concorrência*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-103, 2013.

### 3.3 As prerrogativas do MPF-CADE

Para que as atribuições do Representante do MPF junto ao CADE possam ser bem executadas, sobretudo no que se refere a seu trabalho ordinário enquanto fiscal da Lei de Defesa da Concorrência no âmbito do CADE, são conferidas prerrogativas ao *Parquet*.

Destaque-se, inicialmente, a independência funcional, princípio institucional do Ministério Público, previsto no art. 127, § 1º, da Constituição Federal. Tal qual em qualquer outro âmbito de atuação do Ministério Público<sup>55</sup>, no contexto de sua atividade junto ao CADE a independência funcional é decisiva para garantir a imparcialidade e independência de sua atuação no âmbito dos processos da agência antitruste brasileira.

Outra prerrogativa de grande relevância para a atuação do MPF-CADE é a sua intimação e ciência pessoal. Trata-se de prerrogativa consagrada pela Resolução Conjunta PGR-CADE nº 01/2016, eis que a Lei nº 12.529/2011 e o RICADE eram omissos sobre a matéria e tal cultura procedimental inexistia na rotina da autarquia. Assim, as intimações ou cientificações do Representante do MPF junto ao CADE são feitas pessoalmente via processo eletrônico, tendo ele acesso à rede informatizada do CADE e vista dos autos digitalizados nas mesmas condições que os Conselheiros do Tribunal<sup>56</sup>.

Entre os casos de intimação e cientificação do Representante do MPF junto ao CADE, merecem destaque as hipóteses de instauração e arquivamento de inquérito administrativo não sigiloso para apuração de infrações à ordem econômica pela Superintendência-Geral<sup>57</sup>; instauração de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica pela Superintendência-Geral; remessa pela Superintendência-Geral ao Tribunal do CADE dos processos administrativos que instaurar; adoção de medida preventiva pela Superintendência-Geral ou pelos Conselheiros do Tribunal; adoção de medida cautelar pelo Conselheiro-Relator; decisões da Superintendência-Geral de aprovação ou impugnação de atos de concentração; propostas de termo de compromisso de cessação em

---

<sup>55</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1203/1204.

<sup>56</sup> Art. 3º, inciso X e §§ 1º e 3º, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Ofício do Ministério Público Federal Junto ao CADE. *op. cit.* p. 19.

<sup>57</sup> Vale destacar que a Lei nº 12.529/2011 não prevê, como o fazia a Lei nº 8.884/1994 no art. 31 em relação à averiguação preliminar, o recurso de ofício ao Tribunal do CADE do arquivamento do inquérito administrativo ou procedimento preparatório de inquérito administrativo pela Superintendência-Geral. Todavia, de acordo com o art. 67 da Lei nº 12.529/2011, o Tribunal pode avocar, mediante provocação fundamentada de um dos Conselheiros, o inquérito administrativo ou o procedimento preparatório de inquérito administrativo arquivado pela Superintendência-Geral. Desta forma, é também atribuição do MPF-CADE fiscalizar os arquivamentos pela Superintendência-Geral para, caso entenda cabível, provocar o Tribunal do CADE a avocar o respectivo procedimento.

pauta para homologação<sup>58</sup>.

Impende destacar que embora a Lei nº 12.529/2011 não estabeleça a participação do Ministério Público na celebração de acordos de leniência, o fato de tal instrumento poder acarretar imunidade penal (extinção da pretensão punitiva estatal) referente aos crimes contra a ordem econômica e eventuais crimes conexos (consoante reza o art. 87 da Lei de Defesa da Concorrência) levou o CADE a adotar como praxe a participação ministerial (através do órgão do Ministério Público detentor da atribuição criminal correlata) em tais procedimentos, enquanto interveniente-anuente, visto que é o Ministério Público o titular privativo da ação penal pública. Neste sentido, a cooperação entre as autoridades administrativa e criminal se tem mostrado bastante eficaz, conferindo maior segurança jurídica ao acordo de leniência, ao mesmo tempo em que facilita a investigação criminal dos crimes contra a concorrência<sup>59</sup>.

Contudo, a despeito da necessária participação do “MP criminal” (promotor ou procurador da república naturais do caso concreto) na negociação e aperfeiçoamento/assinatura do acordo de leniência, o Representante do MPF junto ao CADE não participa deste procedimento. **Naturalmente nada impede que o sistema possa ser aperfeiçoado, institucionalizando-se a participação na questão também do Ofício do MPF junto ao CADE.**

Ao MPF-CADE, porém, são atualmente asseguradas a intimação e certificação da celebração de acordo de leniência pela Superintendência-Geral no primeiro momento oportuno, qual seja, quando o respectivo inquérito administrativo não sigiloso ou processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica for instaurado ou anteriormente, se o acordo for publicizado pela Superintendência-Geral<sup>60</sup>.

Além disto, destaca-se a recente reestruturação da Representação do MPF-CADE. Através da Portaria SG/MPF nº 602, de 02 de julho de 2015, restou estabelecida a nova estrutura organizacional do gabinete do Ofício, passando do *status* de “Assessoria de Apoio do MPF junto ao CADE”, então subordinada à Secretaria-Geral do MPF, para “Gabinete do

---

<sup>58</sup> Art. 4º e incisos, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

<sup>59</sup> MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience*. Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 4, April 2015. p. 261; ATHAYDE, Amanda; DE GRANDIS, Rodrigo. *Programa de Leniência Antitruste e Repercussões Criminais: Desafios e Oportunidades Recentes*. In CARVALHO, Vinícius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015. p. 289; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Brasília, maio/2016. Atualizado em setembro/2017. p. 11, 16/17, 40/42. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)>. Acesso em: 05/01/2018.

<sup>60</sup> Art. 5º da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016. O parágrafo único deste dispositivo estabelece que a cientificação do Representante do MPF junto ao CADE dos acordos leniência se dá de modo pessoal e reservado, ficando transferido o sigilo correspondente, sob pena de responsabilidade.

Membro junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica”, submetido diretamente ao Gabinete do Procurador-Geral da República. Ademais, a equipe foi ampliada, alavancando a produtividade do Ofício<sup>61</sup>.

A Resolução Conjunta PGR-CADE nº 01/2016 assegura ao Representante do MPF junto ao CADE um gabinete compatível com a dignidade do cargo, nas dependências do edifício-sede da autarquia, para si e sua assessoria<sup>62</sup>. Garante-se igualmente que o Ofício receba toda a assistência que solicitar ao CADE, com a mesma prioridade conferida aos Conselheiros<sup>63</sup>.

Em relação aos deveres e vedações, o membro do MPF junto ao CADE deve observar no exercício de suas funções as previsões da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 75/1993<sup>64</sup>.

Além daqueles, a Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016 institui o dever do Representante do MPF no CADE em divulgar os compromissos vinculados ao Ofício na agenda pública da autarquia<sup>65</sup> e de solicitar até o dia 31 de dezembro ao Presidente do CADE a inclusão de relatório de suas atividades na publicação do balanço final do CADE referente ao ano anterior<sup>66</sup>. É também previsto que o Representante do MPF-CADE deve eximir-se de comentar publicamente e conceder acesso a terceiros não autorizados às informações restritas de que tenha conhecimento<sup>67</sup>.

#### 4. Considerações finais

O Ministério Público exerce papel assaz relevante na defesa da concorrência pátria, não apenas para a responsabilização administrativa dos infratores, mas igualmente sob o prisma cível e penal. No fundo, todas estas atribuições objetivam dar concretude aos mandamentos constitucionais da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

**Particularmente em relação ao Representante do MPF perante o CADE, atuante no *enforcement* antitruste administrativo, restou evidente sua singularidade não apenas**

---

<sup>61</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Ofício do Ministério Público Federal Junto ao CADE. *op. cit.* p. 11, 17/18. Para uma análise da precariedade da estrutura do Ofício do MPF-CADE que antecedeu à aludida reorganização, vide LIMA, Luiz Augusto Santos. *op. cit.* p. 21333/21334.

<sup>62</sup> Art. 3º, inciso I, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

<sup>63</sup> Art. 3º, inciso III, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

<sup>64</sup> Art. 6º da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

<sup>65</sup> Art. 3º, inciso IV, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

<sup>66</sup> Art. 3º, inciso V, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

<sup>67</sup> Art. 3º, § 4º, da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016.

**no contexto nacional, mas também internacional. De fato, ao integrar um membro do Ministério Público aos trabalhos da autoridade concorrencial, o modelo previsto pelo antitruste brasileiro é bastante inovador, propiciando que as decisões do CADE sejam mais legítimas e eficazes.**

Embora suas atividades centrem-se sobretudo na emissão de pareceres enquanto *custos iuris* nos diversos procedimentos administrativos que tramitam no CADE, o Ofício do MPF-CADE possui uma série de outras atribuições que contribuem para a promoção de um ambiente concorrencialmente sã no país. Entre os trabalhos ditos extraordinários, o maior destaque é, sem dúvidas, a promoção de uma ação sistemática e conjunta de todas as esferas do Ministério Público, de sorte a unir a atuação administrativa de defesa da concorrência à frente penal e cível.

Desta forma, a atuação do MPF-CADE não é meramente simbólica, tendo grande influência no sucesso da política antitruste pátria nos últimos anos. A atuação do Ofício deve, portanto, ser continuamente incentivada e aprimorada para que a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e a repressão ao abuso do poder econômico sejam concreta e cada vez mais asseguradas no Brasil.

## 5. Referências Bibliográficas

ALVES, Waldir. *O Ministério Público Federal e o CADE na Lei Antitruste*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. I – n. 1, out./dez. 2001, p. 126-131.

ATHAYDE, Amanda; DE GRANDIS, Rodrigo. *Programa de Leniência Antitruste e Repercussões Criminais: Desafios e Oportunidades Recentes*. In CARVALHO, Vinícius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015. p. 287/304.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Vinícius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *A Cooperação Internacional na Defesa da Concorrência*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-103, 2013.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Brasília, maio/2016. Atualizado em setembro/2017. p. 11, 16/17, 40/42. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)>. Acesso em: 05/01/2018.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOX, Eleanor. *Antitrust Without Borders: From Roots to Codes to Networks*. In: GUZMAN, Andrew (Ed.). *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 265-285.

FREIRE, Marusa Vasconcelos. *A Atuação do MPF junto ao CADE*. Revista de Direito Econômico, v. 24, Brasília, jul./dez. 1996. p. 37/46.

GABAN, Eduardo Mola; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2017.

LIMA, Luiz Augusto Santos. *Comunicação de Prestação de Contas das Atividades*. ca. 2012. Disponível nos autos do Processo Administrativo nº 08012.002921/2007-64. p. 21332/21340.

MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience*. Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 4, April 2015. p. 260-267.

\_\_\_\_\_. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Ofício do Ministério Público Federal Junto ao CADE. *Relatório de Atividades (Biênio 2015-2016)*. Brasília: MPF, 2016. p. 12. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/mpf-junto-ao-cade-tem-novo-representante/relatorio-de-atividades-do-mpf-cade-versao-final.pdf>>. Acesso em: 29/12/2017.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE); BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID). *Lei e Política da Concorrência no Brasil – Uma Revisão pelos Pares*. 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 29/12/2017.

\_\_\_\_\_. *Lei e Política da Concorrência no Brasil – Uma Revisão pelos Pares*. 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/35684126.pdf>>. Acesso em: 29/12/2017.

PETTER, Lafayette Josué. *Direito Econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOKOL, Daniel. *International Antitrust Institutions*. In: GUZMAN, Andrew (Ed.). *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 187-213.



## O combate aos cartéis por meio da responsabilização civil e o desafio da quantificação dos danos

Thales de Melo e Lemos<sup>68</sup>

**Resumo:** Este estudo analisa a quantificação dos danos causados por cartéis, etapa necessária para a reparação civil dos prejuízos sofridos, mas que representa uma relevante barreira para os interessados. Inicialmente, se apresenta um panorama atual do combate aos cartéis no Brasil e a importância da responsabilidade civil como medida dissuasória. Na sequência, se busca demonstrar quais são os principais danos causados por este tipo de infração contra a ordem econômica. Por fim, são analisados os principais métodos de quantificação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, bem como a questão do repasse de sobrepreços à cadeia produtiva. Verifica-se a importância de serem utilizados métodos confiáveis, embasados e previsíveis, de forma a aumentar os índices de sucesso deste tipo de demanda. Para concluir, são apresentadas possíveis contribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE visando ao fortalecimento deste instituto.

**Palavras chaves:** Responsabilidade Civil; Reparação Civil; Concorrência; Cartel; danos patrimoniais; danos morais; quantificação de danos; Pass-on defense; CADE.

**Abstract:** This study analyzes the quantification of damages caused by cartels, a necessary step for the private reparation of damages, but which represents a relevant barrier to claimants. Initially, the study presents a current panorama of the fight against cartels in Brazil and the importance of private damage claims as a deterrent measure. After, it aims to investigate the main damages caused by this illegal conduct. Finally, the study analyzes methods for quantifying material and moral damages, as well as the pass-on of overcharges to the production chain. The study verifies that it is important to use trustworthy, reasonable and predictable methods in order to raise the chances of success of those demands. To conclude, the study presents possible contributions of the Administrative Counsel for Economic Defense – CADE aiming at strengthening this institute.

**Keywords:** Civil liability; Private antitrust damages; Damage claims; Competition; Cartel; material damages; moral damages; quantification of damages; Pass-on defense; CADE.

---

<sup>68</sup> Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB e advogado na área de Direito Concorrencial do Cescon, Barriou, Flesch & Barreto Advogados. Participou de curso de extensão em Direito da Concorrência ofertado pela UnB em 2014. Participou de intercâmbio acadêmico na Universidade do Porto, Portugal, em 2016. Membro da Comissão de Defesa da Concorrência da OAB/DF e do IBRAC.

## INTRODUÇÃO

A defesa da concorrência no Brasil evoluiu vertiginosamente nas últimas duas décadas. Desde a edição da Lei nº 8.884/1994, cresceu e se consolidou a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que passou a interferir ativamente nas fusões e aquisições realizadas no Brasil, bem como na repressão às condutas anticoncorrenciais, dentre as quais o principal exemplo é o cartel. Um marco desta evolução foi a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, que reformulou todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, garantindo maior celeridade na análise das operações econômicas e permitindo o foco no chamado “controle de condutas”, aquele que visa a coibir as infrações contra a ordem econômica.

Seguindo esta evolução, a reparação civil dos danos causados por cartéis é tema que gera muito interesse para a sociedade e para as autoridades que têm como objetivo a defesa da concorrência. Por meio deste instituto, os particulares afetados pelo cartel, assim como entidades legitimadas para a defesa coletiva, buscam a condenação dos infratores também no âmbito privado. Desta forma, soma-se à persecução pública mais uma forma de dissuasão: o chamado “*private enforcement*”.

No entanto, a reparação civil concorrencial ainda é considerada incipiente no Brasil, estando sujeita a diversos obstáculos legais e processuais, dentre os quais podem ser citados o exíguo prazo prescricional, a dificuldade de obtenção de provas e a ausência de incentivos para a propositura de ações desta natureza.<sup>69</sup>

Tendo isto em mente, o presente estudo analisa uma das principais barreiras enfrentadas pelos interessados neste tipo de demanda: a correta identificação e a quantificação dos danos sofridos.

No Brasil, a quantificação dos danos causados por cartéis é tema que se insere na demanda desde o início, considerando algumas disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil, que são destacadas adiante. Por este motivo, o autor deste tipo de demanda deve ser capaz de, pelo menos, identificar corretamente seus prejuízos, apontando sua origem.

Em relação à etapa de quantificação, doutrina e estudos econômicos apontam variados métodos que podem ser utilizados para tanto. Cabe às partes e aos julgadores analisar as particularidades de cada caso – como o tipo de conduta e os mercados afetados – e as informações disponíveis, visando a obter resultados confiáveis e que atinjam os necessários

---

<sup>69</sup> GABAN, Molan Eduardo. **Direito antitruste / Eduardo Molan Gaban, Juliana Oliveira Domingues**. 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 282.

parâmetros legais. Conceitos peculiares devem ser considerados nesta tarefa, tais como o repasse de sobrepreços na cadeia produtiva (conhecido como “*pass-on effect*”) e os lucros cessantes.

A escolha por lidar com este aspecto específico da responsabilização civil está também ligada à possibilidade de que o CADE, como autoridade experiente e que busca uma posição de liderança e inovação no cenário antitruste mundial, contribua com a consolidação do instituto da reparação civil por meio da atuação em diversas frentes. Sendo assim, também é feita uma referência, ao final do trabalho, às possíveis contribuições do CADE.

Antes de iniciar, vale também destacar que a teoria da responsabilidade civil como um todo se encontra em amplo processo de transformação, podendo-se mencionar o afastamento da ideia de culpa, a ampliação dos danos indenizáveis, o debate sobre o papel punitivo da indenização, dentre outros. O professor Louis Josserand, ainda em 1941, já destacava: “*a responsabilidade não se realiza só mais frequentemente que outrora, mas também se realiza de outros modos; apresenta-se com múltiplas faces, desconhecidas da sociedade romana, desconhecidas mesmo – algumas dentre elas, pelo menos – de nossos avós*”.<sup>70</sup>

Assim, a responsabilização civil por cartel se apresenta como tema interessante, peculiar e atual, sendo que não se busca aqui apresentar respostas prontas, mas sim incentivar as discussões e contribuir para a evolução do instituto.

## **I. PANORAMA DO COMBATE AOS CARTÉIS NO BRASIL**

Cartéis são acordos entre concorrentes, sejam eles tácitos ou explícitos, para fixar preços, restringir ou controlar a oferta, dividir mercados e clientes e fraudar licitações. A intenção dos membros do conluio, em regra, é elevar suas margens de lucros para patamares semelhantes aos que obteriam em um cenário de monopólio. Em consequência, geram significativos prejuízos aos consumidores e à sociedade, tornando produtos e serviços mais caros ou escassos, diminuindo a inovação e retirando as empresas mais eficientes do mercado.<sup>71</sup>

Algumas características estruturais de mercado facilitam a formação de cartel, ao conferirem maior estabilidade ao acordo. Podem ser citados, por exemplo, a elevada concentração, a existência de barreiras à entrada, a homogeneidade de produtos e a simetria

---

<sup>70</sup> JOSSERAND, Louis. **Evolução da Responsabilidade Civil**. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1941.

<sup>71</sup> Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Combate a cartéis e programa de leniência**. 3ª ed., 2009.

de custos entre concorrentes.<sup>72</sup>

Descrever o atual cenário do combate aos cartéis no Brasil é necessário para contextualizar o avanço das ações de reparação civil por danos concorrenciais.

Desde 2003, o Brasil estabelece o combate a esta conduta como uma prioridade,<sup>73</sup> foco que não é injustificado. Como reconhecido pelo CADE, o cartel é considerado a mais grave lesão à concorrência.<sup>74</sup> De fato, em 2002, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE estimou que os cartéis geram um aumento de 10 a 20% em relação aos preços em um mercado competitivo, causando danos anuais na casa dos milhões.<sup>75</sup>

Na esfera administrativa, a Lei nº 12.529/2011, conhecida como “Lei de Defesa da Concorrência”, prevê para os infratores multas e também penalidades não-pecuniárias, tais como a proibição de contratar com a administração pública, a publicação da decisão condenatória em jornal, a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, a proibição de exercer o comércio em nome próprio e até mesmo a cisão de sociedade.<sup>76</sup>

A Lei de Defesa da Concorrência teve um papel importante no aumento da repressão administrativa aos cartéis.<sup>77</sup> Dados do CADE indicam um aumento relevante no número de julgamentos e de condenações de condutas anticompetitivas nos últimos anos. A título de comparação, enquanto em 2010, 2011 e 2012 foram julgados 48 processos administrativos, com apenas 7 condenações, de 2013 a 2017 houve 181 julgamentos, com 118 condenações – portanto, um crescimento percentual no número de condenações de 14,58% para 65,19%.<sup>78</sup> Desde o ano 2000, o CADE já aplicou multas que totalizaram mais de R\$ 7,3 bilhões, mas cerca de 60% deste valor (R\$ 4,3 bilhões) diz respeito a multas aplicadas após a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011.<sup>79</sup>

---

<sup>72</sup> CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 30-34.

<sup>73</sup> Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Combate a cartéis na revenda de combustíveis**. 1ª ed., 2009.

<sup>74</sup> A jurisprudência do CADE é uníssona neste sentido. Como exemplo, voto do Conselheiro Alessandro Octaviani no Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, proferido em 23/01/2014.

<sup>75</sup> OECD. **Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws**. 2002.

<sup>76</sup> Artigos 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011.

<sup>77</sup> O novo diploma foi responsável por diminuir a sobrecarga que o Tribunal do CADE enfrentava com a análise de Atos de Concentração simples, permitindo maior enfoque no julgamento de Processos Administrativos.

<sup>78</sup> Conforme dados do CADE, disponibilizados no **Balanco de 2016** e no **Balanco de 2017**. Disponíveis em <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes>

<sup>79</sup> DONAS, Frederico. NETO, Lauro Celidonio. MACHADO, Michelle. **Cinco anos de persecução de cartéis sob a nova Lei de Defesa da Concorrência: como mudanças na regulação concorrencial balancearam a matriz de decisões a favor de soluções cooperativas**. Em: 5 anos da Lei de Defesa da Concorrência: Gênese,

A prática de cartel também é considerada crime pela Lei nº 8.137/1990, que prevê penas de dois a cinco anos de reclusão e multa para o indivíduo que participar no acordo. A Lei nº 8.666/1993, por sua vez, prevê pena de detenção, de dois a quatro anos, e multa, aos que frustrarem ou fraudarem, mediante ajuste, o caráter competitivo de licitações.

Na esfera criminal também se verificaram avanços significativos nos últimos anos, principalmente em decorrência da atuação mais efetiva do Ministério Público e da Polícia Federal, que criaram unidades especializadas e celebraram acordos de cooperação com o CADE.<sup>80</sup> Em decorrência disso, também cresceu o número de ações penais desta natureza.<sup>81</sup>

Contudo, como se percebe, as ações administrativas e penais não têm o condão de ressarcir os particulares pelos danos sofridos com o cartel, por exemplo, devido à aquisição de produtos com sobrepreço ou mediante piores condições de pagamento.

Neste sentido, o CADE, conforme já ressaltou muitas vezes em seus julgamentos, não tem interesse nas lides de repercussão meramente privada, uma vez que as condutas por ele analisadas devem ter tido impactos na sociedade e afetado direitos coletivos.<sup>82</sup> A doutrina também reforça que o objeto principal de proteção das normas de direito da concorrência é a própria concorrência, e não os concorrentes.<sup>83</sup> Tanto é assim, que o CADE, em sua atuação repressiva, leva em consideração os efeitos potenciais no mercado e, usualmente, não se preocupa de forma demasiada com a mensuração e quantificação dos danos causados.

A reparação aos prejudicados também não ocorre na seara criminal, onde se pode punir apenas as pessoas físicas envolvidas. Fica claro, portanto, que a busca por compensação deve ser endereçada diretamente, por meio de ações privadas, sejam elas capitaneadas por particulares ou por entidades legitimadas para defesa coletiva.

Importante mencionar que, no Brasil, as vítimas têm o direito de ir ao judiciário

---

Jurisprudência e Desafios para o Futuro. Coordenação: Eduardo Caminati Anders, Guilherme Favaro Corvo Ribas, Mariana Villela, Pedro Paulo Salles Cristofaro, Vicente Bagnoli. IBRAC, 2017.

<sup>80</sup> MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares. **Anti-cartel Enforcement in Brazil: Status Quo & Trends**. Em: *Overview of competition Law in Brazil*. São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015. p. 266.

<sup>81</sup> CASELTA, *Op. Cit.* p. 19.

<sup>82</sup> Conforme Ofício nº 1037/2017/CADE: “*percebe-se que os fatos trazidos ao conhecimento deste CADE estão relacionados a relações privadas entre partes, o que significa que, embora as ações praticadas pelo CONTER e CRTRs possam ter impactado sobre a atividade econômica das empresas associadas à representante e, possivelmente, a saúde financeira de tais empresas, tal fato não constitui, per se, uma infração da ordem econômica, visto não ter o poder de causar impacto concorrencial no mercado*” (Procedimento Preparatório nº 08700.001196/2017-21). Também neste sentido: Procedimento Preparatório nº 08700.009152/2015-87; Processo Administrativo nº 08000.025401/1995-18; Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17.

<sup>83</sup> “*O direito concorrencial, em sua concepção institucional, não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma legal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres [...]. A garantia de efetiva concorrência (e não de mercado) é, portanto, o valor central do direito concorrencial*”. SALOMÃO, Calixto. **Direito Concorrencial – As Condutas**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48-49.

mesmo se o CADE decidir que uma violação não ocorreu, uma vez que não estão sujeitas ao seu julgamento e os juízes podem ter outra visão em relação à conduta.<sup>84</sup> Apesar disso, deve ser reconhecido que a decisão do CADE terá peso considerável, sendo a autoridade mais especializada no país para julgar infrações contra a ordem econômica.<sup>85</sup> De fato, conforme cresce a experiência do Conselho, há uma tendência cada vez maior de confirmação das suas decisões na justiça.<sup>86</sup>

### I.1. A responsabilização civil pela prática de cartel

A Constituição Federal do Brasil estabelece, em seu artigo 5º, XXXV, a garantia fundamental de que qualquer lesão ou ameaça a direito poderá ser levada ao judiciário. Já o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 realiza a ligação entre a responsabilidade civil e princípios próprios do Direito da Concorrência,<sup>87</sup> ao estabelecer que os prejudicados por infrações contra a ordem econômica poderão ingressar em juízo para obter tanto a cessação das práticas anticoncorrenciais quanto o ressarcimento por perdas e danos, independentemente de inquérito ou processo administrativo no CADE.

Não obstante, na ausência de maiores previsões na legislação antitruste, é necessário valer-se do Código Civil brasileiro, que estabelece os fundamentos da responsabilidade civil, incluindo requisitos para sua configuração, prazos prescricionais e bases da indenização.

Dito isso, e em regra, a responsabilidade civil no Brasil decorre de quatro fatores: (i) cometimento de ato ilícito; (ii) existência de culpa ou dolo; (iii) dano causado a outrem; e (iv) nexos causal entre o ato ilícito e o dano, conforme os artigos 186 e 927 do Código Civil.<sup>88</sup> Apesar de existirem questões peculiares ligadas a todos estes requisitos, no que se refere à reparação civil por cartel, este trabalho discute especificamente apenas o dano.

Em relação à legitimidade para propositura de ações, o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 estabelece que poderão figurar no polo ativo tanto os prejudicados pela conduta

---

<sup>84</sup> Esta interpretação decorre do próprio texto da Constituição Federal, quando determina que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

<sup>85</sup> MAGALHÃES, Carlos Francisco de; DIAS, Gabriel Nogueira; DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo; NEGRÃO, Francisco Nicolás. **Private Antitrust Damages**. Em: *Overview of Competition Law in Brazil* / São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015, capítulo XVI, p. 397.

<sup>86</sup> Dados do CADE indicam uma média de êxito da autarquia no judiciário de 70%. Em 2016 foram propostas 143 ações contra o CADE. (CADE. **Balanco de 2016**. *Op. cit.*).

<sup>87</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira**. RDC, Vol. 1, nº 2, novembro 2013, pp. 11-31.

<sup>88</sup> “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

quanto as entidades legitimadas no artigo 82 do Código do Consumidor,<sup>89</sup> ou seja: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores, bem como associações legalmente constituídas há mais de um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa do consumidor.

Cabe ressaltar que a Lei de Defesa da Concorrência não faz distinção entre os prejudicados diretamente e os prejudicados indiretamente pelo cartel. Desta forma, entendem-se como legitimados tanto os primeiros a adquirirem os produtos ou serviços com preços artificialmente elevados, quanto os consumidores do restante da cadeia que tenham comprovadamente absorvido o sobrepreço.<sup>90</sup> Como se demonstrará adiante, isto tem impactos relevantes na quantificação dos danos.

No polo passivo da ação devem constar aqueles que estão obrigados a reparar. Neste sentido, Bruno Maggi defende que todos os membros do cartel devem ser considerados solidários pelo pagamento da indenização, sem prejuízo de posterior ação de regresso, o que decorreria da própria natureza do cartel,<sup>91</sup> como infração coletiva.

De fato, o artigo 942 do Código Civil determina que “*se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação*”. E mais: existe jurisprudência no sentido de que há coparticipação quando “*as condutas de duas ou mais pessoas concorrem efetivamente para o evento, gerando responsabilidade solidária. Cada um dos coagentes que concorre adequadamente para o evento é considerado pessoalmente causador do dano e obrigado a indenizar*”.<sup>92</sup>

Para fins de comparação, tanto a legislação norte-americana<sup>93</sup> quanto a Diretiva da União Europeia para tratar da reparação de danos causados por infrações concorrenciais<sup>94</sup> preveem responsabilidade solidária para os participantes do cartel. A hipótese de ter que pagar a integralidade dos danos é, inclusive, considerada um forte fator dissuasório, que tende a motivar a busca por acordos.<sup>95</sup>

---

<sup>89</sup> Lei nº 8.078/1990.

<sup>90</sup> GIANNINNI, Adriana Franco, ...et al. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Coordenadores: Eduardo Caminati Anders, Vicente Bagnoli, Leopoldo Pagotto. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 189.

<sup>91</sup> MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 186.

<sup>92</sup> (RF 378/314) em NEGRÃO, Theotonio [et al]. **Código Civil e Legislação em Vigor**. 2016.

<sup>93</sup> OECD. **Relationship between public and private antitrust enforcement – United States**. DAF/COMP/WPR3/WD. 2015.

<sup>94</sup> Artigo 11 da Diretiva 2014/104/UE.

<sup>95</sup> Nos Estados Unidos, a maioria das ações de reparação civil concorrenciais são resolvidas por meio de acordos, o que ocorreu inclusive em grandes casos de cartel envolvendo os mercados de vitaminas, transporte aéreo de

É muito importante, no entanto, que a decisão busque individualizar corretamente os danos causados por cada integrante do cartel, de modo a não sobrepunir ou subpunir alguns dos *players* de um determinado mercado, e de forma a permitir as ações de regresso por parte dos demais infratores. Sendo assim, não basta a mera requisição de condenação solidária sem a correta identificação da origem dos danos sofridos e sua quantificação.

## I.2. A importância da responsabilidade civil como medida dissuasória

A responsabilidade civil tem duas funções principais: a primeira delas é a de ressarcir os prejudicados pelos danos sofridos; a segunda é a de prevenir o cometimento de novos ilícitos da mesma natureza, ao criar um risco para os infratores de terem que pagar indenização.

Neste sentido, é amplamente reconhecido o potencial das ações de reparação civil por danos causados por cartéis para reforçar a legislação de defesa da concorrência, conforme se percebe no Relatório da OCDE acerca do tema.<sup>96</sup> Em outras palavras, aqueles que resolvem participar de um cartel passam a temer não apenas multas impostas pelo CADE, e a possibilidade de prisão para as pessoas físicas envolvidas, como também eventual decisão judicial que os condene a ressarcir o dano causado, potencialmente retirando qualquer expectativa de garantir lucro obtido ilicitamente.

No entanto, e apesar de sua importância, verifica-se que as ações de reparação de danos concorrenciais ainda são subutilizadas no Brasil, sendo que pouquíssimos cartéis condenados pelo CADE enfrentaram este tipo de ação até o momento, conforme estudo realizado pelo IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional.<sup>97</sup>

---

cargas, compressores, mangueiras marítimas e chips de memória. Neste sentido, ver: GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. **Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 43, 2014. p. 11.

<sup>96</sup> “Throughout the four roundtables, it was widely acknowledged that private antitrust enforcement can be an important complement to public enforcement that can improve the effectiveness of a competition regime. Participants pointed out that private enforcement could strengthen deterrence and compliance, for example by increasing the likelihood that anticompetitive conduct will be detected and will not be profitable. Private enforcement also can contribute to the development of better competition culture and greater awareness of competition laws. In addition, by ensuring that victims of anti-competitive conduct receive compensation, private enforcement can connect competition laws with consumers, a goal which has become a priority for many competition authorities. (OECD (2011), “Private remedies”, OECD Journal: Competition Law and Policy, Vol. 11/2. <http://dx.doi.org/10.1787/clp-11-5kg9qgf34z5l>).

<sup>97</sup> Neste sentido, ver: PEIXOTO, Bruno Lanna. SILVA, Ludmilla Martins. **Alterações legislativas necessárias e o futuro das ações reparatórias por danos concorrenciais no Brasil**. Em: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrenciais / Bruno de Luca



Cabe destacar que se um cartel é condenado apenas com as multas aplicadas pelo CADE, esta punição tende a não cumprir integralmente com as suas funções preventiva e retributiva, quais sejam: diminuir a reiteração das infrações e garantir que a multa será maior que o lucro obtido. Dentre os motivos para tanto, está o fato de que o cálculo da vantagem auferida é extremamente complicado,<sup>98</sup> sendo difícil ou até mesmo impossível garantir que o infrator não será capaz de reter parte do seu lucro obtido ilegalmente.<sup>99</sup>

Neste sentido, Daniel Caselta aponta que a responsabilidade civil reforça os mecanismos de prevenção de cartéis pelas seguintes razões: (i) as demandas aumentam a probabilidade de detecção de cartéis, ao incentivarem as denúncias e os ingressos em juízo por parte dos próprios prejudicados; (ii) as demandas podem contribuir com a obtenção de provas e elaboração de estudos econômicos utilizáveis pelas autoridades, o que, em última instância, reduz o dispêndio de recursos pelas últimas e permite aumentar o número de investigações de cartéis e outras práticas anticompetitivas; e (iii) as demandas aumentam as sanções, que se somam às administrativas e criminais.<sup>100</sup> De modo geral, aumenta-se a probabilidade de detecção e se reduz a expectativa de que o lucro supere as penalidades.

Alguns autores também defendem que, sob a perspectiva da dissuasão, se as multas e indenizações somarem apenas um valor igual aos danos causados, as empresas continuariam tendo incentivos para cometer as infrações. Neste sentido, seria necessário aplicar indenizações punitivas ou múltiplas.<sup>101</sup> No Brasil, a matéria é controversa e é alvo de resistência por parte da doutrina.<sup>102</sup> Isto se deve, principalmente, ao fato de a responsabilidade

---

Drago, Bruno Lanna Peixoto (coord.). São Paulo: Singular, 2018.

<sup>98</sup> Em que pese a tentativa de alguns Conselheiros de calcular o sobrepreço e estimar a vantagem auferida, prevalece na jurisprudência do CADE o entendimento de que não existem dados ou recursos suficientes para tanto. Como referência, destaca-se o voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos no Requerimento nº 08700.005258/2016-92 (julgado em 19/04/2017): “*é importante lembrar também que os modelos para o cálculo de vantagem auferida apresentam desafios prementes, entre os quais a definição de dados e de premissas e as inferências dos resultados. Nem os próprios defensores desse paradigma concordam em estatuir qual seria um modelo ideal aplicável, tampouco em critérios firmes para se estabelecer um contrafactual inquestionável*”. E, ainda: “*Outro ponto que merece destaque é a corriqueira ausência de análise qualitativa dos dados e dos resultados das estimações engessadas pela vantagem auferida, já que um bom conhecimento do setor é relevante para a estruturação de uma estimativa crível, rastreável, repetível e juridicamente segura. A dissuasão desejada deve levar em conta a perspectiva de multa, a aplicação da multa em tempo razoável, as peculiaridades de cada mercado e a probabilidade de detecção e condenação pela autoridade investigadora*”.

<sup>99</sup> MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 11.

<sup>100</sup> CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 73.

<sup>101</sup> LANDE, Robert H. **Multiple enforcers and multiple remedies: Why antitrust damage levels should be raised**. 16 Loy. Consumer L. Rev. 329, 2004.

<sup>102</sup> Neste sentido, Daniel Caselta defende que o ordenamento brasileiro não permite a aplicação de um fator multiplicador da indenização por danos materiais como medida de desestímulo, uma vez que o Código Civil brasileiro prevê que a indenização se mede pela extensão do dano (CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 160). Por sua vez, Carlos

civil ter sido considerada, por muitos anos, como voltada somente à reparação do dano e, portanto, focada apenas na figura da vítima. No entanto, verifica-se atualmente uma tendência de aplicação da doutrina dos “*punitive damages*” como forma de garantir que a responsabilização civil possa gerar também a retribuição - como punição, levando em conta a gravidade da conduta do ofensor, e a dissuasão - evitando que o infrator lucre com a conduta ilícita.<sup>103</sup> A indenização punitiva é discutida em tópico próprio neste estudo.

É importante ressaltar também que, no Brasil, e conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a condenação do cartel nas esferas civil, criminal e administrativa não configura o chamado “*bis in idem*”, uma vez que estas são independentes, buscam diferentes objetivos e protegem diferentes bens jurídicos.<sup>104</sup>

Um importante motivo para este trabalho ter se debruçado sobre a função dissuasória da reparação civil é que esta função deve ser levada em conta em diversos momentos, por exemplo: quando se discute o valor indenizatório e o compartilhamento de documentos pelas autoridades da concorrência com os autores das demandas e com o judiciário. Defende-se, aqui, que o reconhecimento do potencial das ações de reparação civil concorrenciais para fortalecer o combate aos cartéis, no Brasil, pode levar a um incremento na cooperação entre as diversas esferas, à elaboração de novas leis aptas a estimular a responsabilização civil e ao proferimento de decisões realmente efetivas.

## II. OS DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS

Enquanto na esfera administrativa e penal basta a potencialidade de ocorrência de efeitos negativos à concorrência para ensejar uma condenação,<sup>105</sup> é requisito legal expresso da

---

Roberto Gonçalves aponta que a indenização, aplicada desta forma, se assemelharia a uma sanção penal, de forma que deveria estar prevista em lei, e também que este tipo de indenização poderia resultar no enriquecimento ilícito do indenizado (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 372-374).

<sup>103</sup> “*Nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, com nitidez, o que pode vir a ser considerado como uma mudança de paradigma, representada pela ideia de que, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personalidade, a indenização deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina tradicional*”. ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Disponível no Banco do Conhecimento do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Acesso em 04/05/2017.

<sup>104</sup> “*Inexiste violação ao princípio do ne bis in idem, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, in casu, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes*” (STJ - REsp: 677585 RS 2004/0126889-8, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/12/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.02.2006 p. 679)

<sup>105</sup> “*Já se viu que o art. 36 da Lei nº 12.529/2011 dispensa a produção concreta de efeitos anticoncorrenciais para a configuração da infração à ordem econômica, contentando-se com a mera potencialidade lesiva da conduta. A previsão decorre da dificuldade de comprovar os efeitos produzidos sobre o mercado e de se*

responsabilização civil que se comprove a ocorrência de dano. Este deve ser verificado objetivamente e não pode haver dúvida sobre a sua existência, ainda que esta exista quanto à sua quantificação.<sup>106</sup>

No Brasil, os interessados em demandas de reparação de danos causados por cartéis enfrentam obstáculos legais relacionados à correta identificação dos prejuízos desde a propositura da ação, uma vez que o Código de Processo Civil veda a formulação de pedido incerto ou indeterminado<sup>107</sup> e que a responsabilidade civil depende da ocorrência de dano.<sup>108</sup> Desta forma, ainda que se admita que o cálculo dos danos possa ocorrer durante a instrução processual, ou mesmo em fase de liquidação da sentença, os autores devem, ao menos, ter conseguido identificar, delimitar e até mesmo explicar como, quando e por que motivo sofreram os alegados danos causados pelo cartel.

Tendo em isto em mente, os próximos tópicos visam a contribuir com a identificação dos danos usualmente causados por cartéis.

## II.1. A extensão dos danos

A imagem abaixo busca exemplificar parte dos danos causados por cartéis:<sup>109</sup>

---

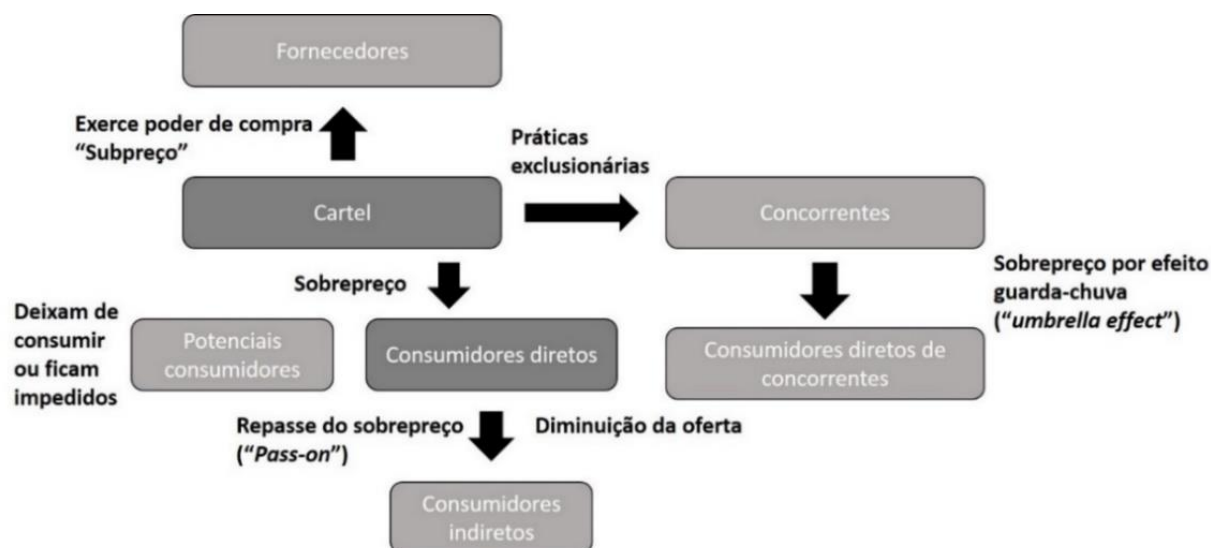
*estabelecer o nexo causal entre as práticas investigadas e os resultados produzidos [...]. A inexigibilidade da prova de efeitos concretos obviamente não dispensa a autoridade concorrencial do ônus de fundamentar, de forma adequada e razoável, a potencialidade lesiva da conduta”.* FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva, 2013. p. 273-275.

<sup>106</sup> MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010. p. 126.

<sup>107</sup> Artigos 322 e 324 do Código de Processo Civil de 2015.

<sup>108</sup> Artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002.

<sup>109</sup> A imagem é uma versão traduzida e adaptada da elaborada por FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik, em **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from German cartel cases**. *Journal of Competition, Law & Economics*, 6 (3), 595-618, 2010.



Como se percebe, um cartel tem efeitos em ampla parcela da sociedade, e não somente sobre seus consumidores diretos. São prejudicados também: (i) seus fornecedores, que sofrem frente ao poder de compra do grupo ilegal; (ii) concorrentes diretos, que são alvo de práticas exclusionárias; (iii) consumidores indiretos, que acabam absorvendo o aumento de preços; (iv) potenciais consumidores, que deixam de adquirir o produto devido ao preço artificialmente inflado ou devido à ausência de oferta; dentre outros.<sup>110</sup> Apesar de o sobrepreço ser constantemente lembrado, a maior parte do dano causado pelo cartel não diz respeito aos consumidores diretos, ainda que muitas vezes estes sejam os mais interessados na reparação.<sup>111</sup>

Antes de mais nada, é importante reconhecer que a noção de dano como meramente uma diminuição patrimonial tem dado lugar a uma concepção mais ampla, especialmente com a valorização dos danos morais e o reconhecimento de que alguns prejuízos não podem ser medidos pela comparação entre o patrimônio anterior e o posterior ao dano.<sup>112</sup> Assim, passa a existir a concepção de dano ligada à lesão a um bem ou interesse tutelado pelo ordenamento, incluindo-se nesta esteira tanto os danos patrimoniais como os morais, que inclusive são cumuláveis, conforme súmula do Superior Tribunal de Justiça.<sup>113</sup>

De toda forma, o maior número de ações de reparação concorrenciais diz respeito aos

<sup>110</sup> FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. *Op cit.* p. 602-604.

<sup>111</sup> CRANE, Daniel A. **Optimizing private antitrust enforcement.** Vanderbilt Law Review, Vol. 63:3:675, 2010.

<sup>112</sup> CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel.** São Paulo: Singular, 2016. p. 138.

<sup>113</sup> Súmula 37 do STJ.

danos patrimoniais, uma vez que o sobrepreço é a forma mais evidente de dano.<sup>114</sup> Estes danos, no entanto, não incluem somente os danos emergentes, mas também os lucros cessantes.<sup>115</sup>

Neste sentido, um concorrente vítima de conduta exclusionária pode ter suas vendas reduzidas;<sup>116</sup> um produtor, frente à escassez de insumo, pode ter que reduzir sua produção. Os lucros cessantes não podem ser subestimados. Conforme aponta Fábio Ulhôa: “*não se pode ignorar o custo de oportunidade, quer dizer, o potencial de geração de riquezas representado pelos bens dele suprimidos pelo evento danoso*”.<sup>117</sup>

Já os danos morais são usualmente definidos na jurisprudência brasileira pelo aspecto subjetivo – como dor, humilhação, angústia.<sup>118</sup> Seu cabimento passou a ser admitido sem reservas no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988 e não somente em relação a direitos de personalidade, mas em qualquer situação de prejuízo.<sup>119</sup>

Realizando uma ligação com a escassez de oferta que pode ser gerada por um cartel, pode haver dano moral quando um consumidor é compelido a deixar de consumir um produto, ou substituí-lo por um de qualidade inferior, em razão do aumento ilícito de preços.<sup>120</sup>

Analisemos, por exemplo, cartéis que afetaram a saúde pública, como os que envolveram serviços de hemoderivados e de próteses e órteses. Como reconhecido pelo CADE, estes casos possuem maior gravidade: o primeiro por ter aumentado o custo de produção e reduzido a oferta de medicamentos para hemofílicos;<sup>121</sup> e o segundo porque poderia ter privado milhares de segurados de obterem acesso ao Programa de Reabilitação Profissional.<sup>122</sup>

Sendo assim, a prática de cartel deve ser considerada em toda a sua extensão, já que

---

<sup>114</sup> CRANE, Daniel A. *Op. cit.* 680.

<sup>115</sup> EUROPEAN COMMISSION. **Practical Guide – Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union**. Strasbourg, 2013.

<sup>116</sup> CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Rio de Janeiro, 2011. p. 14.

<sup>117</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações; responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 817.

<sup>118</sup> CASELTA, Daniel Costa. *Op. cit.* p. 164.

<sup>119</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Op. Cit.* p. 828-829.

<sup>120</sup> CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. *Op. cit.* p. 14.

<sup>121</sup> PA nº 08012.003321/2004-71, julgado pelo CADE em 13/04/2016. De acordo com o Voto-Relator: “*A conduta dos Representados de angariar preços mais altos em licitações promovidas pelo MS afetou diretamente a vida de hemofílicos de todo o país, aumentando o custo total da produção e resultado em uma oferta menor de remédios para a população. Portanto, reputo a conduta em análise como extremamente grave*”.

<sup>122</sup> PA nº 08012.008507/2004-16, julgado pelo CADE em 10/12/2014. Conforme análise do Departamento de Estudos Econômicos do CADE, caso as empresas cartelistas não tivessem sido desclassificadas nas licitações promovidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, o custo adicional teria privado que aproximadamente 13 mil segurados tivessem acesso ao programa de Reabilitação Profissional.

afeta não apenas interesses econômicos e patrimoniais, mas também o bem-estar geral da coletividade. A jurisprudência já reconheceu serem devidos danos morais coletivos pela prática de cartel, “*diante da gravidade e da repercussão da lesão na sociedade*”.<sup>123</sup>

Dito isso, a maior parte da doutrina tem enfatizado a função de “compensação” dos danos morais, para minorar os efeitos do dano sofrido.<sup>124</sup> Alguns autores, no entanto, defendem o “duplo caráter” da reparação deste tipo de dano, sendo esta ao mesmo tempo compensatória para a vítima e dissuasória para o ofensor.<sup>125</sup>

## II.2. Punição que supera os danos: a hipótese de indenização punitiva

Não se deve confundir a indenização por danos morais com a indenização punitiva, que supera o prejuízo da vítima.<sup>126</sup> Nos Estados Unidos, por exemplo, a vítima tem direito a receber três vezes os danos que sofreu devido à existência de um cartel<sup>127</sup> e a Suprema Corte norte-americana já destacou que este instituto é importante para encorajar as ações privadas e complementar os recursos do Department of Justice.<sup>128</sup> Na União Europeia, por outro lado, a Diretiva sobre reparação de danos concorrenciais veda as indenizações punitivas ou múltiplas.<sup>129</sup>

Alguns autores defendem a importância de indenizações múltiplas, em determinados casos, para reduzir os incentivos à formação de cartéis. Robert Lande, por exemplo, defende sua existência uma vez que nem todas as infrações são detectadas e provadas, além de que os cartéis afetam o bem-estar social muito além do sobrepreço e ainda geram “efeitos guarda-chuva”, ao influenciarem o aumento dos preços mesmo por empresas não participantes do

---

<sup>123</sup> TJDF. Acórdão 953468, de 8 de junho de 2016. Apelação Cível n. 20130111418800APC.

<sup>124</sup> CASELTA, Daniel Costa. *Op. cit.* p. 164-168.

<sup>125</sup> “*Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, com fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem*”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 368).

<sup>126</sup> Para Fábio Ulhôa Coelho, é um desvirtuamento do instituto do dano moral estabelecer indenizações que não digam respeito unicamente à compensação da dor experimentada. (COELHO, Fábio Ulhôa. *Op. cit.* p. 862-864).

<sup>127</sup> 15 U.S. Code § 15 - Suits by persons injured.

<sup>128</sup> “*Congress created the treble damages remedy of § 4 precisely for the purpose of encouraging private challenges to antitrust violations. These private suits provide a significant supplement to the limited resources available to the Department of Justice for enforcing the antitrust laws and deterring violations*”. *Reiter v. Sonotone Corp.* 442 U.S. 330 (1979).

<sup>129</sup> “*Full compensation shall place a person who has suffered harm in the position in which that person would have been had the infringement of competition law not been committed. It shall therefore cover the right to compensation for actual loss and for loss of profit, plus the payment of interest. Full compensation under this Directive shall not lead to overcompensation, whether by means of punitive, multiple or other types of damages*”. THE EUROPEAN PARLIAMENT. **Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions**. Versão original em inglês disponível em <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>>. Acesso em 30/04/2018.

conluio.<sup>130</sup>

Carlos Roberto Gonçalves defende que, no Brasil, a indenização punitiva deve ser prevista em lei, já que se assemelha a uma sanção penal. Além disso, o valor deveria reverter ao Estado, de forma a não resultar em enriquecimento ilícito do indenizado.<sup>131</sup> Em visão oposta, Fábio Ulhôa Coelho entende que a sanção civil não se sujeita ao princípio da legalidade, sendo possível desde que a infração tenha sido especialmente reprovável.<sup>132</sup>

Lembrando que nem todos os cartéis são detectados e punidos no Brasil, até mesmo por limites orçamentários que permeiam a atuação do CADE, os autores Bruno Lanna Peixoto e Ludmilla Martins da Silva defendem que a criação de um fator multiplicador, a ser aplicado sobre os danos advindos de um cartel, pode potencializar os benefícios das Ações de Reparação de Danos Concorrenciais, ampliando sua atratividade e, em última análise, gerar externalidades positivas para toda a coletividade, especialmente no que se refere ao efeito dissuasório.<sup>133</sup>

Este trabalho, de forma conservadora, se alinha à doutrina que entende que seriam necessárias modificações legais para permitir a indenização punitiva nas ações de reparação por cartéis.<sup>134</sup> Nesta direção, destaca-se a existência do Projeto de Lei do Senado nº 283/2016 que, entre outros aspectos, estabelece que cartelistas condenados deverão restituir os prejuízos em dobro – exceto os signatários de Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação com o CADE, e desde que apresentem documentos que permitam estimar o dano decorrente da infração.<sup>135</sup> Tais previsões são vantajosas no sentido de que podem aumentar a atratividade das ações de reparação civil, incentivar a busca por acordos com o CADE e ainda facilitar a quantificação dos danos, já que as próprias empresas participantes do cartel irão fornecer dados para tanto. É evidente que, para que tais dispositivos funcionem, será essencial a articulação junto ao CADE.

---

<sup>130</sup> LANDE, Robert H. **Multiple enforcers and multiple remedies: Why antitrust damage levels should be raised**. 16 Loy. Consumer L. Rev. 329, 2004.

<sup>131</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves**. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 372-374.

<sup>132</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Op cit.* p. 864-868.

<sup>133</sup> PEIXOTO, Bruno Lanna. SILVA, Ludmilla Martins. **Alterações legislativas necessárias e o futuro das ações reparatórias por danos concorrenciais no Brasil**. Em: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial / Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto (coord.). São Paulo: Singular, 2018.

<sup>134</sup> CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 162.

<sup>135</sup> Uma possível crítica é a de que nem sempre a estimativa é possível. Sendo assim, se o CADE não se manifestar sobre a suficiência da documentação para quantificar os danos, o signatário poderá acabar sujeito à indenização múltipla ou será desmotivado a procurar acordos. GRINBERG, Mauro. **Mais e maiores punições para cartéis: polêmico projeto. Comentários sobre os artigos do PLS nº 283/2016**. Disponível em <<https://jota.info/artigos/mais-e-maiores-punicoes-para-carteis-polemico-projeto-05082016>>.

### III. A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS

A dificuldade da quantificação de danos reside em demonstrar como o mercado teria se comportado na ausência do acordo entre os concorrentes – portanto, em definir uma situação contrafactual para servir de comparação,<sup>136</sup> sem que com isso se imponha uma barreira significativa, ou até mesmo intransponível, em termos de tempo e esforços, para a utilização da persecução privada.<sup>137</sup> A aplicação de um ou de outro método, por sua vez, depende da disponibilidade de informações e do nível de precisão almejado.<sup>138</sup>

Considerando as significativas dificuldades enfrentadas durante esta etapa, a Diretiva implementada na União Europeia para tratar da reparação por danos concorrenciais estabelece que os Estados-Membros deverão assegurar que a quantificação não torne a propositura de ações praticamente impossível. Neste sentido, os tribunais nacionais poderão estimar os danos e a autoridade de defesa da concorrência poderá ser chamada a prestar assistência.<sup>139</sup>

No Brasil também há iniciativas visando a facilitar o procedimento. Neste sentido, a Superintendência-Geral do CADE apresentou proposta regulamentar para que os votos dos Conselheiros passem a incluir, sempre que possível e razoável, informações relativas ao período de duração da conduta, aos consumidores potencialmente atingidos e à estimativa dos danos. Esta proposta será melhor discutida em momento oportuno deste trabalho.

#### III.1. Quantificação dos danos patrimoniais

Diversas são as propostas apresentadas para o cálculo do dano patrimonial causado por cartéis. Apesar de todas as variáveis econômicas envolvidas não serem objeto do presente estudo, pretende-se aqui discutir a aplicação destas teorias, bem como suas vantagens e desvantagens.

Em estudo para a Comissão Europeia, consultores externos classificaram os métodos de quantificação de danos emergentes em três grandes grupos, baseados em comparação,

---

<sup>136</sup> CASELTA, Daniel Costa. *Op. cit.* p. 148.

<sup>137</sup> FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from German cartel cases.** *Journal of Competition, Law & Economics*, 6 (3), 595-618, 2010.

<sup>138</sup> DOOSE, Anna Maria. **Methods for calculating cartel damages: A survey.** *Ilmenau Economics Discussion Papers*, No. 83. 2013.

<sup>139</sup> THE EUROPEAN PARLIAMENT. **Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions.** Versão original em inglês disponível em < <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>>. Acesso em 28/05/2017.



desempenho financeiro e estruturas de mercado,<sup>140</sup> que serão analisados adiante.

A maior vantagem de utilizar métodos comparativos está no fato de que são analisados dados reais dos mercados afetados ou comparados.<sup>141</sup> Dentro deste grupo destacam-se três abordagens: (i) “*before and after*”; (ii) “*yardstick*”; e (iii) “*difference-in-differences*”.<sup>142</sup>

A primeira, como o nome indica, consiste em comparar os preços cobrados antes ou depois do cartel com aqueles praticados durante a sua ocorrência. Pressupõe-se que outras variáveis se mantiveram similares, sendo a supressão da competição o principal fator de aumento nos preços. Utilizando-se desta técnica, é possível estimar um sobrepreço médio para o período de duração de cartel. Depois, bastaria apenas multiplicar o sobrepreço pelas aquisições de um determinado consumidor, para assim estimar seu prejuízo particular.<sup>143</sup>

Deve-se levar em conta que a duração da conduta interfere diretamente nos dados que deverão ser utilizados e que nem sempre é fácil precisar as datas de início e fim de um cartel. Além disso, quando se trata de um acordo muito duradouro, pode ser fantasioso supor que os preços praticados antes de seu início deveriam ter sido mantidos, desconsiderando uma série de fatores que podem ter modificado as condições de demanda e oferta, por exemplo. Por sua vez, os preços praticados após o encerramento do cartel podem permanecer artificialmente elevados durante algum tempo ou até caírem drasticamente, já que as empresas poderão decidir competir agressivamente até que o mercado finalmente se estabilize, em um cenário de ausência de infração concorrencial.<sup>144</sup>

A segunda abordagem, de “*yardstick*” ou “*padrão*”, implica a utilização de um ou mais mercados não afetados como parâmetro para comparar com o mercado que foi alvo do cartel. Por exemplo, analisa-se o comportamento dos preços, de um mesmo produto ou serviço, em regiões geográficas distintas. Para que o cálculo se aproxime da realidade, é essencial que existam similaridades nas características dos produtos, nos níveis de oferta e demanda, nos custos envolvidos, dentre outros fatores.<sup>145</sup>

Por fim, a terceira abordagem comparativa reúne conceitos das outras duas,

---

<sup>140</sup> OXERA et al. **Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts.** Study prepared for the European Commission. December 2009. Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2010.

<sup>141</sup> EUROPEAN COMMISSION. **Practical Guide – Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union.** Strasbourg, 2013. p. 16.

<sup>142</sup> LAITENBERGER, Ulrich; SMUDA, Florian. **Estimating consumer damages in cartel cases.** Journal of Competition, Law&Economics, 11(4), 955-973, 2015. p. 963.

<sup>143</sup> Ibid. p. 964.

<sup>144</sup> EUROPEAN COMMISSION. **Practical Guide – Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union.** Strasbourg, 2013. p. 17-18.

<sup>145</sup> LAITENBERGER, Ulrich; SMUDA, Florian. *Op. cit.* p. 964.

contrapondo os preços praticados no mercado afetado e os preços praticados em mercados parâmetro, antes, durante e depois do cartel – e daí o nome de “diferenças nas diferenças”<sup>146</sup>. Este método busca eliminar outras variáveis que possam ter afetado a formação dos preços. Portanto, é um dos métodos mais precisos, mas também um dos que mais demanda informações.<sup>147</sup> Explicando-se matematicamente:

**B – A** = diferença de preços antes e durante o cartel.

**X – Y** = diferença de preços no mercado parâmetro, no mesmo período.

**(B – A) – (X – Y)** = diferença nas diferenças = **verdadeiro impacto do cartel**.

Já as estimativas baseadas em análises financeiras, por sua vez, utilizam diferentes empresas e indústrias como substrato comparativo, tratando especialmente de taxas de retorno e custos de produção. Buscam indicar, por exemplo, qual seria o preço base de um produto na ausência de cartel. A deterioração do desempenho financeiro das demandantes, por sua vez, pode ser apresentada como indicativo da infração. Apesar disso, também há problemas práticos para utilização deste método, como a dificuldade de excluir fatores externos para o aumento dos preços.<sup>148</sup>

Finalmente, abordagens baseadas em estruturas de mercado utilizam teorias sobre organização industrial e modelos econômicos para analisar estruturas reconhecidas, como monopólios, oligopólios e competição perfeita, de forma a estimar ou simular os preços e volumes que seriam esperados na ausência de cartel. Esta abordagem, predominantemente teórica, pode ser calibrada com dados do mercado – tais como volumes de produção e demanda, para um resultado mais empírico.<sup>149</sup>

A quantificação dos lucros cessantes, por sua vez, se beneficia das mesmas abordagens utilizadas para o cálculo dos danos emergentes.<sup>150</sup> No entanto, a intenção é diferente, pois visa a construir um cenário contrafactual que envolva as variáveis de preço, oferta, demanda e *market share* dos concorrentes ou clientes afetados, caso não tivesse existido o acordo

<sup>146</sup> Ibid. p. 965.

<sup>147</sup> FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from German cartel cases**. Journal of Competition, Law & Economics, 6 (3), 595-618, 2010. p. 610.

<sup>148</sup> OXERA et al. **Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts**. Study prepared for the European Commission. December 2009. Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2010.

<sup>149</sup> OXERA, *Op. cit.*

<sup>150</sup> EUROPEAN COMMISSION. **Practical Guide – Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union**. Strasbourg, 2013. p. 52.

anticompetitivo. Assim, almeja-se obter os lucros que seriam esperados, devendo estes ser comparados com os lucros efetivamente obtidos.<sup>151</sup>

Como se percebe, a quantificação dos danos pode se favorecer do uso de diferentes métodos em conjunto, quando isto for possível. No entanto, também se percebe que todos os métodos estão sujeitos a algum tipo de restrição, sejam referentes às informações disponíveis ou à sua capacidade para atingir os necessários parâmetros legais. De fato, a quantificação dos danos causados por cartéis muitas vezes depende da adoção de premissas, estimativas e aproximações,<sup>152</sup> que se não forem bem compreendidas podem resultar em insegurança jurídica e na falta de efetividade das ações de reparação.

Tendo isto em vista, Friederiszick e Röller defendem que o procedimento adotado pelo pela *Higher Regional Court* da Alemanha quando julgou o cartel do cimento, em 2009, é o mais adequado para atingir padrões de legalidade. Este procedimento consiste em três etapas: desenho, aplicação e testes de robustez. A intenção de se criar um procedimento para escolha e validação do método é garantir que o “*trade-off*” entre precisão e praticidade seja bem compreendido e transparente para todas as partes envolvidas.<sup>153</sup>

Na primeira fase ocorre a proposta de métodos empíricos para a estimação dos danos. Esta escolha deve tomar em conta peculiaridades de cada caso. Por exemplo, no mencionado julgamento do cartel do cimento, o método *yardstick* foi descartado devido à ausência de mercados para comparação, uma vez que países próximos também haviam sido afetados e a maioria dos outros países da Europa estava exposta a importações, com preços inferiores. No momento do desenho, outros fatores devem ser discutidos e determinados, como o marco temporal para coleta de dados.

A segunda fase consiste na aplicação efetiva do método escolhido, e esta somente começa após uma profunda discussão sobre os padrões que serão utilizados.

Finalmente, na terceira fase, são aplicados testes de robustez. Nestes testes, as partes, economistas e advogados discutem os resultados, apresentem questões, e eventualmente são realizados ajustes na abordagem e nos valores obtidos. Ainda assim, no referido julgamento feito pela *Higher Court* alemã, foi aplicado um desconto de 25% sobre o valor estimado para responder pela margem de erro.<sup>154</sup> Em outras palavras, as cortes devem ser sensíveis à

---

<sup>151</sup> RUBINFELD, Daniel L. **Research Handbook on the Economics of Antitrust Law**. 2009.

<sup>152</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Op. cit.* p. 11.

<sup>153</sup> FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from German cartel cases**. *Journal of Competition, Law & Economics*, 6 (3), 595-618, 2010.

<sup>154</sup> *Ibid.* p. 607.

necessidade de aceitar estimativas, ainda que para isso tenham que conceder descontos em benefício dos réus.

### III.2. A utilização da “*Pass-on Defense*”

Consumidores diretos tendem a repassar o sobrepreço gerado por um cartel aos seus próprios clientes, o que é conhecido como “*passing-on effect*”.<sup>155</sup> Sendo assim, em algumas jurisdições, os acusados podem se utilizar da chamada “*pass-on defense*” para alegar que os autores da ação não absorveram a totalidade do dano causado pelo cartel e, desta forma, não fazem jus à indenização pretendida.

A *pass-on defense* não é aceita nos Estados Unidos. Isto se deve, em grande medida, ao fato de a legitimidade para buscar reparação se limitar aos diretamente envolvidos na relação jurídica com o infrator.<sup>156</sup> No entanto, existe uma forte tendência de permitir que consumidores indiretos também busquem reparação dos danos,<sup>157</sup> de forma que a questão da *pass-on defense* deverá ser rediscutida nos EUA.<sup>158</sup>

Já na União Europeia, a *pass-on defense* é legalmente admitida, de acordo com a Diretiva sobre as ações de reparação de danos concorrenciais. No entanto, caberá ao réu demandado demonstrar que o repasse do sobrepreço efetivamente ocorreu. Quanto aos consumidores indiretos, é deles o ônus da prova de terem sido lesados, demonstrando que houve uma infração concorrencial, que seu fornecedor teve custos adicionais por este motivo e que adquiriram bens afetados.<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup> EUROPEAN COMMISSION. **Study on the Passing-On of Overcharges**. Final Report. European Union, 2016.

<sup>156</sup> Este entendimento, conhecido como “*Illinois Brick Doctrine*”, deriva de decisão da U.S. Supreme Court em 1977 (Illinois Brick Co. v. Illinois). (GABAN, Molan Eduardo. **Direito antitruste / Eduardo Molan Gaban, Juliana Oliveira Domingues** – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 280).

<sup>157</sup> Ao menos 29 Estados norte-americanos já aprovaram leis divergentes que permitem aos compradores indiretos buscarem reparação ou, alternativamente, permitem ao *Attorney General* buscar a reparação em benefício dos consumidores. MCCARTHY, Eric; MALTAS, Allyson; BAY, Matteo; RUIZ-CALZADO, Javier. **Litigation culture versus enforcement culture. A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases**. The Antitrust Review of the Americas 2007, Global Competition Review.

<sup>158</sup> BELLIA, Marco. “**Passing on**” **Defense in Antitrust Litigation: Preliminary Notes for a General Analysis**. 2015. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2226759>>.

<sup>159</sup> Neste sentido, cabe transcrever trecho da Diretiva: “*Harm in the form of actual loss can result from the price difference between what was actually paid and what would otherwise have been paid in the absence of the infringement. When an injured party has reduced its actual loss by passing it on, entirely or in part, to its own purchasers, the loss which has been passed on no longer constitutes harm for which the party that passed it on needs to be compensated. It is therefore in principle appropriate to allow an infringer to invoke the passing-on of actual loss as a defence against a claim for damages. It is appropriate to provide that the infringer, in so far as it invokes the passing-on defence, must prove the existence and extent of pass-on of the overcharge. This burden of proof should not affect the possibility for the infringer to use evidence other than that in its possession, such as evidence already acquired in the proceedings or evidence held by other parties or third parties*”. THE EUROPEAN PARLIAMENT. **Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions**. Versão original em

No Brasil, tendo em vista a limitação da extensão da indenização ao dano efetivamente causado, e sendo vedado o enriquecimento sem causa, Daniel Caselta defende que a *pass-on defense* deve ser aceita.<sup>160</sup> Neste mesmo sentido, Pedro Vicentini aponta que o objetivo da utilização da *pass-on defense* é tornar a vítima do ilícito antitruste *indene*, ou seja, somente retornar ao status anterior, em que não ela não sofreu perdas, sob pena de enriquecimento sem causa.<sup>161</sup>

Além disso, não seria plausível que o condenado tivesse que reparar integralmente consumidores diretos e indiretos, devendo, pelo contrário, repará-los na medida do dano efetivamente sofrido. Sendo assim, a hipótese da *pass-on defense* deve ser levada em conta pelos interessados neste tipo de ação quando buscarem identificar e quantificar seus danos, já que a demonstração de que absorveram o prejuízo é fundamental para justificar a ação.

A quantificação do *pass-on*, por sua vez, pode ser feita de duas maneiras. A primeira delas consiste na comparação direta entre as margens de lucro e os preços cobrados pelas empresas afetadas e não afetadas pelo cartel. Conforme estudo realizado pela Comissão Europeia, a redução nas margens de lucro de uma empresa que consumiu produtos afetados pela infração, *ceterus paribus*, indicaria que tal empresa absorveu ao menos parte do sobrepreço. O estudo ressalta, no entanto, que a validade deste método dependerá de uma análise apropriada dos registros financeiros da empresa.<sup>162</sup>

A segunda abordagem demanda uma análise da chamada “taxa de repasse”. Referida taxa varia de acordo com características estruturais do mercado, como o número de concorrentes, e de acordo com outros fatores, tais como a elasticidade da demanda e o tempo de duração da infração.<sup>163</sup> Em um raciocínio simplificado, o consumidor direto dos produtos afetados pelo cartel terá mais condições de repassar a integralidade do sobrepreço quando existirem poucos ou nenhum competidor que não tenha sido afetado pela mesma infração – já que todos tenderão a elevar seus preços. Além disso, o repasse poderá ser maior quando os

---

inglês disponível em < <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1> >. Acesso em 27/04/2018.

<sup>160</sup> CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 158.

<sup>161</sup> VICENTINI, Pedro C. E. **Dano antitruste aos compradores diretos e indiretos: breves considerações sobre o *pass-on effect* nos regimes norte-americano, europeu e brasileiro**. Em: Em: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial / Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto (coord.). São Paulo: Singular, 2018.

<sup>162</sup> EUROPEAN COMMISSION. **Study on the Passing-On of Overcharges**. Final Report. European Union, 2016. p. 190-191.

<sup>163</sup> EUROPEAN COMMISSION. **Practical Guide – Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union**. Strasbourg, 2013. p. 49-50.

clientes do consumidor direto não forem muito sensíveis às variações de preço.

Cabe ressaltar, todavia, que esta segunda abordagem pode ser mais complexa do que a análise comparativa, já que exige uma cautelosa e complexa análise das características do mercado.<sup>164</sup>

Em suma, um consumidor, seja ele direto ou indireto, deve decompor os danos que pretende recuperar em sobrepreço gerado pelo cartel, menos o efeito do repasse e mais os lucros cessantes, consistentes na diminuição de vendas ou participação de mercado perdida. Este último fator é constantemente negligenciado, mas é especialmente relevante no caso de alguns dos cartelistas serem verticalmente integrados e não repassarem o sobrepreço às empresas de seu próprio grupo. Na prática, a *pass-on defense* não pode ser aceita sem esta ressalva, sob pena de não garantir a indenização realmente devida.<sup>165</sup>

### III.3. Quantificação dos danos extrapatrimoniais

Conforme já ressaltado, existe uma parcela dos danos causados pelos cartéis que não é quantificada pelo sobrepreço. Neste sentido, o cartel aumenta a escassez de produtos, prejudicando o bem-estar dos consumidores e da sociedade como um todo, sem criar benefícios em troca, como incrementos de qualidade ou inovação.<sup>166</sup>

No Brasil, a forma mais comum de buscar a reparação por danos não patrimoniais causados por cartéis é através das ações de indenização por danos morais coletivos<sup>167</sup>, sendo estas levadas adiante principalmente pelo Ministério Público.

No entanto, quantificar o dano moral é outro tema de extrema complexidade, ante à falta de critérios uniformes e definidos para a sua estimação. De fato, foram analisados diversos estudos econômicos e em pouquíssimos deles houve preocupação com a quantificação dos danos morais. Além disso, a jurisprudência analisada não demonstra padrões seguidos pelos julgadores. Em um dos casos, foi considerado o percentual de 20% sobre o lucro líquido das empresas no ano em que formaram o cartel. Neste caso, houve debate entre os desembargadores onde se percebe: (i) a preocupação com o princípio da razoabilidade; (ii) a utilização, como referência, do art. 37 da Lei nº 12.529/2011; e (iii) a imposição de um teto de R\$ 250.000,00 para cada empresa, de forma a “não inviabilizar a

---

<sup>164</sup> Ibid. p. 50.

<sup>165</sup> VERBOVEN, Frank; VANDIKZ, Theon. **Cartel damages claims and the passing-on defense**. The Journal of Industrial Economics 0022-1821, Volume LVII, 2009.

<sup>166</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva, 2013. p. 440.

<sup>167</sup> CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Rio de Janeiro, 2011. p. 35.

atividade econômica”.<sup>168</sup>

Carlos Roberto Gonçalves aponta que existiam recomendações para o arbitramento dos danos morais na revogada Lei de Imprensa<sup>169</sup> que continuam a ser aplicadas na generalidade dos casos. Assim, devem ser levadas em conta a intensidade do sofrimento; a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa; o grau de culpa e a situação econômica do ofensor; bem como as circunstâncias que envolveram os fatos. Não é raro que os juízes se utilizem de peritos para o arbitramento da indenização,<sup>170</sup> o que pode ser especialmente necessário em casos que exigem complexas análises econômicas, como é o caso dos cartéis.

De forma geral, a liquidação por arbitramento – conforme os artigos 946 do Código Civil e 509 do Código de Processo Civil, parece ser essencial para o cálculo dos danos morais causados por este tipo de conduta. No entanto, a ausência de parâmetros que se constata nas decisões do Poder Judiciário brasileiro impede que as indenizações se aproximem do valor real dos danos causados à sociedade e prejudica a aplicação da correta reparação civil.<sup>171</sup>

#### III.4. Possíveis contribuições do CADE

A Superintendência-Geral do CADE - SG, em nota técnica específica, apresentou três propostas regulamentares e duas propostas legislativas tanto para endereçar o posicionamento institucional da autarquia frente à questão da harmonização do Programa de Leniência e de Cessação com as Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC), quanto para facilitar a utilização das últimas.<sup>172</sup> Algumas destas propostas estão diretamente ligadas à quantificação dos danos causados por cartéis, como se demonstra adiante.

A primeira proposta regulamentar é a de que o CADE seja informado sobre qualquer ARDC, de forma que a sua Procuradoria especializada possa requerer a suspensão da ação até que se conclua o julgamento do Processo Administrativo. A intenção é que, após a conclusão do caso pela autoridade da concorrência, a parte interessada na reparação civil possa ter acesso aos documentos e informações necessários para subsidiar sua pretensão.

---

<sup>168</sup> TJDF. Acórdão 953468, de 8 de junho de 2016. Apelação Cível n. 20130111418800APC.

<sup>169</sup> Lei nº 5.250/2007, julgada incompatível com a Constituição Federal de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal em 30/04/2009.

<sup>170</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 371.

<sup>171</sup> CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros.** Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional | vol. 21/2012 | p. 331-344, 2012.

<sup>172</sup> SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. **Nota Técnica nº 24/2016 no Processo nº 08700.00788/2016-00. Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de Acordos de Leniência e de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) no Brasil.** 2016.

É importante ressaltar que o acesso a este tipo de documento é essencial para a quantificação dos danos sofridos e para a própria comprovação do cartel no judiciário. No entanto, o CADE se preocupa também com a harmonização entre o instituto da responsabilização civil e demais mecanismos de Defesa da Concorrência, como é o caso dos Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação. Sendo assim, a sugestão da Superintendência é razoável, uma vez que haveria maior transparência na condução dada pelo CADE em relação aos documentos obtidos neste tipo de acordo, sem prejudicar indefinidamente os interessados na reparação.

A segunda proposta é a de que o voto do Conselheiro-Relator e demais votos-vogais incluam, sempre que possível e razoável, seção específica sumarizando informações relativas ao período de duração da conduta, os consumidores potencialmente atingidos e a estimativa dos danos causados.

Apesar da controvérsia que paira sobre a estimativa dos danos, propostas normativas como a apontada estão em sintonia com a tendência de aprofundamento nos cálculos dos danos causados por cartéis nas decisões do CADE, seja para fins de dosimetria da multa (o que não tem prevalecido no Tribunal) ou justamente para fins de eventual demanda de reparação civil. Conforme defendido pelo Conselheiro Paulo Burnier em Processo Administrativo que investigava formação de cartel no mercado de revenda de combustíveis, a *expertise* que o CADE desenvolveu pode iluminar a agenda de reparação de danos no Poder Judiciário.<sup>173</sup>

Ainda neste sentido, pode-se fazer referência ao Projeto de Lei do Senado nº 283/2016, que busca alterar o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 para estabelecer que cartelistas deverão ressarcir em dobro os prejuízos causados, exceto os que tiverem assinado Acordo de Leniência ou TCC com o CADE, e desde que apresentem à autoridade de defesa da concorrência documentos que permitam estimar o dano decorrente da infração. Ou seja, após a necessária articulação, o CADE deterá excelentes condições para identificar prejudicados e calcular os danos sofridos por estes, podendo contribuir, na sequência, com as ações de reparação.

Apesar de esta previsão endereçar um ponto muito importante, também é verdade que nem sempre a estimação dos danos é possível.<sup>174</sup> Sendo assim, o referido PLS acaba por criar

---

<sup>173</sup> Voto-vista vencedor no Processo Administrativo nº 08700.002821/2014-09, julgado em 07/06/2017.

<sup>174</sup> De toda forma, já existem outros projetos de lei, como o PL 7238/2017 que visam a instituir o cálculo da vantagem auferida como uma obrigatoriedade na fase de dosimetria das multas a serem impostas pelo CADE às empresas condenadas. Conforme justificção do referido projeto, a intenção, além da dissuasão, é também facilitar a reparação privada: “Assim, se um grande consumidor de um produto, tiver uma estimativa do



um novo requisito para a celebração dos acordos com o CADE, já que se a autoridade não se manifestar sobre este elemento no momento da assinatura, ou seja, sobre a suficiência da documentação para estimar os danos, o signatário poderá acabar sujeito à indenização múltipla, conforme prevê mencionado projeto, ou se sentirá desmotivado a procurar o acordo.<sup>175</sup>

Retornando às propostas da SG, a última sugestão regulamentar seria a de redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa para os participantes que comprovarem o ressarcimento extrajudicial ou judicial em ações de reparação civil. Desta forma, cria-se um incentivo adicional para a resolução consensual da disputa, o que poderia ajudar a superar uma barreira tão difícil como a quantificação dos danos. De fato, a solução consensual permitiria ao lesado obter uma reparação mais rápida e fácil, enquanto também seria positiva para o demandado por evitar sua exposição negativa na mídia, garantir maior segurança quanto aos valores a serem pagos e ainda preservar a relação entre as empresas.<sup>176</sup>

Em relação às propostas legislativas, a Superintendência-Geral do CADE defende que seja limitada a extensão da responsabilidade civil do signatário do Acordo de Leniência, de forma que este não seja solidariamente responsável e não esteja sujeito a indenizações múltiplas.

Quanto ao prazo prescricional para ajuizamento das ARDC, a Superintendência-Geral sugere a elaboração de lei para estabelecer que esta somente começa a correr a partir da ciência inequívoca da vítima, o que se dará após a publicação, no Diário Oficial da União, da decisão final administrativa ou penal. Ainda sobre o tema, o órgão do CADE sugere que a instauração de procedimento investigativo pela Superintendência-Geral passe a ser considerado um fator de interrupção do prazo prescricional para as ações de reparação civil. Por fim, a SG defende que o juiz cível possa suspender o curso da ação, com fundamento no artigo 313, V, do Código de Processo Civil<sup>177</sup>, até a decisão final do Tribunal do CADE, e que

---

*sobrepreço em um caso de cartel, por exemplo, já calculado pelo CADE ele terá uma base razoável para calcular danos a serem ressarcidos. Isto aumenta a penalidade esperada e, portanto, contribui para o efeito dissuasório. [...] A análise do CADE já constitui uma excelente base para os agentes lesados recuperarem pelo menos parte de seus prejuízos”.*

<sup>175</sup> GRINBERG, Mauro. **Mais e maiores punições para cartéis: polêmico projeto. Comentários sobre os artigos do PLS nº 283/2016.** Disponível em < <https://jota.info/artigos/mais-e-maiores-punicoes-para-carteis-polemico-projeto-05082016>>.

<sup>176</sup> GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. **Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 43, 2014, p. 21.

<sup>177</sup> “Art. 313. *Suspende-se o processo: [...].*

*V - quando a sentença de mérito:*

*a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;*

o juiz possa considerar a decisão condenatória do Conselho como título executivo extrajudicial, ou seja, prova *prima facie* da existência da conduta e do dano, facilitando as ações do tipo “*follow-on*”.

As propostas legislativas da Superintendência-Geral são muito oportunas e abrangem tanto a proteção ao Programa de Leniência quanto algumas das principais barreiras enfrentadas pelos proponentes de ações de reparação dos danos causados por cartéis.

Especificamente em relação à quantificação dos danos, as propostas contribuem tanto diretamente com os interessados, ao prever a elaboração de estimativas pelo próprio CADE, quanto indiretamente, ao visarem diminuir o peso da prescrição e do ônus da prova sobre os prejudicados. Portanto, são contribuições de inegável valor e que deverão ser consideradas pelo Legislativo.

Para além das sugestões já elaboradas pela Superintendência-Geral, sugere-se, neste trabalho, que o CADE elabore, na esteira do que já fez a Comissão Europeia, um estudo claro, porém completo e detalhado, sobre os danos causados por cartéis, a dificuldade da sua comprovação e as principais metodologias de cálculo utilizadas mundialmente. Espera-se, com isso, que as autoridades judiciais tenham mais sensibilidade neste tipo de demanda, e que as orientações incentivem e facilitem a propositura de mais ações desta natureza, já que, além dos benefícios para o indenizado, o combate aos cartéis gera efeitos positivos para toda a coletividade.

## CONCLUSÃO

Como se demonstrou ao longo do estudo, os cartéis geram relevantes prejuízos aos consumidores, à sociedade e à economia como um todo, sendo amplamente considerados como a mais grave forma de lesão à ordem econômica. Sendo assim, os particulares afetados por esta conduta, bem como entidades legitimadas para a defesa coletiva, podem buscar a reparação civil pelos prejuízos sofridos.

Além do ressarcimento aos prejudicados, a responsabilidade civil tem importante função de dissuasão. Neste sentido, a reparação privada é reconhecida como forma de reforço à legislação de defesa da concorrência porque, dentre outros motivos, aumenta a probabilidade de detecção de cartéis, incentiva as denúncias, contribui com a obtenção de provas e elaboração de estudos econômicos, aumenta as sanções e acaba por contribuir na

---

b) *tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo*”.

repressão das infrações contra a ordem econômica.

Em que pese sua importância, percebe-se que a utilização deste tipo de demanda no Brasil ainda é incipiente. Uma das dificuldades mais significativas enfrentadas pelos interessados é a correta identificação e cálculo dos danos. Por exemplo, no Brasil, os autores devem ter em conta as exigências legais quanto à determinação do pedido, ainda que esta seja uma tarefa árdua neste tipo de ação.

Dito isso, buscou-se no presente trabalho apresentar as metodologias mais reconhecidas e utilizadas mundialmente para a quantificação dos danos causados por cartéis.

Quanto aos danos patrimoniais, as abordagens aqui analisadas foram classificadas em comparativas, financeiras ou estruturais. Cada uma destas abordagens possui vantagens e desvantagens, como o nível de informações demandadas, a complexidade de aplicação, a necessidade de utilizar premissas teóricas e a dificuldade de excluir interferências nos preços.<sup>178</sup> Sendo assim, partes e julgadores devem considerar as particularidades de cada caso antes de escolherem determinado método.

O arbitramento dos danos morais coletivos causados por cartéis pode ser ainda mais difícil, pela própria natureza da conduta e pelo grande número de consumidores afetados. Na verdade, verifica-se que os tribunais brasileiros ainda não formalizaram uma posição previsível quanto a este aspecto. Espera-se que o aumento no número de ações desta natureza escancare a necessidade de reparação efetiva para os prejudicados moralmente por cartéis.

Dito isso, para aumentar os índices de sucesso deste tipo de demanda, é importante que as partes apresentem estudos econômicos convincentes e suficientemente embasados em provas. Neste sentido, uma interessante sugestão apontada no trabalho foi a de dividir a quantificação dos danos em três etapas: desenho do melhor método, considerando particularidades do caso, aplicação e, por fim, utilização de testes de robustez. Com isto, a análise econômica empregada fica mais próxima de atingir os necessários padrões legais e formar o convencimento dos julgadores.

Para encerrar, realizou-se uma breve análise das possíveis contribuições do CADE para a quantificação dos danos, que se materializam, principalmente, na Nota Técnica nº 24/2016 da Superintendência-Geral, e incluem, dentre outros pontos, a regulamentação do acesso às provas produzidas em Processos Administrativos do CADE e a elaboração de estimativas dos danos causados pelos cartéis nos votos dos Conselheiros do Tribunal.

---

<sup>178</sup> EUROPEAN COMMISSION. **Practical Guide – Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union**. Strasbourg, 2013. p. 11.

Ainda há muito a ser feito antes que a Responsabilização Civil por Cartel se torne uma realidade no Brasil. Apesar das dificuldades que insistem em se apresentar, não se pode abrir mão de um mecanismo com tamanho potencial para diminuir a ocorrência desta grave infração contra a ordem econômica, que prejudica a sociedade como um todo, freia o desenvolvimento, a inovação e termina por consolidar a desigualdade e a pobreza.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Disponível no Banco do Conhecimento do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Acesso em 04/05/2017.

BELLIA, Marco. **“Passing on” Defense in Antitrust Litigation: Preliminary Notes for a General Analysis**. 2015. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2226759>>.

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Rio de Janeiro, 2011.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil Concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional | vol. 21/2012 | p. 331-344, 2012.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações; responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRANE, Daniel A. **Optimizing private antitrust enforcement**. Vanderbilt Law Review, Vol. 63:3:675, 2010.

DOOSE, Anna Maria. **Methods for calculating cartel damages: A survey**. Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 83. 2013.

DONAS, Frederico. NETO, Lauro Celidonio. MACHADO, Michelle. **Cinco anos de perseguição de cartéis sob a nova Lei de Defesa da Concorrência: como mudanças na regulação concorrencial balancearam a matriz de decisões a favor de soluções cooperativas**. Em: 5 anos da Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. Coordenação: Eduardo Caminati Anders, Guilherme Favaro Corvo Ribas, Mariana Villela, Pedro Paulo Salles Cristofaro, Vicente Bagnoli. IBRAC, 2017.

EUROPEAN COMMISSION. **Practical Guide – Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union**. Strasbourg, 2013.

\_\_\_\_\_. **Study on the Passing-On of Overcharges**. Final Report. European Union, 2016.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions**, assinada em 26 de novembro de 2014. Disponível em <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>>

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira**. RDC, Vol. 1, nº 2, novembro de 2013.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva, 2017.

FRIEDERISZICK, Hans W. e RÖLLER, Lars-Hendrik. **Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: insights from German cartel cases**. *Journal of Competition, Law & Economics*, 6 (3), 595-618, 2010.

GABAN, Molan Eduardo. **Direito antitruste / Eduardo Molan Gaban, Juliana Oliveira Domingues**. 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. **Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 43, 2014.

GIANNINI, Adriana Franco, ...et al. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Coordenadores: Eduardo Caminati Anders, Vicente Bagnoli, Leopoldo Pagotto. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 189.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves**. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINBERG, Mauro. **Mais e maiores punições para cartéis: polêmico projeto. Comentários sobre os artigos do PLS nº 283/2016**. Disponível em <<https://jota.info/artigos/mais-e-maiores-punicoes-para-carteis-polemico-projeto-05082016>>.

JOSSERAND, Louis. **Evolução da Responsabilidade Civil**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1941.

LAITENBERGER, Ulrich; SMUDA, Florian. **Estimating consumer damages in cartel cases**. *Journal of Competition, Law&Economics*, 11(4), 955-973, 2015.

LANDE, Robert H. **Multiple enforcers and multiple remedies: Why antitrust damage levels should be raised**. *16 Loy. Consumer L. Rev.* 329, 2004.

MAGALHÃES, Carlos Francisco; DIAS, Gabriel Nogueira; DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo; NEGRÃO, Francisco Niclós. **Private antitrust damages**. Em *Overview of Competition Law in Brazil* / São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. **Anti-Cartel Enforcement in Brazil: Status Quo & Trends**. Em: *Overview of competition law in Brazil*. São Paulo: IBRAC - Editora Singular, 2015.

MCCARTHY, Eric; MALTAS, Allyson; BAY, Matteo; RUIZ-CALZADO, Javier. **Litigation culture versus enforcement culture. A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases**. *The Antitrust Review of the Americas 2007*, Global Competition Review.

NEGRÃO, Theotonio [et al]. **Código Civil e Legislação em Vigor**. 2016.

OECD. **Private remedies**. Em: OECD Journal: Competition Law and Policy, Vol. 11/2. 2011. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1787/clp-11-5kg9qgf34z51>>

\_\_\_\_\_. **Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws**. 2002.

OXERA et al. **Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts**. Study prepared for the European Commission. December 2009. Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2010.

PEIXOTO, Bruno Lanna. SILVA, Ludmilla Martins. **Alterações legislativas necessárias e o futuro das ações reparatorias por danos concorrenciais no Brasil**. Em: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrential / Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto (coord.). São Paulo: Singular, 2018.

RUBINFELD, Daniel L. **Research Handbook on the Economics of Antitrust Law**. 2009.

SALOMÃO, Calixto. **Direito Concorrencial – As Condutas**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO (SDE). **Combate a cartéis na revenda de combustíveis**. 1ª ed., 2009.

\_\_\_\_\_. **Combate a cartéis e programa de leniência**. 3ª ed., 2009.

SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. **Nota Técnica nº 24/2016 no Processo nº 08700.00788/2016-00**. *Articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de Acordos de Leniência e de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) no Brasil*. 2016.

VERBOVEN, Frank; VANDIKZ, Theon. **Cartel damages claims and the passing-on defense**. The Journal of Industrial Economics 0022-1821, Volume LVII, 2009.

VICENTINI, Pedro C. E. **Dano antitruste aos compradores diretos e indiretos: breves considerações sobre o pass-on effect nos regimes norte-americano, europeu e brasileiro**. Em: Em: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrential / Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto (coord.). São Paulo: Singular, 2018.

## Private Enforcement de Cartéis no Brasil: O Problema do Acesso à Prova

Frederico Bastos Pinheiro Martins<sup>179</sup>

### RESUMO

O presente artigo aborda com detalhes um dos grandes problemas ao ajuizamento de ações privadas de reparação de danos de cartéis no Brasil: o acesso à prova pela parte prejudicada pelo cartel. A partir da análise de decisões judiciais que tratam do acesso do prejudicado a provas em poder do cartelista bem como a documentos e informações oriundos de acordos de leniência e TCC, o artigo apresenta a atual panorama do tema no Brasil, bem como assimila o ponto de vista da autoridade, externado em minuta de resolução submetida à consulta pública em dezembro de 2016. Ao final o trabalho ainda indica o procedimento de produção antecipada de prova, redesenhado pelo Novo Código de Processo Civil, como instrumento ao alcance do prejudicado para superar o óbice ao acesso à prova e poder verificar com maior propriedade a possibilidade de êxito de sua demanda.

Palavras-chave: concorrencial, cartel, ações de reparação de danos, *private enforcement*, CADE.

### ABSTRACT

This essay addresses with detail one of the major problems of private enforcement of cartels in Brazil: access to evidence by the plaintiff. Based on the analysis of Brazilian courts case law that dealt with the plaintiff right to access evidence held by the defendant or from leniency materials, the article presents the current state of the art in Brazil. It also assimilates the Brazilian antitrust authority perspective on the subject, stated in a draft resolution submitted to public consultation in December 2016. Finally, the motion for anticipated production of evidence, as redesigned by the Brazilian New Code of Civil Procedure, is identified as a viable alternative for the plaintiff to overcome the obstacle to access evidence and be able to properly verify the possibility of a successful outcome in its claim.

Keywords: antitrust, cartel, damages, *private enforcement*, CADE.

Classificação JEL: K21 – Antitrust law

---

<sup>179</sup> Advogado sênior da prática Concorrencial e Antitruste do Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Advogados, Frederico é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2008) e possui forte experiência prática de contencioso antitruste e concorrencial, tendo atuado em demandas privadas envolvendo cartéis. Ao concluir Mestrado Profissional em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (2017) defendeu dissertação intitulada “Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis”.



Sumário: 1. Introdução. 2. Métodos de quantificação de danos. 3. Provas em poder do cartelista. 4. Provas em poder da autoridade. 4.1. Acesso judicial a provas em poder da autoridade antitruste. 4.2. Resolução do CADE sobre acesso a documentos oriundos de acordo de leniência, TCC e busca e apreensão. 5. Produção antecipada de provas. 5.1. A produção antecipada de provas no Novo Código de Processo Civil. 5.2. Produção antecipada de provas para comprovação e quantificação de danos de cartel. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

Um dos grandes desafios para o ajuizamento de ações privadas de ressarcimento de danos concorrenciais no Brasil diz respeito à capacidade dos prejudicados de produzirem, em juízo, as provas necessárias à demonstração da responsabilidade civil dos cartelistas<sup>180</sup>.

A responsabilidade civil é essencialmente “a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica necessariamente a obrigação de indenizar o mal causado”<sup>181</sup>. Ela está definida no artigo 927<sup>182</sup> do Código Civil onde encontram-se delimitados os elementos fundamentais à configuração da responsabilidade civil: (i) o ato ilícito; (ii) dano; (iii) nexo de causalidade entre eles e, em casos de responsabilidade subjetiva, (iv) culpa<sup>183</sup>.

O caput do artigo 927 do Código Civil traz expresso como requisitos o ato ilícito e o dano, sendo que de modo implícito pode-se identificar o nexo causal, como terceiro elemento. O texto da lei deixa claro que a obrigação de reparação surge para aquele que pratica o ato ilícito em função do qual é causado o dano. Ou seja, a obrigação não recai sobre qualquer pessoa, mas sim sobre aquele cujo ato está vinculado ao dano. Esse vínculo é o nexo causal. O quarto elemento surge da leitura do parágrafo único do artigo, que ao excetuar alguns casos em que a culpa é dispensável para a caracterização da responsabilidade, reconhece que ela é necessária para todos os demais (MAGGI, 2010, p. 114).

Comungamos do entendimento que a responsabilidade civil concorrencial adota a

---

<sup>180</sup> CORDOVIL, Leonor, et. al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 137-138.

<sup>181</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. V.1 Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 660.

<sup>182</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>183</sup> CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 117.

teoria do risco da atividade<sup>184</sup>, e, a rigor do disposto na norma do artigo 32<sup>185</sup> da Lei Antitruste, os atos que constituem infração à ordem econômica independem da apuração de culpa para responsabilização dos seus agentes, sendo, portanto, hipótese de responsabilidade civil objetiva.

A responsabilização civil do cartelista depende da efetiva demonstração da conduta antijurídica, dano e nexos de causalidade entre os dois.

No caso dos cartéis, tem-se que o ato ilícito é o acordo entre os agentes de mercado, o dano é composto pelas alterações sofridas pelo mercado em razão das decisões do cartel e o efeito (prejuízo) é o pagamento pelos compradores de valor acima do que normalmente seria cobrado pelo bem, além dos demais efeitos relacionados à perda do mercado. (CARVALHO, 2012, p. 334)

Apenas mediante a efetiva comprovação desses três elementos é que se configura a responsabilidade civil e, por consequência, o dever de indenizar do cartelista<sup>186</sup>.

Pelas regras tradicionais de distribuição do ônus da prova, cabe ao autor da ação indenizatória a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu a prova de existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor<sup>187</sup>. Neste sentido, a prova dos elementos configuradores da responsabilidade civil, a rigor, compete ao autor.

No caso de um cartel, o ato ilícito consiste no acordo firmado entre competidores no sentido de eliminar a concorrência entre eles para, em conjunto, determinarem preços e quantidades, dividir mercado ou fraudar certames<sup>188</sup>. O dano, por sua vez, consiste nos prejuízos materiais e morais decorrentes do ato ilícito<sup>189</sup>.

Enquanto a demonstração da conduta antijurídica na maior parte dos casos tende a seguir as conclusões de fato alcançadas pelo CADE, a comprovação do dano individual demanda a produção de uma série de provas que não são de livre acesso ao titular do direito

---

<sup>184</sup> MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/>>. Acesso em: 2015-11-13. p. 175.

<sup>185</sup> Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

<sup>186</sup> CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. **Revista do IBRAC**. v. 19, n. 21, jan./jul., p. 332-350, 2012.

<sup>187</sup> Código de Processo Civil: Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

<sup>188</sup> CASELTA, Daniel Costa. Op. cit. p. 119.

<sup>189</sup> CASELTA, Daniel Costa. Op. cit. p. 141.

individual.

Há de se considerar a existência uma evidente assimetria<sup>190</sup> entre as informações disponíveis ao prejudicado pela prática do cartel, ao cartelista e, em algumas hipóteses, à própria autoridade antitruste. O caráter oculto das práticas anticoncorrenciais, o tempo decorrido entre o início delas e seu desvelamento público, bem como as regras de sigilo de informação no âmbito do processo administrativo do CADE resultam em dificuldade na produção de provas do dano percebido pelos prejudicados e/ou acesso às provas produzidas no âmbito do processo administrativo, prejudicando a defesa dos interesses dos prejudicados no juízo cível.

Com efeito, para que a responsabilidade civil concorrencial desempenhe de forma satisfatória o seu propósito de ressarcimento dos prejuízos sofridos e desestímulo à reiteração de infrações, é necessário que as ações de indenização se revelem como um instrumento efetivo de responsabilização dos cartelistas<sup>191</sup>. Tal efetividade depende do êxito da dilação probatória nas referidas ações, de forma que seja habilitado ao julgador apurar os danos reais e efetivos decorrente da conduta antijurídica e, por consequência, impor o dever de reparação<sup>192</sup>.

Por outro lado, e relativamente às sigilosas provas produzidas no âmbito de acordo de leniência ou TCCs firmados no processo administrativo do CADE, o acesso irrestrito a tais provas pelo prejudicado pode resultar em um prejuízo ao *public enforcement* da lei antitruste. Com efeito, enquanto o acesso e utilização de tais provas facilitaria a comprovação dos elementos da responsabilidade civil, tal possibilidade também tem o condão de aumentar os custos da delação e, por consequência, desincentivar a celebração de acordos em razão do grau de exposição atribuído ao leniente às ações de responsabilidade civil<sup>193</sup>.

A assimetria de informação ainda dificulta que o prejudicado possa averiguar a

---

<sup>190</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, 2013. p. 26.

<sup>191</sup> GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. **Revista do IBRAC**. v. 21, n. 26, jul./dez., p. 135-154, 2014.

<sup>192</sup> Apenas quando se tem provas materiais da infração, tais como atas de reunião, testemunhos de pessoas envolvidas ou documentos assinados é que se pode fixar com certeza o período durante o qual vigorou o cartel; nos demais casos, o aumento dos preços é calculado com base nas alterações de mercado que indiquem um comportamento anormal de seus agentes ou dos preços, comparando-se esse mercado a ele mesmo em algum período no qual seu funcionamento era plenamente competitivo ou a outro mercado similar, não caracterizado, utilizado como referência. (MAGGI, 2010, p. 105.).

<sup>193</sup> MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, p. 114.132, 2015. p. 117.

viabilidade de uma eventual demanda, o que acaba servindo como medida de desestímulo ao ajuizamento de uma ação de reparação de danos.

A importância do tema ainda é reforçada por recentes decisões judiciais que impuseram dever de exibição de documentos a partes acusadas de formação de cartel ou, ainda, garantiram acesso de terceiros a documentos oriundos de leniência e TCC. Nesta última hipótese, um precedente do Superior Tribunal de Justiça concedido no âmbito de uma ação indenizatória, bem como minuta de resolução do CADE submetida a consulta pública em dezembro de 2016 pretendem fixar normas e procedimentos para acesso de terceiros a documentos oriundos de acordos de leniência, TCCs e busca e apreensão.

O presente artigo analisa tais decisões judiciais e minuta de resolução para endereçar o problema do acesso do prejudicado aos documentos e informações em poder da autoridade antitruste, assimilando não apenas o ponto de vista do prejudicado que pretende, de forma efetiva, comprovar o dano sofrido em razão da atuação do cartel, mas como da autoridade que busca regular tal acesso de documentos para salvaguardar seu bem-sucedido programa de leniência e TCC.

## 2. Métodos de quantificação de danos

Cumpra, preambularmente, esclarecer que não constitui o escopo deste trabalho a abordagem detalhada dos métodos econométricos de quantificação dos danos materiais decorrentes da atuação de um cartel.

Em geral, a doutrina jurídica nacional<sup>194</sup> que endereça a questão da prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial se concentra em tentar explicitar os métodos comparativos, métodos de análise financeira das firmas e métodos de simulação utilizados pela ciência econômica para quantificar danos desta natureza.

Conforme bem sintetizado por CASELTA<sup>195</sup>, os métodos de simulação utilizam dados de fontes não afetadas pelo cartel para estimar um cenário contrafactual e, assim, comparar tal cenário àquele verificado no mercado cartelizado. Os métodos de análise

---

<sup>194</sup> CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Op. cit.**; GALVANI, Marina Sampaio. **Op. cit.** CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** REZENDE, Gustavo Madi; KIELBER, Solange; MADI, Maria Fernanda Caporale. Métodos de Mensuração das Indenizações Privadas em Casos de Cartel. **Revista do IBRAC**. ano 18, v. 20, 2011.

<sup>195</sup> CASELTA, Daniel Costa. **Op. cit.** p. 148-151.

financeira das firmas, por sua vez, utilizam as demonstrações financeiras das empresas com o objetivo de estimar o sobrepreço. Por fim, os métodos de simulação, ou de adoção de hipóteses sobre estruturas de mercado, estimam o sobrepreço a partir de modelos teóricos de diferentes estruturas de mercado.

Enquanto os esclarecimentos acerca de tais métodos sejam relevantes para aumentar a familiaridade dos operadores do direito com o tema, é certo que a análise aprofundada de cada um dos métodos, bem como a sua adequação para determinar de forma apropriada os danos é tema afeto às ciências econômicas.

Além de nos faltar, portanto, profundidade científica adequada para endereçamento mais compreensivo dos métodos de quantificação de danos, a abordagem com maior densidade de tal tema no presente trabalho desvirtuaria o endereçamento do real obstáculo imposto ao titular do direito: o acesso às provas que permitam a apuração do dano.

Para a presente análise, e para o próprio julgador em uma ação de reparação de danos, cumpre saber que, na ausência de provas diretas, existem métodos científicos de quantificação de danos<sup>196</sup> com rigor técnico suficiente para que o dano calculado não seja reputado hipotético. A escolha do melhor método será realizada pelo perito judicial, caso a caso, a partir dos dados que lhe estão disponíveis para realização do cálculo econométrico, importando saber, neste ponto, que os métodos de quantificação de sobrepreço e danos são compatíveis com o direito brasileiro<sup>197</sup>.

Importante frisar que o juiz é o destinatário das provas produzidas no processo e é livre para apreciá-las e valorá-las conforme seu livre convencimento<sup>198</sup>. Neste sentido, além do juiz fazer o seu próprio juízo acerca das provas diretas produzidas nos autos, a prova pericial econômica que quantificar os danos decorrentes de um cartel deverá ser capaz de convencer o juiz de que suas conclusões são as mais apropriadas para o caso específico, ou seja, deverá estar demonstrado que o cálculo possui razoabilidade<sup>199</sup>, significância estatística

---

<sup>196</sup> Os métodos de quantificação são distinguidos entre métodos comparativos e métodos de simulação. Os métodos comparativos buscam, mediante análise de dados reais, definir qual seria a situação da vítima não fosse o ilícito concorrencial, para determinação do valor dos danos sofridos. Já os métodos de simulação necessitam de menos dados reais sobre o mercado em análise, em consistem em utilizar modelos econômicos preconcebidos para simular qual seria o comportamento natural de mercado não fosse o ilícito concorrencial.

<sup>197</sup> CASELTA, Daniel Costa. Op. cit. p. 152.

<sup>198</sup> Código de Processo Civil: Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

<sup>199</sup> “Qualquer seja o método adotado, contudo, o cálculo do sobrepreço deve ser baseado em critérios objetivos, sendo imprescindível que haja sólida demonstração da razoabilidade das premissas adotadas, assegurando o

apta a atestar o grau de confiabilidade da análise econométrica<sup>200</sup>, o que está intrinsecamente relacionado à quantidade de dados sobre o mercado produzidos nos autos<sup>201</sup> e analisados pelo *expert*.

Portanto, o real problema da prova do dano nas ações de reparação de danos decorrentes de cartéis não é definir se e quais os métodos de quantificação de danos são ou não apropriados, mas, sim, a garantia de acesso do titular de direito às provas que permitam o cálculo do dano de forma apropriada e com significância estatística, de forma a convencer o magistrado da confiabilidade da análise econométrica a ser realizada em sede de perícia.

### 3. Provas em poder do cartelista

Apesar da produção da prova constitutiva de seu direito caiba ao prejudicado que ajuíza a ação de reparação de danos, em diversas ocasiões tal prova poderá estar na posse do réu cartelista. Embora o prejudicado possa deter a documentação relativa à sua relação contratual com o cartelista, a compreensão exata dos efeitos da conduta ilícita dependerá da análise de outros dados de mercado de posse do cartelista como, por exemplo, notas fiscais de vendas realizadas a outros adquirentes do produto, notas de aquisição de insumos, ou qualquer outro documento que auxilie na identificação do sobrepreço de cartel e quantificação dos danos percebidos pelo prejudicado.

Entretanto, estando tais documentos em posse do réu da ação de indenização, ele pode não estar disposto a produzi-los nos autos, como parte de uma estratégia processual de dificultar a comprovação do direito do autor, ou até mesmo de protelação da lide<sup>202</sup>.

O Código de Processo Civil prevê procedimento de exibição de documentos em seus artigos 396 a 404, podendo o juiz ordenar que a parte exiba o documento que se encontre

---

*contraditório*". (CASELTA, 2016, p. 156).

<sup>200</sup> "Há uma convenção econômica de que, se a significância for de pelo menos 95%, a análise será suficientemente confiável. Como afirmado pelo guia, esse índice percentual pode ser utilizado pelos tribunais para considerar satisfatória a prova do dano causado pelo ato ilícito concorrencial". (GALVANI, 2014, p. 140)

<sup>201</sup> "A utilização de modelos econômicos pode mostrar-se eficiente para a definição dos danos causados por atos ilícitos concorrenciais, desde que os dados teóricos ou reais nele inseridos sejam de fato bastante próximos da situação do mercado onde ocorreu a infração. Se os pressupostos do modelo se distanciarem muito das características reais do mercado, o seu resultado pode ser distorcido". (GALVANI, 2014, p. 141).

<sup>202</sup> "Deve-se considerar, porém, que o grande volume de dados sobre o mercado necessário a essa combinação pode apresentar consideráveis dificuldades aos tribunais. Isso porque, em que pese a possibilidade de o juiz ordenar à parte que exiba documento que esteja em seu poder, conforme o disposto no art. 355 do CPC (atual art. 396), não pode ser descartada a possibilidade de o infrator da ordem econômica não se mostrar suficientemente proativo no fornecimento desses documentos, como parte de sua estratégia processual". (GALVANI, 2014, p. 142).

em seu poder, desde que tenha nexos com a causa subjacente<sup>203</sup> da lide. Tal pedido de exibição pode ser realizado tanto como incidente da fase de dilação probatória, ou antes do ajuizamento da demanda, como procedimento preparatório.

A rigor, a maior parte dos documentos do cartelista que possam interessar ao prejudicado na comprovação do dano são documentos que o cartelista possui obrigação legal de guarda (como notas fiscais, livros contábeis, por exemplo) e, portanto, não poderia se escusar<sup>204</sup> de exibi-los. Considerando, entretanto, que em geral, e em razão do caráter essencialmente oculto do cartel, há um grande lapso de tempo entre a época em que o ilícito foi praticado e o ajuizamento da demanda, é comum que o cartelista tente se escusar do dever de exibição de documento alegando que ultrapassado o prazo de prescrição de créditos tributários, ele não mais detém a obrigação de guarda de livros e documentos de escrituração comercial e fiscal, a rigor do disposto na norma do parágrafo único do artigo 195<sup>205</sup> do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66).

Uma das ações de reparação de danos de cartel analisadas para o presente estudo ilustra muito bem a forma como o judiciário brasileiro já endereçou essa tentativa de escusa na exibição de documentos por parte de um cartelista.

No caso *Açomax v. Gerdau*<sup>206</sup>, as autoras, distribuidoras de vergalhões de aço supostamente prejudicadas pelo cartel reconhecido e condenado pelo CADE no referido mercado, requereram, durante a fase de dilação probatória, que a Ré Gerdau fosse compelida a exibir: (i) notas fiscais de transferência dos vergalhões aos seus centros de distribuição, como forma de comprovar discriminação de preços realizada frente a distribuidores independentes como as autoras; e (ii) notas de exportação do mesmo produto, como forma de comprovar a prática de preço cartelizado no mercado brasileiro.

Apesar de o juízo de primeira instância ter acatado o pedido de exibição de

---

<sup>203</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 479.

<sup>204</sup> Código de Processo Civil: Art. 399. O juiz não admitirá a recusa se: I - o requerido tiver obrigação legal de exibir;

<sup>205</sup> Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

<sup>206</sup> Processo n. 0600850-72.2010.8.13.0145 – 7ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora/MG – Autores: Comercial Mineira de Ferro e Aço Ltda. e Indústria e Comércio de Produtos Siderúrgicos Açomax Ltda. Réu: Gerdau S/A

documentos formulado pelas autoras, a Ré interpôs agravo de instrumento alegando não possuir o dever legal de guarda dos referidos documentos, pois na época do pedido de exibição já havia operado a prescrição tributária dos créditos decorrentes daquelas transações comerciais.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu, por sua vez, que embora na data do pedido de exibição já tivesse operado a prescrição do crédito tributário decorrente das transações relacionadas nas notas cuja exibição foi solicitada pelas Autoras, persistia o dever guarda dos documentos devido ao fato de a Ré já estar ciente de investigação para apuração do ilícito concorrencial antes do advento da indigitada prescrição tributária.

A decisão pontuou que por existir ação ajuizada pela Ré no sentido de anular a decisão do CADE, na qual ela refuta a existência do cartel, seria um contrassenso que ela não mantivesse a guarda sobre tais documentos que comprovariam sua inocência, caso, de fato, não tivesse sido praticado qualquer ilícito<sup>207</sup>.

A decisão, já transitada em julgada, se mostrou efetiva. Após o decurso do prazo assinalado pelo Tribunal para exibição dos documentos, a Ré apresentou a amostragem de notas requerida pelas autoras da ação, permitindo o prosseguimento da lide, com designação de *expert* para realização de prova pericial.

A incipiência de ações desta natureza, entretanto, resulta em falta de familiaridade dos julgadores com o tema e, conseqüentemente, a prolação de decisões díspares, o que contribui para um panorama de incerteza acerca do êxito de uma estratégia de dilação probatória a ser adotada neste tipo de ação.

No caso *Mate Couro v. White Martins*<sup>208</sup>, por exemplo, a Mate Couro, fabricantes de refrigerantes, pleiteia indenização por supostos danos percebidos em razão da atuação do cartel de gases industriais, da qual a White Martins teria feito parte. Com o objetivo de

---

<sup>207</sup> “A análise sumária dos autos, nota-se que no ano 2000, a parte agravante foi notificada pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica, acerca do processo administrativo instaurado para coibir a prática de conduta anticompetitiva, em razão da representação realizada pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo em face da agravante e mais duas Companhias do setor siderúrgico. Assim, não é crível que diante das graves denúncias que vinha sofrendo e do processo que tramita na Justiça Federal para anular a condenação administrativa imposta pelo CADE, a parte agravante iria desfazer de documentos primordiais para apurar tais fatos. Neste sentido, é cediço que compete às partes serem diligentes e guardar os documentos, que poderão ser necessários, até o trânsito em julgado da ação e posterior exaurimento do prazo prescricional”. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0145.10.060085-0/001, Relator: Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, julgamento em 13/08/2015.)

<sup>208</sup> Processo n. 3050070-07.2013.8.13.0024 – 30ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG – Autora: Mate Couro S/A; Ré: White Martins Gases Industriais Ltda.



comprovar a dinâmica do cartel e danos percebidos, na fase de dilação probatória a *Mate Couro* requereu exibição de documentos fiscais relativos a clientes atendidos pela *White Martins* e demais fornecedores de gases industriais.

Tanto o juízo de primeira instância, quanto o Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>209</sup>, entretanto, negaram tal pedido de exibição de documentos, por reputar que os documentos não guardavam relação com o objeto da lide, pois não se relacionavam com as transações comerciais operadas entre as partes no processo.

No caso *FEHOSP v. Cartel dos Gases*<sup>210</sup>, a autora da ação coletiva requereu exibição de documentos buscando comprovar a divisão do mercado nacional de gases medicinais entre as integrantes do cartel, a alocação e repartição de clientes entre elas, assim como a imposição de sobrepreços de cartel. Os documentos cuja exibição foi requerida consistiam na relação de clientes por elas atendidos, no âmbito nacional, dividida por ano, a partir de 1998, contendo os preços praticados para cada cliente e corroborados com três notas fiscais por cliente atendido.

O pedido, entretanto, foi indeferido tanto em primeira instância quanto pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>211</sup> sob o argumento de que caso fosse necessária a análise de tal documentação pelo *expert*, ele poderia solicitar acesso a ela na sede das fabricantes de gases, sem a necessidade de sua apresentação nos autos.

Apesar de ambas decisões ainda não terem transitado em julgado, percebe-se que no caso *Mate Couro v. White Martins* foi adotado um prisma contratualista para a relação

---

<sup>209</sup> “Não há que se falar em determinação para que a agravada exhiba documentos seus e de seus fornecedores, tendo em vista que a produção de provas deve se limitar aos interesses das partes do processo. Ou seja, uma vez que não são relevantes as relações da agravada com suas fornecedoras ao deslinde do feito, já que nem fazem parte da relação processual, se mostra acertada a decisão que indeferiu o pedido de exibição de documentos”. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.305007-0/002, Relator: Des. Marco Aurelio Ferenzini, 14ª Câmara Cível, julgamento em 30/06/2016.)

<sup>210</sup> Processo n. 1065317-65.2013.8.26.0100 – 18ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Autora: FEHOSP – Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo; Rés: White Martins Gases Industriais Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda.; Linde Gases Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; IBG – Indústria Brasileira de Gases Ltda.

<sup>211</sup> “No que tange à questão da exibição de documentos, por ora não há razão para que os documentos indicados pela agravante venham para os autos. A documentação, se for necessária para a análise da formação de cartel e prática de sobrepreços, poderá ser examinada pelo perito judicial que for nomeado nos autos. O expert do Juízo terá, por força de sua nomeação, acesso à sede de todas as agravadas e a toda documentação que for necessária para a realização da prova pericial econômica. Em razão disso, caso o perito judicial entenda necessário verificar documento que por circunstâncias não tenha sido apresentado, poderá solicitar ao Juízo monocrático que determine às agravadas a apresentação da documentação indicada pelo perito judicial”. (TJSP – Agravo de Instrumento Cível 2074559-69.2015.8.26.0000, Relator: Des. Sergio Alfieri; 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/08/2015.).

controvertida de forma que os documentos de mercado cuja exibição foi requerida foram reputados irrelevantes para o deslinde da controvérsia. Por outro lado, no caso *FEHOSP v. Cartel dos Gases*, mesmo reconhecendo a relevância da documentação, o tribunal considerou que não haveria necessidade de exibição naquele momento, pois o perito nomeado pelo juízo teria a possibilidade de realizar averiguação *in loco* da documentação.

Conforme já ressaltado, a ausência de um entendimento jurisprudencial uníssono sobre a possibilidade de exibição de documentos em ações de reparação de danos decorrentes de cartel contribui para um panorama de incerteza acerca do êxito de uma estratégia de dilação probatória a ser adotada, o que acaba sendo um fator de desestímulo ao ajuizamento de ações.

A solução processual que se propõe para contornar o óbice do acesso à prova será endereçada no tópico 5, e se refere ao procedimento de produção antecipada de prova reformulado pelo Novo Código de Processo Civil.

#### **4. Provas em poder da autoridade**

Existe, ainda, a possibilidade de as provas que contêm os dados de mercado necessários ao cálculo do dano não estarem em poder dos cartelistas<sup>212</sup> (contra quem caberia um pedido incidental de exibição de documento no curso da ação indenizatória), mas sim da própria autoridade antitruste. Com efeito, pode ser relevante para o autor da demanda indenizatória que obtenha acesso às provas do processo administrativo, como, por exemplo, aquelas obtidas por meio de uma operação de busca e apreensão, mas, sobretudo, as provas angariadas no âmbito de um acordo de leniência ou TCC.

Embora a utilização de prova emprestada de outros processos seja plenamente possível no processo cível, o acesso e utilização das provas detidas pela autoridade de defesa da concorrência, sobretudo aquelas entregues pelo signatário de acordo de leniência ou TCC, ainda é um ponto de calorosa discussão<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> GALVANI, Marina Sampaio. Op. cit.

<sup>213</sup> “De um lado, o acesso e a utilização de informações apresentadas por beneficiários da leniência facilita a comprovação da prática de cartel, dos danos por ele causados e de seu nexo de causalidade, elementos essenciais da responsabilidade civil concorrencial, permitindo que prejudicados sejam efetivamente indenizados. De outro lado, essa possibilidade aumenta os custos da delação e poderia desincentivar a celebração de acordos de leniência visto que os possíveis beneficiários passariam a ponderar sua maior

Com efeito, o acesso a documentos disponibilizados pelos signatários da leniência ou TCC, como, por exemplo, os termos de acordo, o Histórico da Conduta e evidências disponibilizadas para comprovar as alegações do leniente (como correspondência eletrônica, planilhas, etc), seriam de grande valia à ação de indenização a ser ajuizada pelo prejudicado pelo cartel, pois facilitariam a comprovação do ilícito, dos prejuízos dele decorrentes e o nexo de causalidade<sup>214</sup>.

Por outro lado, entretanto, a divulgação de tais documentos pode prejudicar a atratividade do bem-sucedido programa de leniência, pois o acordo firmado com a autoridade antitruste não confere imunidade cível, o que poderia aumentar a possibilidade de o signatário ser acionado para ressarcir todo o prejuízo do cartel (haja vista a responsabilidade solidária), colocando-o em uma situação mais desvantajosa que os demais integrantes do cartel<sup>215</sup>. E este aumento do grau de exposição do signatário de acordo de leniência ou TCC a uma ação cível pode significar uma medida de desestímulo à cooperação, comprometendo a própria utilidade dos acordos como medida de detecção de cartéis.

O evidente conflito de valores<sup>216</sup> entre o interesse do prejudicado em ter acesso às provas que auxiliariam na evidenciação dos elementos da responsabilidade civil dos cartelistas, e o interesse institucional em preservar o programa de leniência, acaba por gerar um elemento de tensão entre o titular da pretensão reparatória e a autoridade antitruste, e que culmina na atual dificuldade de acesso às provas detidas pela autoridade.

A tensão, contudo, está relacionada à ausência de normas que versem sobre o acesso aos documentos e informações detidas pela autoridade antitruste pelo titular da pretensão indenizatória, em contraponto ao tratamento sigiloso que a Lei Antitruste e o Regimento Interno do CADE dão aos documentos e informações relativos a um acordo de leniência<sup>217</sup>.

Não há dúvida, entretanto, que a autoridade antitruste reconhece a importância das ações privadas de reparação de danos como instrumento de dissuasão de infrações à ordem econômica. A exposição de motivos da proposta de resolução do CADE colocada em consulta pública e que versa sobre o acesso de terceiros a documentos oriundos de acordos de

---

*exposição a ações de responsabilidade civil*". (MACHADO, 2015, p. 117.).

<sup>214</sup> CASELTA, Daniel Costa. Op. cit. p. 185.

<sup>215</sup> CASELTA, Daniel Costa. Op. cit. p. 186.

<sup>216</sup> CASELTA, Daniel Costa. Op. cit. p. 185.

<sup>217</sup> MACHADO, Luiza Andrade. Op. cit. p. 117.

leniência, TCCs e busca e apreensão revela como o *private enforcement* é entendido como instrumento importante para a política de defesa da concorrência.

Por outro lado, as regras que o CADE pretende traçar para o acesso público a tais documentos e informações evidenciam a preocupação em resguardar o programa de leniência e TCC do CADE, e se encontrar um ponto de equilíbrio entre o fomento às ações privadas de indenização e a manutenção da estrutura de incentivos à colaboração do programa de leniência e programa de TCC.

Percebe-se que a autoridade tem receio de que o acesso indiscriminado e não regulado aos documentos pelos prejudicados pelos cartéis em investigação no CADE, possa comprometer o programa de leniência ressaltado como maior deflagrador das investigações no âmbito do CADE.

Atualmente, diante da ausência de norma específica que regule o acesso dos prejudicados aos documentos de leniência ou TCC, e, ao mesmo tempo, mitigue um risco de exposição do leniente e signatário do TCC, a tendência é que o CADE busque tutelar o seu programa de leniência impondo restrições ao acesso de terceiros aos documentos angariados no âmbito de acordos.

#### **4.1. Acesso judicial a provas em poder da autoridade antitruste**

A resistência do CADE em garantir acesso de terceiros aos documentos entregues no âmbito de um acordo de leniência ou TCC acaba remetendo ao judiciário este conflito entre o interesse do prejudicado e o da autoridade antitruste. Dois casos recentes identificados para a presente pesquisa abordam a questão da possibilidade de acesso aos documentos relacionados ao acordo de leniência ou TCC, e demonstram um indicativo de como o judiciário endereçará tal conflito de interesses no futuro.

O primeiro caso ocorreu após a divulgação, pela imprensa, do suposto cartel em licitações para aquisições de trens e construções de linhas de metrô no Estado de São Paulo, deflagrado por um acordo de leniência firmado pela empresa Siemens<sup>218</sup>. Com o intuito de instruir ação de reparação de danos, o Estado de São Paulo pleiteou acesso aos documentos do acordo de leniência em diversas ações judiciais em foros distintos.

---

<sup>218</sup> CASELTA, Daniel Costa. Op. Cit. p. 192.

Inicialmente e em sede de mandado de segurança<sup>219</sup> interposto em face do CADE, o pedido de acesso em sede liminar foi indeferido, por entender o juízo que ainda que o sigilo aos documentos da leniência previsto no artigo 49 da Lei Antitruste pudesse ser mitigado, essa flexibilização da confidencialidade não poderia ocorrer em sede de juízo liminar, pois possuía caráter satisfativo. Tal decisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em juízo monocrático<sup>220</sup>.

O Estado de São Paulo, por sua vez, também solicitou acesso aos documentos encartados em duas ações de busca e apreensão ajuizadas pelo CADE contra empresas investigadas no âmbito do cartel do metrô e que foram fundamentadas com base no próprio acordo de leniência que o Estado buscava acesso.

Tanto o juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo<sup>221</sup>, quanto o da 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo<sup>222</sup>, onde tramitavam as ações de busca e apreensão, concederam ao Estado de São Paulo acesso aos documentos dos autos, dentre eles os documentos relacionados ao acordo de leniência. Ambas as decisões reconheceram a existência de sigilo legal sobre os documentos, contudo concluíram que em razão de o próprio CADE ter divulgado em seu *website* notícia com detalhes da investigação, o interesse social sobre a investigação passaria a predominar, sendo de interesse geral, sobretudo do Estado de São Paulo e do Ministério Público do Estado de São Paulo, o acesso e acompanhamento dos termos da leniência e documentos que a instruíram, para aprofundamento das investigações pertinentes e apuração de responsabilidades<sup>223</sup>.

---

<sup>219</sup> Processo n. 41875-13-65.2013.4.01.3400 – 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal – Impetrante: Estado de São Paulo; Impetrado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

<sup>220</sup> TRF1 – Agravo de Instrumento Cível 0045454-81.2013.4.01.0000/DF, Relator: Des. Kassio Nunes Marques; 1ª Turma; Data de publicação: 16/08/2013.

<sup>221</sup> Processo n. 0010939-96.2013.4.03.6100 – 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo/SP – Requerente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Requerido: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda e outros.

<sup>222</sup> Processo n. 0004196-28.2013.4.03.6114 – 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo/SP – Requerente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Requerido: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda.

<sup>223</sup> “É evidente que, a partir dessa informação repassada ao público, no que entendo que o CADE prestou contas de suas relevantes atividades -, o interesse social passa a predominar, inclusive em face das obrigações legais do Estado de controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades (lei n. 12.527/2011). Decerto que a sociedade e, mais especificamente, o Estado de São Paulo e o Ministério Público Estadual, por exemplo, têm justificado interesse em ter acesso aos termos do acordo de leniência e demais documentos que acompanharam a petição inicial da medida cautelar, para aprofundamento das investigações e apurações cabíveis por parte dos competentes órgãos estatais. Em caso de eventuais crimes e atos de improbidade, por exemplo, os prazos prescricionais estão em pleno curso e já adiantados senão ultrapassados, justificando a urgência no acesso ao que consta dos autos judiciais”. (Processo n. 0004196-28.2013.4.03.6114 – 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo/SP – Requerente: Conselho Administrativo de

O segundo caso ocorreu no âmbito de uma ação privada no caso *Electrolux v. Whirlpool*<sup>224</sup>. Na referida ação, a Electrolux pleiteia a reparação de danos percebidos em razão da atuação das requeridas no cartel de compressores herméticos para refrigeração. Ciente de que a Whirlpool havia firmado termo de compromisso de cessação de prática perante o CADE, a Electrolux requereu ao juízo da ação indenizatória que oficiasse o CADE para que apresentasse os documentos que instruíram o TCC. O pedido foi indeferido na primeira instância, sendo devolvido ao Tribunal de Justiça de São Paulo em sede de agravo de instrumento.

O agravo de instrumento, por sua vez, foi provido<sup>225</sup> deferindo-se que fosse oficiado o CADE para que apresentasse nos autos da ação de reparação de danos os documentos que instruíram o TCC, consignando a decisão que por ser o objeto da lide a reparação de danos decorrentes de infrações à ordem econômica, cujo combate cabe ao CADE, é adequada a solicitação de exibição de tais documentos, assegurado o sigilo dos documentos, mediante o trâmite do processo em segredo de justiça.

As fabricantes de compressores recorreram da decisão do TJSP ao Superior Tribunal de Justiça arguindo que o acordo firmado entre elas e o CADE é sigiloso, além de conter documentos relativos à sua estratégia empresarial e segredos de indústria e de negócios que não poderiam ser compartilhados com a autora da ação indenizatória, sua concorrente.

O relator do recurso no STJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, não acolheu tais argumentos e confirmou o direito de acesso aos acordos por terceiros prejudicados pelo cartel<sup>226</sup>. O Ministro salientou que, embora o sigilo inicial dos acordos tenha papel crucial no

---

Defesa Econômica – CADE; Requerido: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda. Decisão publicada em 13/08/2013).

<sup>224</sup> Processo n. 0116924-71.2012.8.26.0100 – 33ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Requerente: Electrolux do Brasil S.A.; Requeridos: Whirlpool S.A., Brasmotor S.A, Tecumseh do Brasil Ltda. (Ação tramita em segredo de justiça).

<sup>225</sup> “Lembre-se que ainda que o escopo das medidas adotadas pelos órgãos integrantes do atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência seja aquele de combate às lesões de ordem difusa, oriundas dos atos de concentração, na medida que se discute, na presente demanda, prejuízos individuais delas supostamente decorrentes, adequada a solicitação dos aludidos documentos para a regular instrução do feito. Se houve ou não confissão das corrés quanto às práticas anticoncorrenciais no bojo dos processos administrativos e seus consectários, tal circunstância somente pode ser avaliada após a remessa e análise, pelo magistrado, dos documentos solicitados. Aliás, a providência de instrução é necessária até para que se possa examinar se são mesmo ‘falsas’ as afirmações da inicial, como alegam as agravadas. De resto, garantido e reiterado o segredo de justiça sobre os presentes autos e seus recursos, nenhum prejuízo ou ameaça ao necessário sigilo dos documentos cuja obtenção é anelada se vislumbra”. (TJSP – Agravo de Instrumento Cível 2034855-20.2013.8.26.0000, Relator: Des. Vito Guglielmi; 6ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 12/02/2014).

<sup>226</sup> “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DILAÇÃO

incentivo à colaboração por coautores dos cartéis e no sucesso das investigações conduzidas a partir do acordo, tal sigilo não pode ser absoluto e deve permanecer coerente com a razão de sua existência: resguardar o andamento e sucesso das investigações conduzidas pelo CADE.

Neste sentido, o Ministro Bellizze frisou que o sigilo previsto na Lei Antitruste está limitado às propostas de acordo de leniência, sendo que os demais atos e documentos relacionados ao acordo devem ser públicos em observância à regra geral de publicidade dos processos administrativos.

O relator ainda traçou um paralelo com a Lei de Combate a Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013), que define que o acordo de delação premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia na ação penal<sup>227</sup>. Por considerar os acordos de delação premiada e leniência institutos ontologicamente idênticos, o Ministro concluiu que o sigilo do acordo de leniência deve prevalecer apenas durante a fase de apuração da conduta no processo administrativo, encerrando-se com a apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo do CADE.

---

*PROBATÓRIA. DEVER DE COLABORAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ACORDO DE LENIÊNCIA. SIGILO. EXTENSÃO. LIMITES. OPOSIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Ação de reparação de danos materiais proposta na origem, na qual se pretende a indenização por danos decorrentes de conduta de concerto de preços em mercado relevante, na qual se requereu a juntada de documentos obtidos por meio de acordo de leniência e inquérito policial. 2. No que tange à obtenção de documentos sob guarda de juízo criminal, a posterior apreciação da questão trazida sob a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC e interposição de novo recurso especial resulta na perda superveniente do interesse recursal, prejudicando o julgamento do recurso especial interposto por Electrolux do Brasil S.A. 3. O acordo de leniência é instituto destinado a propiciar a obtenção de provas da prática de condutas anticoncorrenciais, por meio do qual se concede ao coautor signatário benefícios penais e administrativos. 4. Nos termos da legislação, assegura-se o sigilo das propostas de acordo de leniência, as quais, eventualmente rejeitadas, não terão nenhuma divulgação, devendo ser restituídos todos os documentos ao proponente. 5. Aceito e formalizado o acordo de leniência, a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá ser guardado também em tutela da concorrência. 6. Todavia, ainda que estendido o sigilo, não se pode admitir sua protração indefinida no tempo, perdendo sentido sua manutenção após esgotada a fase de apuração da conduta, termo marcado pela apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo. 7. O dever geral de colaboração para elucidação dos fatos, imposto nos termos do art. 339 do CPC, somente é afastado por meio de regras expressas de exclusão, entre as quais o sigilo profissional calcado na necessidade precípua de manutenção da relação de confiança inerente a determinadas profissões, o que não se afigura razoável na hipótese dos autos em que a relação entre signatários do acordo e a entidade pública se vinculam por meio do exercício do poder de polícia. 8. Nos termos da Lei n. 12.529/11, art. 11, X, compete aos conselheiros do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica prestar informações e fornecer cópias dos autos dos procedimentos administrativos ao Poder Judiciário, quando requeridas para instruir ações judiciais, de modo que eventual sigilo do procedimento administrativo não pode ser oposto ao Poder Judiciário. 9. Recurso especial da Electrolux do Brasil S.A. prejudicado pela perda superveniente de objeto. Recurso especial de Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A. conhecido e não provido. Prejudicada a medida cautelar vinculada ao recurso especial". (STJ – Recurso Especial n. 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016)*

<sup>227</sup> Art. 7º. O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. (...) §3º - O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

O relator ressaltou que o intuito de evitar o livre acesso público ao conteúdo, documentos e informações dos acordos celebrados pelo CADE, além de não contar com amparo legal, mostra-se desproporcional, por impedir terceiros eventualmente lesados de buscar a devida reparação dos danos suportados em decorrência do cartel.

Ao endereçar o argumento da Procuradoria do CADE de que a resistência do CADE em apresentar os documentos tinha a finalidade de não colocar o signatário em posição mais gravosa que os demais investigados, ante ao aumentado grau de exposição à ação de indenização, o Ministro apontou que a lei apenas prevê benefícios ao signatário nas esferas administrativa e penal, não cabendo ao CADE a extensão dessas benesses.

O sigilo do acordo de leniência não pode se prostrar no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei. A propósito, nesse diapasão, não se sustenta o esclarecimento da Procuradoria Federal que expressamente declina a finalidade da mencionada previsão regimental no sentido de evitar que o signatário tivesse situação mais gravosa que os demais investigados pelo CADE. Esse argumento se mostra extremamente falacioso, porquanto a ‘premiação’ àquele que adere ao programa de leniência é restrita às esferas administrativas e penais, sem nenhuma menção legal à pretensão cível de eventuais lesados pelas condutas praticadas contra o mercado<sup>228</sup>.

Por fim, o Ministro pontuou que o dever de confidencialidade do CADE se exaure no momento em que concluídos os trabalhos de instrução do procedimento administrativo, impondo-se, após, o dever de prestar informações e fornecer documentos ao Poder Judiciário. Eventual necessidade de atribuição de sigilo de parte dos documentos, como aqueles que guardarem segredos industriais, deverá ser pontualmente analisada pelo juízo competente.

A decisão é relevante, pois além de se tratar de um posicionamento externado pelo Superior Tribunal de Justiça, ela endereça diretamente esse conflito de interesses entre o dever de resguardar o sigilo das investigações, a atuação do CADE no sentido de proteger o programa de leniência e o interesse do prejudicado de reduzir a assimetria informacional e ter acesso aos documentos que podem ser fundamentais para a comprovação da responsabilidade civil do cartelista.

A minuta de resolução do CADE sobre acesso a documentos, por sua vez, diverge da solução adotada pelo STJ, por reputar que a divulgação dos documentos após o

---

<sup>228</sup> STJ – Recurso Especial n. 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016



encerramento da instrução pela Superintendência Geral, poderia prejudicar o andamento do processo, colaborações e investigações conexas.

#### **4.2. Resolução do CADE sobre acesso a documentos oriundos de acordo de leniência, TCC e busca e apreensão**

Em 07 de dezembro de 2016, o CADE submeteu à consulta pública minuta de resolução que pretende estabelecer regras para acesso de terceiros à documentos e informações provenientes de acordos de leniência, Termos de Compromisso de Cessação (TCC) e de operações de busca e apreensão no âmbito do CADE.

Na exposição de motivos da resolução<sup>229</sup>, o CADE reconhece o acordo de leniência e TCC como os pilares da persecução pública a condutas anticompetitivas no Brasil, e que o crescimento da persecução privada de modo contundente no exterior e incidental no Brasil torna imperiosa a articulação entre ambas modalidades de persecução. A Nota Técnica da Superintendência-Geral elaborada como subsídio teórico à resolução também reforça a necessidade de se regular a interação de *private* e *public enforcement*<sup>230</sup>.

O CADE também destacou que a iniciativa da minuta de resolução vem na esteira da recente decisão do STJ no REsp n. 1554986/SP, que iria de encontro à postura até então adotada pelo CADE, no sentido de não tornar públicos os acordos de leniência, termos de compromisso de cessação e documentos a eles relacionados, antes do julgamento do caso.

Na visão do CADE elucidada na nota técnica e exposição de motivos da minuta

---

<sup>229</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta Pública n. 05/2016. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U\\_4\\_gRpL Bdy5K4UELOqhrOZPJS\\_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ\\_qw9Gg,](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpL Bdy5K4UELOqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg,)> Acesso em 05-02-2017.

<sup>230</sup> “Embora o *private enforcement* possa auxiliar na promoção da política de defesa da concorrência, reconhece-se que a tendência crescente de ajuizamento de ARDC traz desafios aos programas de colaboração das autoridades antitruste no mundo e no Brasil, em especial aos Programas de Leniência. Por um lado, regras que favoreçam excessivamente o *private enforcement* podem prejudicar o *public enforcement*. Por outro, regras que sejam excessivamente restritivas às ARDC podem inviabilizar o ressarcimento da parte lesada pela infração à ordem econômica e inviabilizar parte significativa da função dissuasória do *enforcement antitruste*. Assim, busca-se avaliar em que medida os incentivos para que um participante de um cartel coopere no âmbito de um Acordo de Leniência podem ser reduzidos se tal cooperação o expor excessivamente ao impacto financeiro das ARDC”. (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica n. 24/2016/Chefia Gab-SG/SG/CADE. Dezembro de 2016. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9I4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU\\_mXg,](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9I4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,)> Acesso em 05-02-2017)

de resolução, o acesso indiscriminado a esse material colocaria em risco as investigações e o próprio programa de leniência. E para tutelar, portanto, esses dois pilares da sua atuação, o CADE propôs a minuta de resolução que, embora se diga destinada a fomentar ações de reparação de danos concorrenciais no Brasil, tem como objetivo principal a limitação dos tipos documentos que possam ser compartilhados com terceiros, bem como o estabelecimento do momento processual em que tal compartilhamento poderá ser realizado.

Ao enunciar a regra de publicidade dos documentos das investigações em seu artigo 1º<sup>231</sup>, a norma traz diversas exceções à regra de publicidade o que evidencia que a maioria dos documentos das investigações deve permanecer, na visão do CADE, com tratamento restrito.

O artigo 3º da resolução prevê a divulgação dos materiais de acesso restrito nas seguintes hipóteses: (i) expressa determinação legal; (ii) decisão judicial específica; (iii) autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, com a anuência do Cade, sem que haja prejuízo à investigação; ou (iv) cooperação jurídica internacional.

O momento do compartilhamento de documentos é endereçado pela minuta de resolução com o objetivo de evitar o compartilhamento prematuro de documentos e, com isso, prejudicar investigações conexas que porventura estejam em andamento. Neste sentido, e diferentemente da decisão do STJ, as novas regras preveem o acesso por fase do processo administrativo e determinam que (1) na fase de negociação e celebração do acordo os documentos serão sempre sigilosos; (2) na fase de instrução apenas as versões públicas das notas técnicas proferidas pela Superintendência Geral do CADE serão disponibilizadas; e (3) após decisão final, os documentos passíveis de compartilhamento serão juntados em apartado restrito específico para este fim, cabendo ao CADE a avaliação dos requerimentos de acesso apresentados por terceiro.

A exposição de motivos da resolução justifica a manutenção do sigilo durante todas as fases do processo administrativo como medida de resguardar tanto a própria

---

<sup>231</sup> Art. 1º Serão públicos os documentos e informações oriundos de Acordo de Leniência, Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão que não se enquadrem nas restrições previstas nos arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011, nos arts. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011, nos arts. 5º, §2º e 6º, I do Decreto nº 7.724, de 2012, nos arts. 52 a 55 e 179 a 210 do Regimento Interno do Cade, e nas decisões judiciais específicas, conforme fase processual da investigação no Cade, nos termos da Seção II desta Resolução.

investigação quanto outras que possam dela surgir<sup>232</sup>.

Para garantir que o compartilhamento do material seja realizado na fase processual que reputa mais apropriada, a resolução atribui à Procuradoria do CADE a possibilidade de intervir em ações judiciais que discutam o acesso a esses documentos e informações, bem como requerer a suspensão de medidas judiciais e extrajudiciais que possam comprometer acordos e investigações. Para auxiliar a Procuradoria na identificação de tais ações, a resolução obriga os signatários de acordos a informar o CADE da existência de quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais, no Brasil ou no exterior, que discutam o acesso a documentos oriundos de acordos firmados com o CADE.

Apesar da norma prever que, após a decisão final, o CADE poderá tornar públicos os documentos e informações considerados relevantes, isso não significa que eles serão compartilhados de forma ampla e irrestrita. Seguindo o exemplo da *Diretiva Sobre Ações de Ressarcimento de Danos Concorrenciais da União Europeia*, o CADE propõe que, mesmo após a decisão final do Tribunal no processo administrativo, alguns documentos e informações nunca poderão ser compartilhados com terceiros em razão dos riscos às atividades de inteligência, efetividade de investigações e atratividade dos programas de acordos do CADE.

Dentre os elementos que o CADE propõe manter em sigilo estão: (i) relatórios com histórico da conduta e seus aditivos; (ii) propostas de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação; (iii) documentos e informações relacionados a estratégia empresarial e segredos de indústria e negócios; e (iv) documentos e informações protegidos por sigilo legal, como dados fiscais e bancários<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Pública n. 05/2016**. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U\\_4\\_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS\\_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ\\_qw9Gg,](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg,)> Acesso em 05-02-2017.

<sup>233</sup> Art. 13. (...) Parágrafo único. Serão mantidos como de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, e não poderão ser disponibilizados a terceiros em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII da Lei nº 12.527/2011), e à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade: I – o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter auto-incriminatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, que não poderiam ter sido obtidos de qualquer outro modo senão por meio da colaboração no âmbito dos Programas de Leniência e de TCC; e/ou II – os documentos e informações: a) que se enquadrem nas restrições previstas nos arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011; b) que constituam segredo industrial (art. 22 da Lei nº 12.527/2011); c) relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 5º, §2º do Decreto nº

Segundo a exposição de motivos da resolução, a proteção à confidencialidade de tais documentos tem como objetivo impedir que o beneficiário da leniência ou TCC se encontre em uma posição de desvantagem em um potencial litígio civil, quando comparado com os demais coautores da conduta que não colaboraram com a autoridade.

Os documentos que eventualmente não se enquadrem nessas categorias, tais como provas da época da infração, como, por exemplo, uma troca de e-mails que ateste um ajuste entre concorrentes, poderão, em tese, ser acessados por terceiros, porém apenas após a decisão final do CADE no processo administrativo e sua deliberação sobre a viabilidade do requerimento de acesso à prova.

Por fim, e com o intuito de fomentar a persecução privada a condutas anticompetitivas no Brasil, a resolução estabelece que os terceiros que pretendam obter provas para subsidiar o ajuizamento de ações de reparação de danos concorrenciais terão acesso prioritário aos documentos e informações de acesso restrito. E sem descuidar do possível impacto que ações de reparação podem ter sobre os incentivos para celebração de termos de compromisso de cessação, e buscando incentivar a adoção de instrumentos consensuais de resolução de conflitos, a proposta de resolução autoriza o CADE a conceder redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa imposta aos participantes da infração concorrencial que comprovarem o ressarcimento extrajudicial ou judicial do dano causado a terceiros decorrente de sua conduta.

O CADE também defende alterações na Lei de Defesa da Concorrência com vistas a esclarecer e pacificar temas centrais e polêmicos das ações de reparação. Na primeira proposta de alteração da lei, o CADE buscar estabelecer uma norma específica de prescrição para ações de reparação de danos concorrenciais, definindo que o prazo prescricional só começaria a fluir com a ciência inequívoca da infração e que ele seria interrompido pela instauração de investigação pelo CADE.

A segunda alteração legislativa sugerida pelo CADE busca reduzir o grau de exposição do signatário da leniência às ações de reparação de danos e evitar que ele fique numa posição mais desvantajosa que as demais partes que não colaboraram com a autoridade. Nesse sentido, o novo texto da lei definiria que (i) o signatário da leniência não responde

---

7.724/2012); d) que constituam hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça (art. 6º, inciso I do Decreto nº 7.724/2012); e) que constituam hipóteses previstas nos arts. 52 a 54 do Regimento Interno do Cade.

solidariamente pelos danos decorrentes da infração noticiada em seu acordo, mas apenas pelos danos efetivamente causados aos seus consumidores e fornecedores; e (ii) que ao signatário não se aplica a repetição de indébito por valor em dobro prevista no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor.

À míngua, contudo, de um texto definitivo para a resolução e, sobretudo, as alterações legislativas necessárias para que a dinâmica de compartilhamento de documentos e informações proposta pelo CADE funcione de forma harmônica, perdura o ambiente de incerteza jurídica quanto a possibilidade de acesso a tal prova. O tópico a seguir sugere a utilização do procedimento de produção antecipada de prova reformulado pelo Novo Código de Processo Civil como alternativa para contornar o óbice do acesso à prova e, assim, verificar *ex-ante* a possibilidade de êxito e composição de uma demanda.

## 5. Produção antecipada de provas

A assimetria de informação do prejudicado pela prática de cartel culmina em dificuldade e demora processual na comprovação e quantificação do dano decorrente do ilícito, o que serve até como uma medida de desincentivo ao ajuizamento de ações desta natureza. Uma alternativa para contornar tal dificuldade seria a utilização do procedimento de produção antecipada de prova, conforme redefinido pelo Novo Código de Processo Civil.

É certo que a incipiência de ações de indenização contra carteis redundam em desconhecimento das vítimas sobre as possibilidades de reparação<sup>234</sup>, uma falta de familiaridade do Judiciário com o tema, além da ausência de precedentes que possam ser utilizados como parâmetro para tais casos<sup>235</sup>. Contudo, a mudança do paradigma processual relativo ao direito à prova, que se consagrou como um direito autônomo, onde não apenas o juiz, mas também as partes são destinatárias da prova, viabiliza a comprovação e quantificação do dano antes mesmo do ajuizamento da ação indenizatória, o que poderá servir de instrumento de verificação de viabilidade de uma demanda e facilitador de sua composição entre as partes<sup>236</sup>.

Pontue-se que o ajuizamento da ação de produção antecipada de provas pressupõe que o titular tenha conhecimento da violação do seu direito, pois do contrário não saberia

---

<sup>234</sup> CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Op. cit.** p. 332

<sup>235</sup> CASELTA, Daniel Costa. **Op. Cit.** p. 226.

<sup>236</sup> GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. A produção antecipada de provas em litígios empresariais - reflexões sobre a estratégia. In: Elias Marques de Medeiros Neto; Adalberto Simão Filho. (Org.). **Direito dos Negócios Aplicados**. 1ed.São Paulo: Almedina, 2015, v. 1, p. 255-270

sequer qual prova produzir antecipadamente. Neste sentido, cogita-se o ajuizamento da referida ação no momento em que o titular do direito já poderia exercer a pretensão indenizatória, pois do contrário poderia lhe faltar até mesmo interesse de agir para o ajuizamento da referida ação. A utilidade do procedimento, pois, é antecipar uma fase crucial da ação indenizatória, possibilitando a verificação da viabilidade da demanda ou, até mesmo, a composição da lide entre as partes.

### 5.1. A produção antecipada de provas no Novo Código de Processo Civil

No contexto de um litígio de qualquer espécie, as provas possuem um papel fundamental, por constituírem o “*meio de se chegar à cognição do suporte fático das pretensões litigiosas*”<sup>237</sup>.

O processo destina-se a solucionar o conflito (ou a aperfeiçoar um ato, na jurisdição voluntária), mediante a definição das normas jurídicas incidentes no caso. A produção probatória, como elemento adequado para a reconstrução dos fatos pretéritos (etapa imprescindível para se definir quais normas incidiram no caso), é uma importante etapa no exercício da função jurisdicional<sup>238</sup>.

Com efeito, grande parte dos litígios privados são solucionados após a apreciação das questões de fato elucidadas pela produção probatória<sup>239</sup>, não sendo contraproducente que a própria prova anteceda o litígio, como medida de verificação de sua viabilidade ou mesmo de possibilidade de composição.

A evolução da teoria da prova em consonância com a evolução da própria teoria do processo revela que a busca da verdade real<sup>240</sup> sucedeu a busca da verdade formal como finalidade do processo e fundamento da sentença<sup>241</sup>. Neste sentido, o processo deixa de ser

---

<sup>237</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real**. Disponível em: < <http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-buscada-verdade-real>>. Acesso em 30-10-2016. p. 3.

<sup>238</sup> TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>> Acesso em: 2016-07-11.

<sup>239</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz. **MARINONI, Luiz Guilherme. O processo civil contemporâneo. Curitiba: Juruá**, p. 93-98, 1994.

<sup>240</sup> “A adoção plena no processo civil do princípio da verdade real é uma conseqüência natural da modernidade publicística do processo. Assim, a par de não se admitir o princípio dispositivo rígido (...) cada vez mais aumenta a liberdade na investigação da prova, em face da socialização do Direito e da publicização do processo, razão que levou Lessona a afirmar que ‘em matéria de prova todo progresso está justamente em substituir a verdade ficta pela verdade real’”. (PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 199.)

<sup>241</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 8.

um mero meio de endereçamento dos litígios, para se revelar como um instrumento de pacificação social. A permissão de livre produção da prova e a demonstração de sua utilidade tanto para a parte e como para o juiz cumpre os desígnios máximos da pacificação social, o que orienta a prestação jurisdicional de forma justa e efetiva.

A substituição da verdade ficta pela verdade real, portanto, é consentânea com o movimento pendular de evolução da teoria geral do processo que atualmente se desloca do extremo formalismo para um processo mais instrumental que privilegia o resultado à forma. A evolução cuida da tentativa de se obter um processo justo que, de fato, sirva de instrumento de pacificação social.

Dentro desta perspectiva, a possibilidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil de generalizar a produção antecipada de prova (e conseqüentemente a verdade real) revela-se como uma positiva novidade que quando regularmente utilizada possibilitará (i) a dissuasão da propositura de ações sem fundamento ou com diminutas chances de êxito; e (ii) o estímulo à composição de litígios, reduzindo seu tempo de tramitação.

Ressalta-se que o direito autônomo à prova e a possibilidade de sua produção antecipada, sem o requisito de urgência, já eram defendidos na doutrina antes da alteração legislativa.

Todos têm o direito de ir a juízo para pleitear a busca, a obtenção e a pré-constituição de certa prova, mesmo fora das hipóteses de urgência. Todos, enfim, têm o direito de demandar a antecipação da prova, ainda que não haja perigo. A isso se poderia até mesmo chamar de “direito à prova”, embora pareça preferível, analogamente ao que se passa com a ação, empregar, aqui, a expressão “direito de demandar a prova” ou “direito à administração da prova”<sup>242</sup>.

Com efeito, tal teoria foi consagrada pela legislação com inclusão das hipóteses previstas nos incisos II e III do artigo 381 do Novo Código de Processo Civil que confirmam a utilidade da antecipação da prova para além de seu tradicional uso cautelar:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

---

<sup>242</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 320.

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

A medida, portanto, passa a ter a utilidade de instrumento de melhor conhecimento da realidade fática de determinada relação controvertida, e conseqüentemente das chances de êxito de uma eventual demanda principal, possibilitando que as partes tomem uma fundamentada decisão sobre o ajuizamento ou não do processo principal, ou, ainda, decidam compor a lide. Cinde-se, portanto, a tradicional noção de que o único destinatário da prova é o juiz, consagrando-se, ao revés, a compreensão de que a prova tem também as partes<sup>243</sup> como destinatárias<sup>244</sup>.

Essas novas utilidades do instituto de produção antecipada de provas que consagram o direito autônomo da parte à prova se revelarão extremamente úteis aos litígios estratégicos, haja vista essa possibilidade de verificação do êxito *ex ante* e estímulo à auto composição. Relativamente às ações privadas para reparação de danos oriundos de cartel, a medida poderá se revelar como alternativa para contornar a falta de familiaridade do judiciário brasileiro com este tipo de demanda, e os demais óbices de ordem processual (dentre eles a dificuldade de acesso a provas e, por consequência, assimetria informacional) que acabam por impor um ritmo lento e incerto a estes litígios o que, em última análise, desestimula seu ajuizamento.

## **5.2. Produção antecipada de provas para comprovação e quantificação de danos de cartel**

A rigor, a parte prejudicada pela atuação de um cartel desconhece que lhe foi inculcido dano até a revelação do cartel pela autoridade antitruste ou pelo próprio mercado. E mesmo após desvelado o cartel, o prejudicado, via de regra, desconhece a dimensão do dano percebido. Há, portanto, e conforme já exposto neste artigo, uma evidente assimetria de informações entre as partes envolvidas nesta relação haja vista o caráter oculto do cartel, e a

---

<sup>243</sup> “O destinatário da prova passa a ser primeiro as partes, depois o julgador. Nesta visão evolutiva do processo e da prova, as partes deixam de direcionar seus esforços exclusivamente ao convencimento do terceiro imparcial. Buscam tentar influir a parte adversa acerca da viabilidade e a própria existência do seu direito, com a intenção de compor, isto é, evitar o litígio, reduzindo o tempo da discussão e, por óbvio, o custo financeiro e emocional do litígio”. (GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. **Op cit.**).

<sup>244</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 584.



posição “inferior” que o prejudicado ocupa na relação comercial, não possuindo as informações comerciais que possibilitem a verificação do preço que lhe é cobrado.

Não possuindo o prejudicado todos os elementos de formação do preço que lhe é cobrado, ele não consegue, a partir do conhecimento da prática do cartel, estimar todo o dano que percebeu em razão da atuação dos cartelistas. A estimativa do dano, portanto, pressupõe necessariamente de um trabalho de economistas que tentariam apurar a diferença entre o que o prejudicado desembolsou e o que teria desembolsado em um cenário competitivo, ou seja, não cartelizado.

Os prejuízos seriam calculados pela estimativa da diferença entre o que a parte teria pago “se não fosse” o cartel (o contrafactual). Uma vez que não observamos a situação sem o cartel, alguma forma de estimativa deste contrafactual se faz necessária – e aí a contribuição do economista é fundamental. O economista vai tentar estimar este preço contrafactual (ou preço de referência), sendo aquele que prevaleceria na ausência de cartel – e qual seria a quantidade nesta eventualidade<sup>245</sup>.

No contexto de uma ação de indenização em que não houver prova direta do dano, a comprovação e quantificação dos danos decorrentes de um cartel demandarão, necessariamente, da realização de prova pericial econométrica para (i) aferição do preço contrafactual; e (ii) quantificação do efetivo prejuízo percebido<sup>246</sup>.

Não se pretende, neste trabalho, entrar em detalhes sobre os métodos adotados pelos economistas para aferição do preço contrafactual (embora tal debate seja relevante para esclarecer aos juristas a existência de métodos científicos para estimativa desta natureza). O que importa, entretanto, para o presente debate é que a antecipação de tal prova pericial pode ser extremamente útil para fomentar o ajuizamento de ações dessa natureza e reforçar a política de repressão contra carteis no Brasil.

Atualmente, o desconhecimento do efetivo prejuízo percebido pelo prejudicado é uma medida de desestímulo ao ajuizamento de ações indenizatórias, pois *ab initio* o prejudicado desconhece o potencial ganho que perceberia com o êxito da ação, não lhe sendo possível contrastar tal perspectiva de ganho com o gasto que incorrerá com advogados para o

---

<sup>245</sup> LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. **Prevenção Ótima de Cartéis: O Caso dos Peróxidos no Brasil**. Departamento de Estudos Econômicos – DEE, Brasília: maio de 2016. p. 15.

<sup>246</sup> “O cálculo para quantificação dos danos materiais causados por condutas anticompetitivas como o cartel, por exemplo, demanda a aplicação de técnicas referenciadas pelas doutrinas americana e europeia, tais como: (i) a da simulação de um ambiente competitivo; (ii) a da análise aprofundada dos registros financeiros das empresas; e (iii) a comparação com diferentes mercados. Ainda que essas técnicas sejam bastante eficientes no cálculo dos danos materiais acarretados por um ilícito antitruste, ainda não é um dos principais problemas enfrentados por nossos tribunais”. (CARVALHO, 2012, p. 348.).

ajuizamento da lide e o desgaste que poderá vir a ter com seu fornecedor durante a longa tramitação do processo.

Dentro da dinâmica do código revogado, a prova pericial apenas é produzida após a fase postulatória e prolação do despacho saneador, onde, em geral são endereçadas diversas questões preliminares que, caso submetidas a recurso, poderão impor um atraso ainda maior ao início da fase de dilação probatória<sup>247</sup>.

A antecipação da produção da prova, por sua vez, poderá ter a utilidade de inverter o ônus da demora processual, viabilizando a verificação da extensão do dano antes do próprio ajuizamento da ação indenizatória, possibilitando ao prejudicado avaliar a viabilidade da demanda ou até mesmo buscar um acordo com o cartelista, na melhor acepção da norma do art. 381 do Novo Código de Processo Civil.

É evidente que a viabilização da prova pericial demandará um certo grau de compartilhamento das provas colhidas pelo CADE no seu processo administrativo com o judiciário. E conforme exposto em 4, tal tema, já foi parcialmente endereçado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>248</sup> que assentou que uma vez concluída a fase de investigação pela sua Superintendência-Geral, o CADE não pode impedir o acesso público ao conteúdo, documentos e informações de acordos celebrados no âmbito da autoridade antitruste. A exibição de documentos poderá se dar, inclusive, no próprio âmbito da ação autônoma em que se pretende a produção antecipada da prova pericial, haja vista a possibilidade de cumulação de pedidos probatórios<sup>249</sup>.

De qualquer modo, a aludida produção antecipada de prova ilustra o direito autônomo da parte prejudicada pelo cartel à prova de seu dano, sem que ela esteja

---

<sup>247</sup> Três ações que pretendem o ressarcimento de danos causados pelo cartéis dos gases medicinais a hospitais de Minas Gerais (ação n. 7099345-90.2009.8.13.0024 em curso perante a 28ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG); São Paulo (ação n. 1065317-65.2013.8.26.0100 em curso perante a 18ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP) e Rio Grande do Sul (ação n. 0004954-43.2013.8.21.0012 em curso perante a 2ª Vara de Dom Pedrito/RS) ilustram bem tal atraso. Na ação mineira, ajuizada em setembro de 2009, até a presente data não foi realizada a perícia econômica, sendo que ainda pendem no STJ dois recursos que abordam questões preliminares suscitadas na fase postulatória. A ação paulista, por sua vez, a despeito de ser mais recente, também segue com morosidade. Distribuída em setembro de 2013, ela teve a perícia autorizada pelo Tribunal de Justiça em agosto de 2015, porém até a presente data não foi sequer nomeado perito. Por fim, a ação gaúcha, ajuizada em dezembro de 2013, teve a sua tramitação suspensa em fevereiro de 2016 pelo prazo de um ano, para aguardar o resultado das ações anulatórias ajuizadas em face da decisão do CADE que condenou o indigitado cartel.

<sup>248</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016.

<sup>249</sup> MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 318.

obrigatoriamente vinculada a um provimento declaratório<sup>250</sup>, mas com uma nítida utilidade para contornar o problema do acesso à prova que hoje desestimula tal parte a ingressar em juízo.

## 6. Conclusão

As recentes decisões identificadas no presente trabalho revelam uma tendência do Judiciário de garantir acesso de terceiros prejudicados ao conteúdo, documentos e informações em poder do cartelista, bem como oriundos dos acordos celebrados pelo CADE, de forma a garantir o pleno exercício da pretensão reparatória dos danos suportados em decorrência do cartel.

Por outro lado, considerando-se o rigor com que trata o acesso de terceiros a documentos e informações provenientes de acordos de leniência, TCCs e de operações de busca e apreensão, conclui-se que a minuta resolução editada pelo CADE, apesar de indicar como seu objetivo o fomento às ações privadas de reparação de danos concorrenciais e criar harmonia entre persecução pública e privada das infrações à ordem econômica, visa claramente proteger o bem-sucedido programa de leniência e TCC do CADE.

A criação de normas para simplesmente restringir o acesso aos documentos das investigações e, até mesmo, criar um sigilo perpétuo à determinada classe de documentos e informações, não parece estar alinhada com o entendimento externado pelas decisões judiciais analisadas no contexto deste artigo.

A atratividade do programa de leniência e TCC do CADE deve ser mantida a partir da criação de medidas de incentivo à colaboração que sejam compatíveis com o ordenamento jurídico. Considerando que o acordo firmado no âmbito do CADE possui reflexos nas esferas administrativa e penal, porém não na esfera cível, uma norma que, em última análise, crie um obstáculo à comprovação em juízo da responsabilidade civil do beneficiário da leniência ou compromissário no TCC parece extrapolar os limites de atuação do CADE, criando uma imunidade não prevista em lei.

Há, portanto, um desalinhamento entre Judiciário e CADE acerca da possibilidade (e momento) de acesso a documentos e informações oriundos de acordos de leniência e TCC. A conciliação do fomento às ações privadas de reparação de danos e da tutela ao programa de

---

<sup>250</sup> GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. **Op cit.**

leniência e TCC do CADE dependerá intrinsecamente de alterações legislativas voltadas a atribuir maior previsibilidade à questão da prescrição das ações, e menor exposição ao signatário da leniência, o que, traria maior harmonia e sinergia entre *public* e *private enforcement* no Brasil.

À míngua de uma mudança no ordenamento jurídico que enderece todos os interesses conflitantes acerca do acesso à prova, o prejudicado pode se valer do expediente da produção antecipada de prova para diminuir a assimetria informacional e, por sua vez, ter condições de avaliar com maior propriedade o êxito da demanda reparatória bem como a possibilidade de composição da lide.

A evolução da teoria do processo evidencia o direito autônomo da parte à prova, sendo ela, portanto, também destinatária da prova no processo. Tal direito autônomo, já debatido pela doutrina processual, foi consagrado pelo Novo Código de Processo Civil ao expressamente permitir a utilização do expediente de produção antecipada de prova para além da tradicional medida cautelar.

A busca pela verdade real pauta o processo civil moderno que coloca em segundo plano acepções formalistas para privilegiar a efetividade e, sobretudo, sua consagração com um processo justo. A produção probatória é uma etapa importantíssima para reconstituição dos fatos controvertidos e, conseqüentemente, definição do resultado da demanda. Neste sentido, a antecipação da prova permite que a parte realize a aferição de viabilidade da demanda, bem como da tentativa de conciliação.

A produção de prova pericial econômica é fundamental para aferição do prejuízo percebido pelo prejudicado pela atuação de cartel. A falta de conhecimento deste dano serve como medida de desestímulo ao ajuizamento de ações dessa natureza, pois a parte não consegue medir se o êxito da ação será superior ao gasto para patrocínio da causa e desgaste do seu relacionamento com fornecedor no curso de uma longa lide.

Como consequência da incipiência do *enforcement* privado de cartéis, constata-se que o atual *public enforcement* realizado pelo CADE não é suficiente para dissuadir os agentes econômicos das infrações à ordem econômica, sendo necessário aumentar o valor do prejuízo percebido pela empresa que se envolve no cartel.

Neste sentido, o instituto da produção antecipada de prova, como redefinido pelo

Novo Código de Processo Civil, ao viabilizar a produção da prova do dano antes mesmo do ajuizamento da ação indenizatória, pode se revelar como uma medida de estímulo tanto ao *private enforcement* e à própria composição de litígios dessa natureza.

E considerando-se os precedentes que admitiram a exibição de documentos de posse do cartelista, ou até mesmo de posse do CADE, vislumbra-se que a utilização de tal expediente pelo prejudicado pelo cartel tem grandes chances de se revelar como instrumento importantíssimo para mitigar a assimetria de informações que possui e angariar as provas necessárias à comprovação da responsabilidade civil dos cartelistas.

## 7. Referências bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz. **MARINONI. Luiz Guilherme. O processo civil contemporâneo. Curitiba: Juruá**, p. 93-98, 1994.

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial n. 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016.

BRASIL – Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Agravo de Instrumento-Cv 1.0145.10.060085-0/001, Relator: Des. Estevão Lucchesi , 14ª Câmara Cível, julgamento em 13/08/2015.

BRASIL – Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.305007-0/002, Relator: Des. Marco Aurelio Ferenzini, 14ª Câmara Cível, julgamento em 30/06/2016.

BRASIL – Tribunal de Justiça de São Paulo – Agravo de Instrumento Cível 2074559-69.2015.8.26.0000, Relator: Des. Sergio Alfieri; 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/08/2015

BRASIL – Tribunal de Justiça de São Paulo – Agravo de Instrumento Cível 2034855-20.2013.8.26.0000, Relator: Des. Vito Guglielmi; 6ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 12/02/2014

BRASIL – Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Agravo de Instrumento Cível 0045454-81.2013.4.01.0000/DF, Relator: Des. Kassio Nunes Marques; 1ª Turma; Data de publicação: 16/08/2013.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Pública n. 05/2016**. Exposição de Motivos da Resolução. Dezembro de 2016. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U\\_4\\_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS\\_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ\\_qw9Gg,](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg,)> Acesso em 05-02-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Maio de 2016. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias do Cade/guia programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias%20do%20Cade/guia%20programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)> Acesso em 11-11-2016.

CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. **Revista do IBRAC**. v. 19, n. 21, jan./jul., p. 332-350, 2012.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016.

CORDOVIL, Leonor, et. al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, 2013.

GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. **Revista do IBRAC**. v. 21, n. 26, jul./dez., p. 135-154, 2014.

GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. A produção antecipada de provas em litígios empresariais - reflexões sobre a estratégia. In: Elias Marques de Medeiros Neto; Adalberto Simão Filho. (Org.). **Direito dos Negócios Aplicados**. 1ed.São Paulo: Almedina, 2015, v. 1, p. 255-270

LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. **Prevenção Ótima de Cartéis: O Caso dos Peróxidos no Brasil**. Departamento de Estudos Econômicos – DEE, Brasília: maio de 2016.

MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, p. 114-132, 2015.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/>>. Acesso em: 2015-11-13.

MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. V.1 Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

REZENDE, Gustavo Madi; KIELBER, Solange; MADI, Maria Fernanda Caporale. Métodos de Mensuração das Indenizações Privadas em Casos de Cartel. **Revista do IBRAC**. ano 18, v. 20, 2011.

TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>> Acesso em: 2016-07-11.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real**. Disponível em: < <http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-buscada-verdade-real>>. Acesso em 30-10-2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.



## O critério de dosimetria aplicada aos cartéis: o exemplo do cartel no mercado de *Gas Insulated Switchgear*

Rodrigo de Camargo Cavalcanti<sup>251</sup>

### RESUMO

O presente artigo, através de metodologia dedutiva, por meio de pesquisa bibliográfica atinente ao tema, especialmente doutrinária e documental, objetiva realizar uma análise crítica sobre o critério de dosimetria das multas aplicadas aos cartéis conforme a Lei 12.529/11, tendo como caso de debate o Termo de Compromisso de Cessação (TCC) firmado no âmbito de investigação de cartel no mercado de *Gas Insulated Switchgear*. Para tanto, primeiramente analisa-se a Resolução 3/2012 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e, em seguida, aborda-se a decisão do conselheiro João Paulo de Resende sobre a definição da contribuição pecuniária no TCC firmado no cartel no mercado de *Gas Insulated Switchgear*, e, no mesmo caso, a posição diversa da Superintendência Geral. Posteriormente, analisa-se mais detidamente as divergências entre tais posições, e, então, adentra-se no debate realizado sobre essa temática no Congresso brasileiro. Ademais, discute-se o Projeto de Lei do Senado 283/2016 e a base de cálculo da multa. Por fim, conclui-se pela necessidade de um maior debate sobre o tema na sociedade em face da indeterminação normativa existente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Econômico; Cartel; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Dosimetria da Multa.

### ABSTRACT

The present article, through a deductive methodology and a bibliographical research related to the subject, especially doctrinal and documentary, aims to perform a critical analysis on the dosimetry criterion of the fines applied to the cartels according to Law 12,529/11, having as a case of debate the cartel in the Gas Insulated Switchgear market. In order to do so, we first analyze Resolution 3/2012 of the Administrative Council for Economic Defense, and then discusses the decision of the adviser João Paulo de Resende on the dosimetry in the cartel in the Gas Insulated Switchgear market, and in the same case, the different position of the General Superintendency. Subsequently, the divergences between these positions are analyzed more closely, and then, it is inserted in the Brazilian Congress debate held on this subject. In addition, the Senate Bill 283/2016 and the calculation base of the fine are discussed. Finally, it is concluded that there is a need for greater debate on the issue in society in the face of the existing normative indeterminacy.

**KEYWORDS:** Economic Law; Cartel; Administrative Council for Economic Defense; Fine's Dosimetry.

---

<sup>251</sup> Pós-doutorando em Ciências Jurídicas pela Unicesumar, Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor da Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Alfa. Email: rodrigocavalcanti@gmail.com

## INRODUÇÃO

O presente artigo visa fazer uma análise crítica das questões relativas à aplicação de multa aos cartéis conforme a Lei 12.529/11. Para tanto, será utilizada a metodologia dedutiva, através de pesquisa de documentos e obras brasileiros e internacionais.

A Lei 12.529 de novembro de 2011, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, entre outras mudanças, alterou as penas em relação à prática de infração da ordem econômica conforme antes estabelecido pela Lei 8.884/94.

Ao invés de prever, no caso de empresa, a multa como sendo de 1% a 30% do valor do faturamento bruto total no seu último exercício, excluídos os impostos (art. 23, I, Lei 8.884/94), a nova Lei dispõe, em seu art. 37, I, como sendo de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) 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.

Ambas as leis, apesar de disporem porcentagens mínimas e máximas, também enunciam que a multa nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Dita normativa gera dúvidas tendo em vista que, se a multa nunca pode ser inferior à vantagem auferida, quando estimada, se por acaso essa vantagem for maior que 20% do valor do faturamento bruto da empresa, qual regra deverá ser implementada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)?

Vale dizer que, até o momento, todas as multas aplicadas estiveram estritas aos limites percentuais legalmente enunciados, sendo que o CADE levou em consideração a vantagem auferida somente como um elemento para dosar a pena.

Cabe considerar também que a redação do art. 37, I, da Lei 12.529/11 anteriormente referido, e atualmente em vigor, trata de faturamento bruto da empresa “no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração”. “Ramo de atividade” é termo impreciso, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência. Assim, a fim de contornar essa questão, o CADE editou a Resolução n. 3/2012 a qual expede uma lista de ramos de

atividades empresariais com base na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

## **2. A RESOLUÇÃO 3/2012 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

Uma importante questão já levantada por Mauro Grinberg, ex-conselheiro do CADE e advogado, e Daniel Tobias Athias, é em relação à competência do CADE para promulgar uma resolução - como a já referida Resolução 3/2012 – com este conteúdo.

Grinberg argumenta precisamente que a Lei 12.529/11, no art. 9º, em seu inciso XV, deixa claro que as normas relativas ao regimento interno do CADE somente podem tratar de dispor “sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos”. À referida Resolução, ao definir “ramo de atividade”, pode-se argumentar que aborda questão de direito material, ou seja “houve aumento de critérios sancionatórios, o que deveria ser feito por lei” (GRINBERG; ATHIAS, 2016).

Outro aspecto que vale salientar é em relação ao art. 2º da própria Resolução 3/2012, o qual dita que:

Quando o representado não apresentar o valor do faturamento no(s) ramo(s) de atividade empresarial em que ocorreu a infração de forma completa, inequívoca e idônea, será considerado o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo. (CADE, 2012)

Posteriormente, com o argumento de que “o CADE tem observado que os setores listados podem não corresponder com frequência às dimensões dos mercados alvo de condutas anticompetitivas” (ASSESSORIA, 2016), após consulta pública aberta em outubro de 2016, e que deu origem às alterações prescritas pela Resolução 18/2016, foi incluída a letra “A” do mesmo art. 2º dessa Resolução 3/2012, letra essa dita em seu enunciado o seguinte: “o CADE poderá, mediante decisão fundamentada, adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta quando as dimensões indicadas no art. 1º forem manifestamente desproporcionais” (CADE, 2012). O referido art. 1º dita que, “caso a infração à ordem econômica tenha ocorrido em mais de um ramo de atividade empresarial, será considerada a soma dos faturamentos brutos obtidos em todos os ramos afetados”.

Portanto, o que essa Resolução prescreve, afinal, é que, se “a soma dos faturamentos brutos obtidos em todos os ramos afetados” for manifestamente desproporcional, o CADE poderá adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta.

Percebe-se, então, que a inclusão deste artigo conferiu uma grande discricionariedade ao CADE tanto na possibilidade de considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quanto na definição do que é “ramo de atividade”, já que não vincula a base de cálculo das multas obrigatoriamente nem à definição de ramo de atividade indicada nessa mesma Resolução, e também tendo em vista a subjetividade do termo “manifestamente desproporcionais”.

Junto a essas questões, tem-se ainda o art. 45 da Lei 12.529/2011, que estabelece que:

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência. (BRASIL, 2011)

Pelo disposto nesse artigo, para o cálculo é necessária a observância desses referidos critérios, além daqueles já anteriormente indicados. Uma crítica que pode ser disposta em face desse mandamento legal é a seguinte:

Por não haver parâmetros, fica nas mãos dos Conselheiros para, discricionariamente, escolherem um valor a ser imputado a cada uma dessas agravantes e atenuantes. A uma, pergunta-se se é interessante uma previsibilidade muito alta da multa imputada a uma determinada conduta. Evidentemente, caso se manifeste essa hipótese, e seja feita uma avaliação pelas partes e elas percebam que, mesmo que sejam pegas e punidas, o lucro auferido compensa, a multa perde todo seu caráter dissuasório e reparatório e, por conseguinte, seu fim. A duas, um processo de fixação da multa completamente arbitrário, sem padrões ancorados em jurisprudência é igualmente nocivo. (VALLADARES, 2013, p. 56)

Vale dizer que outros sistemas antitrustes desenvolveram também alguns mecanismos para assegurar o efeito dissuasório no momento de fixação das multas. A título de exemplo, pode-se referir às orientações da União Europeia na cartilha intitulada *Guidelines on the method of setting fines*, a qual prevê expressamente que a autoridade responsável - Comissão Europeia - deve adicionar entre 15 e 25% das vendas no montante total da multa, com a finalidade específica de dissuadir as empresas contra a realização de cartéis. Assim,

como bem salienta Geradin (2011, p. 9-10), há o intitulado *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. Esta soma extra é definida entre 15% e 25% do valor das vendas e é conhecida como a "taxa de entrada" [*entry fee*]. Seu objetivo principal é dissuadir as empresas de até mesmo entrar em comportamento ilegal (ou seja, impedindo-as de participar "para tentar ver"). É comumente imposta aos participantes do cartel *hardcore*. (tradução livre).

No Brasil, não há qualquer indicação para a instituição do *entry fee* ou de algo parecido, permanecendo a multa vinculada aos critérios normativos e discricionários do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Já nos Estados Unidos da América, desde 1987, como bem diz Lynn Robertson (2016, p. 2), Coordenador do *Global Relations* da *OECD Competition Division*, tanto as sanções individuais quanto sobre as corporações em face de cartéis são postuladas por guias promulgados pelo *United States Sentencing Commission*. Dessa maneira,

In formulating the Guidelines, the United States Sentencing Commission believed that fines for economic crimes should be closely related to the resulting gain to the perpetrators or the resulting loss to the victims. But the Commission also appreciated that determining gain or loss could be difficult. For cartel offenses, the Guidelines employed a readily-determined proxy for gain and loss, explaining that: "The purpose for specifying a percent of the volume of commerce is to avoid the time and expense that would be required for the court to determine the actual gain or loss." (ROBERTSON, 2016, p. 2)

Assim, dito Guia norteamericano leva em consideração vários fatores, incluindo o tamanho da empresa, o envolvimento de seus altos funcionários e sua cooperação e aceitação de responsabilidade.

### **3. CÁLCULOS DE DOSIMETRIA NO TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO REFERENTE AO CARTEL NO MERCADO DE GAS INSULATED SWITCHGEAR**

Dessa maneira, tendo em vista a discricionariedade delegada ao CADE, tanto em face das interpretações permitidas pelo artigo 37, I, da Lei 12.529/2011, quanto em face da letra da Resolução 3/2012, para fins de análise, observar-se-á quais são alguns dos critérios utilizados pela Superintendência Geral e por conselheiros do órgão de defesa da concorrência, e, ainda, se levam em consideração uma definição de ramo de atividade, e qual seria essa,

tendo como caso o cartel no mercado de *Gas Insulated Switchgear - GIS*.

### 3.1. POSIÇÃO DO CONSELHEIRO JOÃO PAULO DE RESENDE

De início, no que diz respeito à aplicação de multa em caso de cartel e a sua respectiva dosimetria, vale citarmos decisão recente no âmbito do Processo Administrativo 08012.001376/2006-16, referente ao cartel no mercado internacional de *Gas Insulated Switchgear - GIS*, equipamento utilizado em subestações de transformação de energia elétrica e que não era produzido no Brasil à época da conduta. Assim, os efeitos do cartel se materializaram no solo nacional por meio de importações.

Em face de requerimento de Termo de Compromisso de Cessação - TCC – neste processo, em fevereiro de 2017, para a dosimetria da multa, o conselheiro João Paulo de Resende primeiramente se baseou no volume total de importação referente à classe genérica que envolve diversos produtos no período de 1998 a 2004 proveniente dos países nos quais as empresas possuíam fábrica.

Resende optou por esse período por ser o que consta nos autos como o de ocorrência do cartel em questão. E isso segue a linha de argumento por ele já exposta em processo diverso, onde salienta o seguinte: tendo em vista o já referido art. 2º-A da Resolução 3/2012 do CADE, o qual enuncia o dever de adaptar o “*ramo de atividade*” - *base de cálculo* - às especificidades do caso concreto se houver uma “*manifesta desproporcionalidade*”, considerando que essa desproporcionalidade ocorreu, indicou que é necessário que o valor de dita base de cálculo,

[...] guarde proporcionalidade com o volume de vendas afetado pela conduta, inclusive quanto à **sua duração**, pois não faz sentido punir de maneira igual (ou, no mínimo, muito semelhante) cartéis com duração bastante diversa, de um, cinco ou dez anos. A duração da infração tem relação direta com vários critérios de dosimetria previstos no art. 45 da Lei 12.529/2011, como gravidade da infração, vantagem auferida ou pretendida, grau de lesão e efeitos econômicos negativos; e não pode ser ignorada em juízos de proporcionalidade. (CADE, 2008)

Dessa forma, continuando, sobre aquele volume total de importação, o conselheiro aplicou a esse valor o percentual de 25%, a fim de extrair a classe específica do produto objeto da infração (esse percentual foi definido em razão do GIS corresponder a cerca

de 10% do mercado mas ter custo três vezes superior aos demais produtos).

Em seguida, o conselheiro multiplicou esse valor pelo percentual de *market share* da empresa. E ainda, sobre esse valor, aplicou um sobrepreço pré-determinado de 20%. O próprio conselheiro explica que este método,

Se baseia, essencialmente, na aplicação de um sobrepreço predeterminado (10% para cartéis nacionais, 20% para cartéis internacionais) sobre o volume de vendas de bens e/ou serviços afetados pela prática ilícita (que nada mais é que o faturamento com o produto ao longo de toda a duração da conduta). (CADE, 2006)

A diferença desse sobrepreço aplicado aos cartéis internacionais em face dos nacionais é por conta de três aspectos, na visão do conselheiro:

Primeiramente, os estudos, principalmente Connor (2014), indicam que os sobrepreços em cartéis internacionais costumam ser superiores aos de cartéis nacionais. Enquanto a mediana para cartéis nacionais é da ordem de 18%, a de cartéis internacionais é de 26%. Em segundo lugar, e mais importante, temos que ter em mente que os agentes em cartéis internacionais não recolhem tributos no Brasil. Os tributos incidentes sobre a renda são pagos nos países-sede das empresas e os tributos do tipo IVA são pagos pelos importadores dos produtos no Brasil e, em grande parte, repassados aos consumidores finais. Assim, nenhuma parte da vantagem obtida pelo cartel é apropriado pela sociedade brasileira por meio de tributação, ao contrário de cartéis nacionais. Por fim, cartéis internacionais são mais difíceis de serem processados nas esferas civil e criminal, por se tratarem de empresas situadas em outras jurisdições, de difícil citação de réus e com barreiras culturais e de idioma não desprezíveis, motivo pelo qual a dissuasão deve ser maior. (CADE, 2006)

Dessa maneira, Resende chegou ao valor da multa esperada, o qual, de acordo com sua análise, serviria de base para o estabelecimento de valor ao Termo de Compromisso de Cessação.

Percebe-se dessa forma que Resende não seguiu a acima referida lista de ramos de atividades empresariais indicada na Resolução n. 3/2012, decidindo por um critério diverso para a delimitação da multa.

### **3.2. POSIÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA GERAL**

A proposta deste TCC no cartel de *Gas Insulated Switchgear* - GIS foi originalmente negociada no âmbito da Superintendência Geral, e o conselheiro suprarreferido

destaca em seu voto que o método utilizado por esse órgão, para calcular o valor que as empresas do cartel deveriam arcar, considerou uma estimativa do mercado brasileiro de GIS em 2005, esta, por sua vez, baseada em dados de produção industrial do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Essa estimativa da Superintendência Geral se deu pela identificação da classe genérica de produtos semelhantes na base do IBGE e, em seguida, foi aplicado o mesmo percentual de 25% indicado pelo conselheiro sobre a classe específica de GIS. Definido o tamanho do mercado brasileiro em 2005, foi utilizada a metodologia de “faturamento virtual” para especificar a base de cálculo a ser utilizada em face da empresa infratora. O faturamento virtual é obtido mediante aplicação de padrões de participações de mercado internacionais ao mercado brasileiro, e tem se aplicado em cartéis internacionais nos quais a representada não registra vendas no Brasil ou as registra em valor manifestamente reduzido – logo, desproporcional.

Dessa forma, sobre o valor final, foi aplicada uma alíquota de 18,8% (dentro da porcentagem delimitada pelo art. 37, I, da Lei do SBDC) sobre o mercado de GIS. Ou seja, como se observa, um critério de dosimetria absolutamente diverso daquele realizado pelo conselheiro Resende, conforme acima indicado.

#### **4. ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA**

Ora, verifica-se, assim, um caso de divergência entre formas de se realizar a dosimetria da multa, divergência essa ocasionada especialmente em face da redação da lei e da resolução conforme acima indicado.

Neste contexto, de fato vê-se uma grande possibilidade de se entender como correto o posicionamento do conselheiro Resende de levar em consideração o período de duração do cartel, diferentemente do que fez a Superintendência Geral, e também diferentemente do que, de início, é determinado pelo art. 37, I, da Lei 12.529,11, ambos, quais sejam, de uma “porcentagem sobre o faturamento bruto da empresa no último exercício anterior à instauração do processo administrativo”.

Entender a posição de Resende como correta é possível porque o que está definido por esse artigo da Lei não guarda qualquer relação direta ou objetiva com a infração efetivamente realizada, o que, portanto, em tese não favoreceria o CADE na composição



proporcional do valor da multa pela violação à concorrência. E isso porque a empresa geralmente pode atuar em variados ramos de atividade, confundindo-se qual foi o real faturamento com a infração naquele ramo efetivamente comprometido. Neste sentido:

Impor o pagamento sobre o faturamento das empresas em áreas alienígenas àquelas do mercado relevante pode ferir tanto o princípio constitucional da proporcionalidade como o da isonomia, no caso de cartéis onde uma empresa possui divisões em outros mercados e outra não. Ademais, o impacto da política anticoncorrencial adotada pela empresa pode afetar outros mercados ou produtos fora da área analisada. (VALLADARES, 2013, p. 48)

E, além disso, também no caso da base de cálculo do ano exatamente anterior à instauração do processo administrativo, a empresa pode ter de fato violado a concorrência em anos anteriores ao último exercício, e, portanto, os dados financeiros de ganho com a infração serão também anteriores, o que subverte a lógica da contabilização proporcional da pena em face do ganho da empresa durante a realização do ato ilícito.

Porém, o conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, em janeiro de 2017, salienta corretamente que, “quando se vincula a multa a uma vantagem quantificável, assume-se, ainda que indiretamente, que a vantagem obtida por um cartel seria necessariamente monetária, entendimento do qual não compartilho” (CADE, 2008). E, para afirmar isso, se baseia na ideia precisa de que “a vantagem obtida pelo cartel pode ser de cunho imaterial, como a exclusão de um concorrente ou o atraso de inserção de novas tecnologias em um dado mercado, e que nem sempre pode ser traduzida em termos numéricos” (CADE, 2008). E, assim sendo, não haveria possibilidade de embasar em valores contrafactuais para definir sobrepreço em determinado período e dessa forma utilizá-lo como base de cálculo para a multa. Ademais, o mesmo conselheiro, citando Márcio de Oliveira Júnior, argumenta que estabelecer um dado mercado como contrafactual pode indiretamente “dar-lhe um salvo conduto antitruste, o que pode configurar um erro de política de defesa da concorrência caso se observe futuramente que um cartel ‘menos eficiente’ para aumentar seus preços estava em operação no mercado utilizado como contrafactual” (CADE, 2008).

Agora, pelos argumentos de inquestionável sustentação suprarreferidos do conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, no processo administrativo RR-134200-61.2008.5.17.0002 contra o cartel de leite tipo C produzido na região de Pelotas, no Rio Grande do Sul, em janeiro de 2017, dito conselheiro, fundado nas críticas já expressas, adotou a gravidade do cartel em 15% na escala legal de 0,1% a 20%, uma vez que não

encontrou atenuantes ou agravantes, ressaltando que o percentual está de acordo com a jurisprudência do CADE, “que tem entendido que cartéis devem ser punidos com percentuais de 12% a 15%, à exceção de casos particulares de longa duração da conduta ou de articulação ainda mais institucionalizada” (CADE, 2008).

Nesses chamados casos particulares, pensar em multas de 12% a 15% do faturamento bruto já não faz mais sentido em cartéis com sobrepreços que chegam até a 65% em relação ao mercado competitivo, “pois o valor da penalidade pecuniária quase sempre compensa o risco de manutenção da conduta e os danos sociais são superiores aos sobrepreços dos cartelistas” (BRAGA, 2015, p. 121-122).

Percebe-se, assim, que o conselheiro Gilvandro de Araujo optou por uma metodologia de dosimetria da multa consideravelmente arbitrária. E isso porque, apesar de analisar individualmente os critérios de dosimetria dispostos no art. 45 da Lei 12.529/11, fez isso considerando somente argumentos de nível meramente retórico, dispondo, por exemplo, em face da “boa-fé do infrator”, que “os infratores atuaram de forma dolosa e com plena consciência da ilicitude”; em relação à “consumação da infração”, que “o cartel foi consumado por meio do compartilhamento de informações sensíveis entre os Representados, o que gerou transparência de mercado e redução das assimetrias de informação”; e assim por diante, ou seja, sem relacionar quaisquer valores nos quais tenha se embasado para definir a dosimetria da multa, a não ser a utilização da alíquota de 15% do faturamento bruto das empresas no ano anterior ao processo administrativo.

Por outro lado, as críticas que podem ser direcionadas a essa forma de definição do valor da multa devem estar solidamente constituídas sobre método contrário que seja coerente e coeso, ou seja, que também leve em consideração os apontamentos abordados pelo conselheiro Araújo nas suas considerações acima indicadas. E isso também porque, por outro lado:

[...] o fato de condutas de cartel ainda serem descobertas não quer significar que as penas anteriormente aplicadas eram insuficientes. Para o autor [Wouter Wils], há um limite para aplicação de multas elevadas, fundado na capacidade de pagar dos infratores, nos custos sociais e econômicos de multas elevadas e na perspectiva da justiça proporcional. [...] multas demasiadamente elevadas podem levar as empresas infratoras à falência, resultando em indesejáveis efeitos sociais e econômicos ao mercado como um todo (i.e., não apenas aos infratores, como também aos empregados, clientes, fornecedores, credores, etc.). (SANTOS, 2014, p. 143)

Dessa forma, a sustentação de métodos alternativos de cômputo da multa merece uma análise jurídica e econômica de fato imbricada em seus termos, a fim de concretamente delimitar sistemáticas que possam reduzir a discricionariedade que hoje é intrínseca a esse tema no que diz respeito mais especificamente ao CADE.

## 5. LEI 12.529/11 E DEBATE NO CONGRESSO BRASILEIRO

Discussão aproximada foi realizada no momento do debate do art. 37 da Lei 12.529/11 na Câmara dos Deputados e no Senado Federal brasileiros. O projeto da Câmara contemplava multa de 1% a 30% do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo no *mercado relevante* em que ocorreu a infração.

Assim, ao restringir a base de cálculo da multa ao mercado relevante, de acordo com o Deputado Pedro Eugênio, isso “tornaria a base de incidência mais proporcional ao dano gerado à concorrência” (CORDOVIL; CARVALHO; BAGNOLI, 2011, p. 122).

Já a redação do Senado Federal previa a multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à abertura do processo administrativo, no *ramo de atividade empresarial* em que ocorreu a infração. Como bem salienta Leonor Cordovil,

[...] a previsão da base de cálculo como sendo o ramo de atividade tende a gerar uma ampliação indesejável da base de incidência. Além disso, não se trata de conceito definido na literatura antitruste, ou seja, demanda interpretação e atribuição de significado. O mercado relevante contemplaria tão somente os bens substitutos entre si, produzidos pelo infrator, enquanto o ramo de atividade englobaria bens complementares e pertencentes a outros elos da cadeia produtiva no caso da empresa verticalmente integrada [...] gerando indesejável insegurança jurídica. (CORDOVIL; CARVALHO; BAGNOLI, 2011, p. 122-123)

Dessa forma, apesar da discussão majoritária deste art. 37 da Lei 12.529/11 ter se restrito à questão do estabelecimento do ramo de atividade empresarial ou do mercado relevante – questão importante, insta salientar -, por outro lado pouco debate aprofundado se realizou no Congresso Nacional sobre o período estabelecido do “último exercício anterior à instauração do processo administrativo”, o que é uma questão igualmente importante, já que

envolve discussão sobre o momento que deve ser abordado para se captar a base de cálculo da multa e que, conforme se pode verificar, ainda após a vigência da lei 12.529/11, não é tema pacífico no Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

## **6. PROJETO DE LEI DO SENADO 283/2016 E A BASE DE CÁLCULO DA MULTA**

O Projeto de Lei do Senado nº 283/2016, de autoria do Senador Aécio Neves, busca, entre outros méritos, tornar a multa à prática de cartel proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica, e, para tanto, inclui no art. 37, I, que, para cálculo da multa, o valor do faturamento bruto será obtido não só no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, mas “bem como nos demais exercícios de efetiva atuação do cartel”. Obriga o CADE, dessa forma, na imputação da multa, a considerar também, como um adicional, os aspectos relativos à vantagem auferida no tempo relativo ao ilícito causado, aumentando a base de cálculo.

A justificativa deste Projeto de Lei do Senado se embasa, para tal mudança, basicamente no ilícito de cartel, deixando de lado qualquer argumentação relativa aos demais ilícitos concorrenciais, cometendo, dessa forma, um reducionismo inaplicável à abrangência da própria norma vigente. Ademais, também não adentra na questão de uma definição final sobre o significado de “ramo de atividade”, o que é, conforme já dito, abrangente por demais e garante grande discricionariedade aos membros decisores do CADE. Ademais, também valem as seguintes considerações já delineadas por Mauro Grinberg (2016) em relação à ampliação temporal da base de cálculo para a somatória do último exercício anterior à instauração do processo administrativo com os demais exercícios de efetiva atuação do cartel:

O PLS [Projeto de Lei do Senado], em vez de substituir a base de cálculo original (faturamento no último exercício anterior à instauração do processo administrativo) por outro (faturamento nos anos de efetiva atuação do cartel) fez a soma das duas bases, como se todas as infrações sempre continuassem até o último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo. Não é com frequência o caso, já que em diversas situações os processos administrativos são instaurados anos após o final da efetiva atuação da infração.

E também, apesar de prever mudanças no art. 37, I, dito projeto não adentrou na questão tormentosa relativa ao enunciado o qual dita que, apesar dos limites percentualmente estabelecidos, a multa “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua

estimação”. Tendo em vista a proposta de mudanças substantivas na normativa da lei 12.529/11, poderia considerar fomentar debate sobre segurança jurídica se também adentrasse na questão relativa a esses termos, os quais igualmente são motivo de debate e de angústias na seara do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência quando da aplicação das multas a infrações à ordem econômica.

## **7. CONCLUSÃO**

Concluindo, percebe-se que tanto a lei 12.529/11 quanto a Resolução 3/2012 do CADE levaram a uma enorme discricionariedade do órgão de defesa da concorrência, e acabaram por invocar discussões tanto na doutrina quanto na própria seara dos processos administrativos do Conselho.

Essa indeterminação reverbera diretamente na questão da forma de se estabelecer a dosimetria das multas em caso de infração à ordem econômica, o que se apresenta em especial nos casos relativos à ilicitude da cartelização.

O que se percebe, ademais, é a ausência de critérios objetivos para se delimitar esses casos, o que advém também, como reflexo, da própria dificuldade em se estabelecer de forma conclusiva a sustentação sobre os objetivos do cartel e, de forma consequente, o lapso temporal de sua ocorrência e a quantificação objetiva dos ganhos dos infratores com a ilicitude cometida.

Neste sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 283/2016 busca inovar e trazer conceitos que, apesar de já utilizados por parte dos agentes do CADE, seriam, da forma com que enunciados, cogentes e, portanto, inovariam na ordem jurídica ao prescrever a necessidade de determinada interpretação sobre a base de cálculo das multas, ainda que sua fundamentação seja restrita e que o Projeto não adentre na questão da vantagem auferida.

Desta forma, percebe-se que o debate em torno do assunto ainda trará muitos frutos, isso se for devidamente levado à sociedade, especialmente considerando aqueles que serão diretamente afetados, incluídos aí o Poder Público, os agentes econômicos privados e os consumidores brasileiros.

## REFERÊNCIAS

- ASSESSORIA de Comunicação Social. Cade abre consulta pública para alteração da Resolução nº 3/2012. **CADE**. 18 out. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-abre-consulta-publica-para-alteracao-da-resolucao-no-3-2012>>. Acesso em 16 mai. 2017.
- BRAGA, Tereza Cristine A. CADE, Cartéis e Licitações: um Novo Nicho da Política Antitruste Brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 1, mai. 2015.
- CAVALCANTI, Rodrigo de C. **O Oligopólio no Estado Brasileiro de Intervenção Necessária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- CADE. Processo Administrativo n. 08012.010744/2008-71. 2008.
- \_\_\_\_\_. Processo Administrativo n. 08012.001376/2006-16. 2006.
- \_\_\_\_\_. Resolução n. 3. 29 mai. 2012.
- CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente; [et. al]. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- GERADIN, Damien. The EU Competition Law Fining System: a reassessment. **Discussion Paper, Tilburg Law and Economics Center**, out. 2011.
- GRINBERG, Mauro. **Mais e maiores punições para cartéis: polêmico projeto**. 5 ago. 2016. Disponível em <<http://gcalaw.com.br/publicacoes/mais-e-maiores-punicoes-para-carteis-polemico-projeto/>>. Acesso em 3 fev. 2017.
- GRINBERG, Mauro. ATHIAS, Daniel T. **Ramo de atividade e o (des)uso da resolução n. 3/2012**. 28 nov. 2016. Disponível em: <<http://gcalaw.com.br/publicacoes/ramo-de-atividade-e-o-desuso-da-resolucao-n-32012/>>. Acesso em 6 jun. 2017.
- NEVES, Aécio. Projeto de Lei do Senado n. 283. 2016.
- ROBERTSON, Lynn. **Sanctions in antitrust cases**, dez. 2016. Global Forum on Competition. Disponível em: <[https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-other-international-competition-fora/sanctions\\_united\\_states.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-other-international-competition-fora/sanctions_united_states.pdf)>. Acesso em 5 nov. 2017.
- SANTOS, Flávia C. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. 259 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.
- VALLADARES, Hugo Emmanuel D. G. Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade. Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, nov. 2013, pp. 45-73.
- WATANABE, Doshin. **Revisão judicial das multas aplicadas pelo CADE em cartéis**.

Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.





## Qual a contribuição da Teoria dos Jogos para os programas de leniência? Uma análise aplicada ao contexto brasileiro

Lucas Campio Pinha<sup>252</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar a literatura econômica relacionada à Teoria dos Jogos e aos programas de leniência, bem como avaliar o cenário brasileiro neste contexto. A conclusão é de que o Programa de Leniência brasileiro é adequado às recomendações da literatura no que concerne os temas já bem estabelecidos. A única mudança sugerida de fato é a garantia à imunidade de multas no caso do CADE já ter iniciado as investigações. As recomendações mais polêmicas e recentes (recompensa ao delator e imunidade em relação aos danos) ainda estão em discussão.

**Palavras chave:** programa de leniência; carteis, teoria dos jogos; dilema dos prisioneiros; antitruste

**Abstract:** The main objective is to analyze the economic literature related to game theory and leniency programs, as well as to evaluate the Brazilian framework in this context. We conclude that the Brazilian Leniency Program is suitable to the well established issues. The only suggestion is the immunity from fines in case of CADE have already begun the investigation. The most recent and polemic recommendations (rewards to the applicant and immunity from damages claims) are under discussion.

**Keywords:** leniency program; cartels, game theory; prisoner's dilemma; antitrust

**Código JEL:** K21, L41, C72

---

<sup>252</sup> Doutorando em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa. Atua na área de Organização Industrial, com ênfase em estimação de poder de mercado e políticas de combate a carteis.

## 1. Introdução

O combate aos cartéis é uma das atividades prioritárias das agências antitruste ao redor do mundo e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (doravante CADE) no Brasil. Os efeitos nocivos dos cartéis são conhecidos: eles tendem a reduzir a eficiência alocativa se comparado ao cenário competitivo devido ao aumento de preço, divisão de mercado, entre outras formas de ação possível<sup>253</sup>. Assim, os cartéis explícitos (onde há clara e evidente coordenação de esforços, também conhecido como cartéis *hardcore*)<sup>254</sup> são ilegais e representam a mais danosa conduta anticompetitiva.

De acordo com Spagnolo (2008), o cartel pode ser considerado um tipo de crime organizado com três características fundamentais: ele requer a cooperação de dois ou mais agentes; em geral, é uma atividade contínua com várias interações, até mesmo em cartéis em licitações é comum que os membros atuem regularmente em diversas ocasiões; cada membro é informado sobre a atuação ilegal dos demais. Com isto, os cartéis são naturalmente instáveis, seja devido à traição dos demais membros ou devido à ação antitruste.

Os programas de leniência surgiram neste contexto como uma forma das firmas/indivíduos que participam de um cartel poderem delatar a atividade criminal à autoridade antitruste, assumindo a culpa pelo crime e auxiliando na acusação dos demais envolvidos. Ao cumprirem determinados pré-requisitos estabelecidos previamente pela legislação do país/região podem ser beneficiados com anistia de multas e/ou criminais. São ferramentas recentes de combate aos cartéis, visto que o primeiro país a adotar regras pré-definidas que compõem um programa de leniência amplo e bem estabelecido foram os Estados Unidos em 1993<sup>255</sup>. A União Europeia implementou o *European Leniency Program* em 1996 com algumas diferenças em relação ao EUA<sup>256</sup>, e posteriormente diversos países adotaram o programa, incluindo o Brasil no ano 2000<sup>257</sup>.

O Programa de Leniência brasileiro foi instituído por meio da Lei nº 10.149/00. O acordo era feito pela União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e

---

<sup>253</sup> Em termos econômicos os cartéis geram lucros supernormais aos infratores e a perda de peso morto na economia. Além disto, eles diminuem o excedente do consumidor e reduzem os incentivos a vantagens comparativas de mercado, tais como inovações, aumento da produtividade, entre outros.

<sup>254</sup> A definição de colusão tácita como prática ilegal não é consensual na literatura.

<sup>255</sup> Apesar de políticas relacionadas à anistia de penas para membros de cartéis serem observadas de 1978. Para uma maior compreensão do histórico das políticas de leniência e das políticas de delação e confissão, como o *plea-bargaining* e o *whistle-blowers*, ver Motta e Polo (2003).

<sup>256</sup> Ver Spagnolo (2008) para maiores detalhes.

<sup>257</sup> Ver Martinez (2015) e Pinha *et al.* (2016) para maiores informações acerca do Programa de Leniência brasileiro.

julgado pelo CADE. O primeiro acordo de leniência no Brasil foi assinado em 2003 e refere-se ao cartel de vigilantes no Rio Grande do Sul.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) foi reformulado com a Lei nº 12.529/2011, que passou a conter as regras que fundamentam o Programa de Leniência que vigora nos dias de hoje no Brasil. Em adição, a SDE foi extinta, ficando o SBDC a ser liderado pelo CADE. O novo Programa de Leniência brasileiro é semelhante ao anterior, com exceção de três modificações pontuadas por CADE (2016a): o acordo passa a ser feito diretamente com o CADE; o líder do cartel pode ser signatário do acordo de leniência (pela Lei nº 10.149/00 o líder era impedido); o acordo de leniência também garante imunidade criminal.

Apesar de toda a discussão jurídica que permeia as políticas de leniência, do ponto de vista da Ciência Econômica elas visam alterar os incentivos das firmas e das pessoas envolvidas (ou que eventualmente possam se envolver) na infração. Isto está intrinsicamente relacionado à Teoria dos Jogos, campo definido como o estudo das interações estratégicas dos agentes econômicos. Enquanto parte da Ciência Econômica se destina ao estudo de decisões isoladas, como por exemplo uma empresa maximizando o lucro ou um consumidor maximizando sua utilidade em consumir bens e serviços, a Teoria dos Jogos analisa as ações dos agentes considerando as atitudes dos demais agentes, daí a interação estratégica. Esta literatura é antiga e tem sido aprimorada com o tempo, vide os modelos de Cournot e Bertrand ainda no século XIX e os diversos Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel posteriores.

O presente artigo tem como objetivo analisar a literatura econômica relacionada à Teoria dos Jogos e aos programas de leniência, bem como avaliar o cenário brasileiro neste contexto<sup>258</sup>. Dois trabalhos estão proximamente relacionados a este artigo. O primeiro é Leslie (2006), que analisa o *US Corporate Leniency Policy* com base na Teoria dos Jogos, apresentando os conceitos básicos e relacionando com as modificações ocorridas nos Estados Unidos. O segundo é Rufino (2015), que faz algo semelhante para o Programa de Leniência brasileiro. Não obstante a importância dos trabalhos citados para os conceitos básicos e para a área jurídica, o presente artigo se diferencia por analisar mais a fundo e com maior rigor os conceitos econômicos, além de dar um panorama geral dos artigos de Teoria dos Jogos relacionados a este tema. Assim, é possível avaliar o cenário nacional e obter orientações para as políticas do Programa de Leniência brasileiro.

---

<sup>258</sup> O trabalho está mais relacionado ao Programa de Leniência para cartéis de mercado. A literatura de cartéis em licitações é distinta e está ligada a um ramo da Teoria dos Jogos chamado teoria dos leilões.

## 2. Os conceitos principais

É comum representar as interações estratégicas envolvendo acordos colusivos pelo Dilema dos Prisioneiros. Esta é uma situação em que os agentes têm um maior ganho cooperando, porém cada um tem incentivos para trair individualmente. Como resultado, quando todos traem o ganho individual é menor que na situação de cooperação. A Tabela 1 representa este cenário para um acordo de cartel entre duas firmas:

Tabela 1. O jogo do Dilema dos Prisioneiros para duas firmas que formam um cartel.

		Firma 2	
		C	D
Firma 1	C	3,3	1,4
	D	4,1	2,2

A Firma 1 é representada pelas ações (ou estratégias) de cumprir o acordo de cartel (*C*) e trair e delatar a infração para a autoridade antitruste por meio de um acordo de leniência (*D*)<sup>259</sup>, ambos representados na horizontal e pelos primeiros números de cada quadrante, ao passo que a Firma 2 está na vertical e corresponde aos segundos números dos quadrantes. Os números representam o resultado da combinação das ações, conhecidos na literatura como *pay-offs*, portanto se ambas optarem por *C* cada uma ganha 3. A análise do jogo para a Firma 1 é a seguinte: no caso da Firma 2 escolher *C* é melhor para a Firma 1 optar por *D*, já que o *pay-off* ao reportar é 4 (ao invés de 3 se escolher *C*); no caso da Firma 2 optar por *D* também é melhor

<sup>259</sup> O jogo também pode ser analisado comparando as estratégias de cumprir o acordo colusivo ou trair o cartel colocando um preço inferior ao acordado (traição sem envolvimento de leniência). No presente caso, como o objetivo é analisar as políticas de leniência, a ação de “delatar” representa colocar um preço menor e depois denunciar o cartel por meio de um acordo de leniência, por isto o ganho é maior que ao cumprir o acordo.

para a Firma 1 decidir por  $D$ , visto que o *pay-off* será de 2 ao invés de 1. A análise do jogo para a Firma 2 é análoga, porém comparando os segundos *pay-offs* entre as colunas. Como resultado, tem-se que  $(D,D)$  é o equilíbrio de Nash, definido por Fudenberg e Tirole (1991) como o conjunto de estratégias em que a ação de cada jogador é a melhor resposta dada as ações dos demais jogadores<sup>260</sup>. Na situação da Tabela 1 delatar é sempre a melhor resposta, por isso  $(D,D)$  é o equilíbrio de Nash.

Na situação acima a formação de um cartel é injustificável justamente pelo incentivo que cada firma tem para reportar a infração. Todavia, a situação é modificada no caso de um cartel em jogos repetidos. Novos elementos surgem neste contexto: as firmas irão comparar as expectativas dos ganhos em optar por  $C$  ou por  $D$  em cada período (e não somente o ganho corrente); é comum que haja alguma punição quando alguém delata, como a estratégia do gatilho (*grim-trigger strategy*), em que ambas cumprem com o cartel em todo período até que uma traia, resultando na não formação do cartel daí em diante; é comum pressupor que o jogo se repete infinitamente.

No contexto de jogos repetidos o mais importante não é o equilíbrio de Nash do jogo como um todo, mas sim a sequência de ações que constituem o equilíbrio de Nash em cada subjogo. Isto significa que as firmas serão racionais ao tomar a melhor decisão em cada segmento do jogo, o que constitui um “equilíbrio perfeito de subjogos”. Fudenberg e Tirole (1991) explicam da seguinte forma: visto que todo jogo é um subjogo de si mesmo, um equilíbrio perfeito de subjogos é necessariamente um equilíbrio de Nash; se o único subjogo for o jogo inteiro eles coincidem; se o jogo possuir mais subjogos pode haver equilíbrios de Nash que não são equilíbrios perfeito de subjogos.

Conforme ressaltado em Spagnolo (2008), o desenho ótimo de políticas de leniência visa destruir os equilíbrios colusivos, de modo que os cartéis sejam dissuadidos (não se formem) e/ou desestabilizados. A literatura geralmente considera o equilíbrio colusivo como um equilíbrio perfeito de subjogos em que as firmas formam o cartel em todo período e nunca traem, ou seja, o cartel é sustentável<sup>261</sup>. Denote o valor esperado desta sequência de ações por  $V_C$ , a probabilidade do CADE descobrir e punir o cartel por  $\alpha$ , a multa a ser paga por cada firma caso o cartel seja descoberto (sem leniência) por  $F$  e o fator de desconto temporal por  $\delta$ <sup>262</sup>. Suponha ainda que o cartel nunca mais se forme depois de ser descoberto e punido,

---

<sup>260</sup> Ver Fudenberg e Tirole (1991) para uma definição com rigor matemático.

<sup>261</sup> Alguns trabalhos também analisam o equilíbrio perfeito de subjogos em que as empresas fazem o cartel e delatam em todo período, porém este é um cenário pouco realista para o Brasil.

<sup>262</sup> Este é o valor com que as firmas valoram os ganhos futuros em termos presentes. Quanto maior  $\delta$  mais

resultando em competição entre firmas e lucro zero daí em diante (este é o caso de um cartel de produtos homogêneos). O valor esperado de formar o cartel em cada período para cada firma da Tabela 1 é dado por:

$$V_C = 3 - \alpha F + \delta \left[ \alpha \frac{0}{(1-\delta)} + (1 - \alpha)V_C \right] \quad (1)$$

A explicação é a seguinte na ordem da expressão (1): no período presente cada firma ganhará 3 por optar por  $C$  no jogo da Tabela 1; com probabilidade  $\alpha$  o cartel é descoberto e a firma pagará a multa  $F$  no período presente; no período seguinte, se o cartel foi descoberto as firmas irão competir para sempre e ganharão 0 por período daí em diante<sup>263</sup>; se o cartel não foi descoberto (com probabilidade  $(1 - \alpha)$ ) a firma jogará o mesmo jogo novamente, representado por  $V_C$ .

Para ser um equilíbrio perfeito de subjogos o valor esperado de cumprir o cartel ( $V_C$ ) deve ser a melhor escolha em todo período. No caso, deve ser melhor que a ação de delatar o cartel. O valor esperado de trair o acordo e ser o único a delatar é dado por:

$$V_D = 4 - \bar{F} + \delta \left[ \frac{0}{(1-\delta)} \right] \quad (2)$$

Ao assinar o acordo de leniência a firma ganhará 4 no período presente, porém a autoridade antitruste estará com porcento certa da existência do cartel ( $\alpha = 1$ ). Com isto, a firma que reportar pagará a multa  $\bar{F}$  no período presente, de modo que  $0 \leq \bar{F} \leq F$ , isto é, se  $\bar{F} = F$  não há nenhum benefício em delatar (a multa a ser paga é a mesma), se  $0 < \bar{F} < F$  há anistia parcial de multas e se  $\bar{F} = 0$  há imunidade. Considerando ainda a *grim-trigger strategy* as firmas nunca mais formarão o acordo e irão competir em um duopólio para sempre, portanto o lucro zero daí em diante. Note que ambas reportarem não é um equilíbrio perfeito de subjogos justamente pela *grim-trigger strategy*, isto é, não é possível tomar esta ação em todo período.

Com a definição de  $V_C$  e  $V_D$  é possível obter a condição de sustentabilidade do cartel, conhecida na literatura como *incentive compatibility constrain* (doravante ICC). A ICC

paciente é a firma, isto porque ela valoriza mais os ganhos no futuro. Da mesma forma, um baixo valor de  $\delta$  implica que a firma é impaciente, valorizando mais os ganhos correntes.

<sup>263</sup> O termo  $0\delta/(1 - \delta)$  resulta de uma progressão aritmética infinita. No período seguinte a firma ganhará  $\delta 0$  em valor atual, no próximo  $\delta^2 0$ , no próximo  $\delta^3 0$ , e assim por diante. Portanto, o valor total é  $0(\delta + \delta^2 + \delta^3 + \dots)$ , ou  $0\delta(1 + \delta + \delta^2 + \dots)$ . Como  $(1 + \delta + \delta^2 + \dots) = 1/(1 - \delta)$  pela soma de uma progressão aritmética infinita, tem-se  $0\delta/(1 - \delta)$ .

implica que  $V_C \geq V_D$ , ou seja, que o valor esperado de cumprir o acordo de cartel seja maior ou no mínimo igual ao valor esperado de reportar em todo período. Igualando as expressões (1) e (2) e isolando o fator de desconto temporal a seguinte expressão é obtida:

$$\delta \geq \frac{1}{(1-\alpha)} - \frac{(3-\alpha F)}{(1-\alpha)(4-\bar{F})} \quad (3)$$

Este é o limiar que garante a sustentabilidade do cartel. Se  $\delta$  for maior ou igual à expressão da direita em (3) a ICC é satisfeita e o cartel é sustentável, caso contrário é mais vantajoso trair e reportar a infração. Os programas de leniência visam modificar o parâmetro  $\bar{F}$  ao conceder anistia parcial ou imunidade de multas para a firma que assinar o acordo. Nota-se que a expressão do lado direito de (3) aumenta à medida que  $\bar{F}$  decresce, sendo que o valor máximo é obtido quando  $\bar{F} = 0$ . Supondo que há na economia diversos cartéis com distintos valores de  $\delta$ , quando  $\bar{F} = 0$  a ICC é fortalecida e um maior número de cartéis é evitado, dado que menos equilíbrios perfeitos de subjogos serão satisfeitos. Por exemplo, suponha  $\alpha = 0,5$ ,  $F = 1$  e  $\bar{F} = 1$ , de modo que não haja anistia de multa para o assinante do acordo de leniência. O lado direito de (3) será aproximadamente 0,33. Para um cartel em que as firmas tenham um fator de desconto temporal de 0,7 o equilíbrio perfeito de subjogos é satisfeito e o cartel será sustentável. Porém, se a autoridade antitruste concede imunidade ao delator, tal que  $\bar{F} = 0$ , o lado direito de (3) se torna 0,75 e o cartel não é mais sustentável.

Em suma, o panorama acima demonstra que a adoção de um Programa de Leniência altera os incentivos das firmas a formarem cartéis, ao mesmo tempo em que a política ótima para dissuadir e desestabilizar os cartéis é garantir imunidade para a firma que delatar a infração. Este é um cenário simplificado, exposto apenas para uma compreensão adequada dos conceitos básicos da literatura econômica do tema. Os artigos relacionados, em geral, utilizam os conceitos supracitados, porém com modificações de acordo com o objeto de análise e o tema de interesse, como por exemplo analisar as consequências da recompensa financeira por reportar, se é uma política ótima fornecer leniência apenas para o primeiro a reportar, se é ótimo fornecer imunidade de multas mesmo após a autoridade antitruste estar investigando o caso, entre outros temas.

### 3. A literatura de leniência relacionada à Teoria dos Jogos

A literatura relacionada ao tema é vasta e tem aumentado com o passar dos anos. Na presente seção são apresentadas as principais contribuições que podem ser úteis para compreender e orientar o Programa de Leniência brasileiro<sup>264</sup>.

O trabalho seminal é Motta e Polo (2003). Por meio da modelagem de jogos repetidos infinitamente os autores ressaltam que o Programa de Leniência tem dois efeitos principais: ele é benéfico ao *enforcement* de combate aos cartéis, principalmente se for considerado que a autoridade antitruste tem uma restrição orçamentária e deve buscar obter melhores resultados a menores custos; por outro lado, ele reduz o custo esperado de formar um cartel por diminuir as multas para quem assinar o acordo. Os autores concluem que o efeito benéfico é dominante quando a autoridade antitruste tem recursos limitados, por isso é desejável que a legislação antitruste do país tenha um Programa de Leniência em voga. Isto não é verdade quando a autoridade tem recursos à vontade para investigar e punir sem a necessidade de leniência, porém este não é o cenário de praticamente nenhuma agência antitruste no mundo. Em adição, eles concluem que é desejável que os benefícios possam ser concedidos mesmo quando o acordo for assinado após o início das investigações.

Uma importante contribuição foi realizada em Spagnolo (2005). Inicialmente, o autor analisa um cenário em que as multas recolhidas dos demais membros do cartel são entregues ao assinante do acordo como uma espécie de recompensa. Este é denominado de *corageous leniency*, porém é um cenário irreal, não praticado em nenhum país que se tenha notícia. A parte mais interessante do trabalho se refere ao caso de anistia parcial e/ou imunidade de multas, mais comum nos países e denominado de *moderate leniency*. O autor desenvolve o conceito de “risco” (*riskyness*), ressaltando que um programa de leniência eleva a desconfiança interna do cartel e aumenta o risco de ser traído, o que é uma fonte importante de dissuasão. Além disto, a política ótima é obtida quando a leniência é garantida apenas ao primeiro que reportar, elevando ao máximo o medo da traição.

Uma abordagem distinta foi realizada em Houba, Motchenkova e Wen (2015). Ao invés de considerar a formação do cartel como uma decisão binária (formar ou não formar), os autores analisam o cartel como um monopólio que pode ser sustentado em diferentes níveis de preços. Para os propósitos do presente trabalho, o resultado mais interessante é de que a política ótima é fornecer imunidade ao delator mesmo após a autoridade antitruste estar

---

<sup>264</sup> Em alguns casos mais de um trabalho recomenda a mesma política, enquanto em outros casos os artigos não chegam a uma conclusão clara de política e/ou analisam casos específicos. Buscou-se apresentar os trabalhos com sugestões claras, que possam ser analisadas no contexto da legislação brasileira. Para uma revisão completa da literatura ver Spagnolo e Marvão (2016).



investigando o caso.

Enquanto os trabalhos supracitados estão mais relacionados às políticas de leniência para firmas, Aubert *et al.* (2006) exploram também a questão das recompensas para o indivíduo que reportar o cartel. Os autores afirmam que uma forma de tornar o cartel menos rentável é oferecer uma recompensa ao delator, seja uma empresa ou um funcionário. No caso do delator ser um funcionário a firma teria que suborná-lo para que o sigilo se mantivesse, o que reduz o lucro da empresa e desestabiliza o cartel.

A leniência *plus* é uma política recente adotada pelos Estados Unidos (e também no Brasil) que visa incentivar as firmas que fazem parte de um cartel a reportar outro cartel do qual também fazem parte. Lefouili e Roux (2012) analisam a leniência *plus* por meio da Teoria dos Jogos e ressaltam o contexto dos carteis multimercados, isto é, quando as mesmas firmas são membros de carteis em distintos mercados. Os autores concluem que as autoridades antitruste devem ser cautelosas ao combinar políticas de combate aos carteis, visto que efeitos pró-colusivos podem surgir. Em particular, a introdução da leniência *plus* gera efeitos positivos e negativos dependendo do contexto analisado, por isto o trabalho não recomenda claramente a implementação desta política.

Uma das discussões mais recentes sobre os programas de leniência é a interface entre o *enforcement* público e privado. No caso, o *enforcement* público é a ação da autoridade antitruste (investigação, políticas de leniência, grau de severidade das multas, e etc), enquanto o *enforcement* privado são as ações judiciais de reparação de danos. Em muitas jurisdições as vítimas de cartel podem requerer judicialmente uma reparação por danos, sejam elas consumidores, fornecedores, e até mesmo instâncias do governo que se sentiram lesadas por carteis de mercado ou carteis em licitações. Em Buccirosi, Marvão e Spagnolo (2015) os autores analisam esta interação e concluem: o *enforcement* privado é mais eficaz na prevenção de carteis quando a responsabilidade pelos danos ao delator é zero, isto é, quando há imunidade com relação aos danos. Neste cenário, também é eficiente disponibilizar ao máximo as informações para que as vítimas possam processar o cartel. A análise demonstra que esta proposta é mais eficaz que as políticas atuais nos Estados Unidos, União Europeia e também na Hungria, onde a o assinante do acordo pode ser solicitado a reparar os danos somente se o montante não puder ser recolhido dos demais membros do cartel.

#### **4. O contexto brasileiro**

A presente seção visa abordar os aspectos do Programa de Leniência brasileiro com base nas indicações da literatura apresentada anteriormente. O intuito é verificar se o programa se adequa às principais recomendações, além de comparar com outras jurisdições. A Tabela 1 a seguir sumariza as recomendações:

Tabela 1. Artigos, recomendações e a adequação do Programa de Leniência brasileiro

<b>Artigo</b>	<b>Recomendação</b>	<b>Corresponde à situação brasileira?</b>
Motta e Polo (2003)	Benefícios mesmo após o início das investigações	Sim
Spagnolo (2005)	Benefícios restritos ao primeiro que assinar o acordo	Sim
Houba, Motchenkova e Wen (2015)	Imunidade garantida ao delator mesmo após o início das investigações	Não
Aubert <i>et al.</i> (2006)	Recompensas ao indivíduo que reportar o cartel	Não
Lefouili e Roux (2012)	Prós e contras da leniência <i>plus</i> . Recomendação inconclusiva.	Sim (há a leniência <i>plus</i> )
Buccirossi, Marvão e Spagnolo (2015)	Imunidade ao delator com relação aos danos causados e divulgação total das informações para as partes lesadas	Não

Com relação à recomendação de Motta e Polo (2003), a Lei nº 12.529/2011 define que a imunidade total das penas administrativas para empresas e indivíduos é obtida quando o CADE não tiver ciência da infração. Se a investigação já estiver em curso as penas podem ser reduzidas de um a dois terços, dependendo da boa-fé do infrator. Há, desta forma, benefícios

ao delator mesmo após o início das investigações. Nos Estados Unidos, de acordo com o documento oficial do *Antitrust Division*, subordinado ao Departamento de Justiça norte americano<sup>265</sup>, os pré-requisitos e os possíveis benefícios também variam no caso da investigação já ter sido iniciada ou não. Em caso positivo o delator ainda poderá obter total leniência se: for a primeira que se qualificar para o acordo de leniência; no momento do acordo a *Antitrust Division* não tem informação suficiente para acusar a corporação; for considerado que a anistia não é injusta com os demais (isto inclui a firma ser a líder, ou seja, não é possível que o líder do cartel seja signatário do acordo). Na União Europeia, segundo o documento oficial do *European leniency program*, elaborado pelo *European Competition Network*<sup>266</sup>, há duas possibilidades da firma obter leniência: a primeira refere-se à imunidade total de multas e exige que a firma seja a primeira a ser qualificar, além do fato da autoridade antitruste não ter possuído informações suficientes para condenar o cartel; a segunda refere-se à possibilidade de obter leniência parcial e exige que a firma forneça evidências valorosas para a autoridade antitruste, complementando as informações já obtidas. Nota-se, portanto, que a sugestão de Motta e Polo (2003) é atendida nas três jurisdições.

A sugestão de Spagnolo (2005) também é atendida no Brasil. Conforme já mencionado, o Programa de Leniência brasileiro foi inspirado no programa norte americano, conhecido pela abordagem *winner takes all* nas palavras de Martinez (2015). Somente o primeiro a assinar o acordo obtém os benefícios. É comum no Brasil que após uma delação pelo Programa de Leniência que os demais membros do cartel assinem um Termo de Compromisso de Cessação (TCC), no qual admitem a culpa pelo ilícito e recebem uma redução das possíveis multas<sup>267</sup>. Isto poderia ser encarado como uma leniência para os demais membros, porém são políticas distintas com objetivos diferentes. Supõe-se que o Programa de Leniência está mais relacionado com a dissuasão e desestabilização de carteis, além de incentivar os membros a reportarem um cartel do qual o CADE ainda não tem conhecimento. Por outro lado, o TCC está mais ligado à redução dos custos e do tempo de investigação, visto que normalmente as firmas só assinam TCCs após o CADE já estar investigando o caso. Ao contrário do Brasil e dos Estados Unidos, na União Europeia o grau de leniência varia se a firma é a primeira, segunda, terceira, e assim por diante a qualificar-se para o acordo. A primeira firma a assinar o acordo de leniência pode obter imunidade total no caso da autoridade não saber do caso ou de 30% a 50% de redução de multa, a segunda de 20% a 30%

---

<sup>265</sup> Disponível em <http://www.justice.gov/atr/corporate-lenieny-policy>.

<sup>266</sup> Disponível em [http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp\\_revised\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf).

<sup>267</sup> Para maiores detalhes, ver CADE (2016b).

e as demais até 20% de redução. Nota-se, portanto, que a sugestão de Spagnolo (2005) é atendida no Brasil e nos Estados Unidos e não é atendida na União Europeia.

A próxima recomendação é a de Houba, Motchenkova e Wen (2015). Conforme mencionado, se a investigação já estiver em curso pelo CADE as penas podem ser reduzidas de um a dois terços, dependendo da boa-fé do infrator. Desta forma, não há imunidade automática. No Estados Unidos há a total imunidade mesmo após a investigação ter sido iniciada (se a firma se qualificar conforme citado anteriormente), enquanto na União Europeia é possível obter apenas a leniência parcial. A sugestão, portanto, só é atendida nos Estados Unidos.

Já a recomendação de Aubert *et al.* (2006) não é atendida em nenhuma jurisdição que se tem notícia, nem para pessoas físicas nem para firmas. De acordo com Sullivan *et al.* (2011), o Reino Unido, a Coreia do Sul e a Hungria possuem regras que visam recompensar indivíduos que reportarem um cartel, porém estas são destinadas a terceiros, isto é, não são válidas para participantes do acordo colusivo. Como ressaltado por Spagnolo (2005), uma possível recompensa financeira ao delator é uma ação vista como imoral, já que o mesmo estaria sendo beneficiado por ter praticado uma infração. Do ponto de vista moral e jurídico esta é uma discussão que foge do escopo do presente trabalho, porém do ponto de vista dos incentivos econômicos Aubert *et al.* (2006) sugerem a adoção da recompensa ao delator como forma de desestabilizar o cartel.

Com relação ao tema abordado em Lefouili e Roux (2012) a Lei nº 12.529/2011 define os critérios para a leniência *plus* no Brasil. O Parágrafo 7º do Art. 86 afirma: “a empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o CADE não tenha qualquer conhecimento prévio”. Já o Parágrafo 8º do mesmo artigo define: “o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada”. Os autores ressaltam os pontos positivos e negativos relacionados à esta política e não chegam a recomendá-la de fato, porém como ela também é adotada nos Estados Unidos e na União Europeia supõe-se que seja adequado ter uma política deste tipo em voga.

Por fim, a sugestão de Buccirosi, Marvão e Spagnolo (2015) também não é aplicada em nenhum lugar que se tenha notícia. Segundo Cauffman (2011), nos Estados Unidos as

empresas podem ser responsabilizadas pelos danos triplicados, além de serem solidariamente responsáveis pelo dano do cartel inteiro. Com o acordo de leniência o *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* de 2004 limita a responsabilidade do delator aos danos simples e atribuíveis apenas às próprias ações, enquanto os demais membros poderão ser requisitados a cobrir os danos adicionais. Além disto, as partes lesadas podem requisitar qualquer informação que julgarem relevante para o processo. Na União Europeia os critérios estão presentes em European Commission (2014): o assinante do acordo de leniência é solidariamente responsável pelos danos causados diretamente e indiretamente aos compradores e fornecedores; somente poderá ser responsável pelos danos aos demais agentes lesados se a total compensação não puder ser obtida das demais firmas do cartel. Além disto, a divulgação de informações acerca das provas obtidas com o acordo de leniência não é permitida. No Brasil ainda não há nenhuma política específica neste sentido, apesar de algumas sugestões estarem em curso. A tendência é permitir que o delator seja responsabilizado apenas pelos danos que ele mesmo causou, ao mesmo tempo em que as informações para as partes lesadas possam ser divulgadas com mais facilidade, desde que não prejudiquem as investigações. Nota-se, portanto, que a recomendação de Buccirosi, Marvão e Spagnolo (2015) não é atendida em nenhuma das três jurisdições. O mais próximo disto é na Hungria, onde o beneficiário da leniência tem imunidade com relação aos danos, ao menos que o montante total não possa ser cobrado das demais firmas.

Com base na Tabela 1 é possível notar que nas duas primeiras recomendações o cenário no Brasil é adequado às sugestões e está de acordo com o *US Corporate Leniency Program*. Com relação à terceira uma modificação é sugerida: garantir imunidade ao assinante do acordo de leniência mesmo após o início das investigações. A quarta recomendação é inconclusiva e a terceira e a quinta são debates recentes. Ainda há bastante discussão acerca de recompensas para infratores e responsabilidade pelos danos do cartel, sendo estes importantes temas a serem discutidos nas políticas antitruste atuais e para o futuro.

## 5. Conclusões

As políticas de leniência estão intrinsecamente ligadas aos incentivos dos agentes a formarem cartéis. Pela ótica da Teoria dos Jogos a ideia é dissuadir e/ou desestabilizar os acordos colusivos por meio da redução da punição do delator. Neste contexto, o presente

artigo teve como objetivo analisar a literatura econômica relacionada à Teoria dos Jogos e aos programas de leniência, bem como avaliar o cenário brasileiro neste contexto.

É possível notar que o Programa de Leniência brasileiro é adequado às recomendações da literatura analisada no que concerne os assuntos mais antigos e já pouco discutidos atualmente, tais como o benefício somente ao primeiro delator e possíveis benefícios mesmo após o CADE estar investigando o caso. A única mudança sugerida de fato é a garantia à imunidade no segundo caso. Sobre a recompensa ao delator e a responsabilidade pelos danos, apesar da não adequação à literatura não é possível dizer que o Programa de Leniência brasileiro seja atrasado, visto que são discussões recentes e até mesmo as jurisdições mais tradicionais em *enforcement* antitruste ainda não têm uma posição definitiva.

Cabe aos profissionais e acadêmicos no Brasil estarem atentos aos debates atuais, analisando as tendências mundiais para que a legislação no país seja aprimorada. Em adição aos temas citados, problemas intrinsecamente nacionais também devem ser debatidos, visto que podem estar prejudicando a aplicação da legislação de Defesa da Concorrência e do Programa de Leniência brasileiro. Como exemplo, tem-se a morosidade do sistema judiciário brasileiro, o fato do Brasil ser um país em desenvolvimento e por consequência não ter como prioridade o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, além de outros temas relevantes.

## 6. Referências Bibliográficas

AUBERT, C.; REY, P.; KOVACIC, W. E. The Impact of Leniency and Whistle Blowing Programs on Cartels. *International Journal of Industrial Organization*. V. 24, Nº 6 , p. 1241-1266. 2006.

BUCCIROSSI, P.; MARVÃO, C.; SPAGNOLO, G. 2015. Leniency and Damages. CEPR Discussion Paper No. DP10682. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2624637>. Acesso em 01 de setembro de 2017.

CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). 2016a. Guia – Programa de Leniência Antitruste do CADE. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf). Acesso em: 10 de setembro de 2017.

CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). 2016b. Guia – Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf). Acesso em: 10 de setembro de 2017.

CAUFFMAN, C. The Interrelationship between Leniency and Damages Actions. *Competition Law Review*. P. 181-220. 2011.

EUROPEAN COMMISSION. 2014. Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the member states and of the European Union. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>. Acesso em 02 de setembro de 2017.

FUDENBERG, D.; TIROLE, J. Game Theory. Cambridge, MA: MIT Press; 1991. 604 p.

HOUBA, H.; MOTCHENKOVA, E.; WEN, Q. The Effects of Leniency on Cartel Pricing. *The BE Journal of Theoretical Economics*, 15(2), 351-389. 2015.

LEFOUILI, Y.; ROUX, C. Leniency programs for multimarket firms: The effect of Amnesty Plus on cartel formation. *International Journal of Industrial Organization*, V. 30, Nº 6, p. 624-660. 2012.

LESLIE, C. R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *Journal of Corporation Law*, vol. 31, p. 453-488, 2006.

MARTINEZ, A. P. Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience. *Journal of European Law and Practice*. V. 6, Nº 4, p. 260-267. 2015.

MOTTA, M. ; POLO, M. Leniency Programs and Cartel Prosecution. *International Journal of Industrial Organization*. V. 21, Nº 3, p. 347-379. 2003.

PINHA, L. C.; BRAGA, M. J.; CORREIA, G. A. S. A efetividade dos programas de leniência

e o contexto brasileiro. *Revista de Defesa da Concorrência*, v.4, n.1, p. 133-152. 2016.

RUFINO, V. S. Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 1, n. 1, p. 47-64. 2015.

SPAGNOLO, G. Divide et impera: Optimal leniency programmes, CEPR Discussion Papers nº 4840. 2005.

SPAGNOLO, G. Leniency and Whistleblowers In Antitrust. In: BUCCIROSSI, P (ed). *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press. 2008. p. 259-304.

SPAGNOLO, G.; MARVÃO, C. 2016. Cartels and Leniency: Taking Stock of What We Learnt. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2850498> . Acesso em 01 de setembro de 2017.

SULLIVAN, K. R.; BALL, K.; KLEBOLT, S. 2011. The Potential Impact of Adding a Whistleblower Rewards Provision to ACPERA. The Antitrust Source. Disponível em: [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust\\_source/oct11\\_sullivan\\_10\\_24f.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/oct11_sullivan_10_24f.authcheckdam.pdf) . Acesso em 02 de setembro de 2017.



## Grupos de compras: cooperação ou colusão?

Carolina Saito<sup>268</sup>

Zack Douer<sup>269</sup>

### RESUMO

O presente artigo busca esclarecer a diferenciação entre acordos lícitos que formam grupos de compra e cartéis de compra. Os grupos de compra têm como objeto primário a união de concorrentes para negociar conjuntamente a compra de insumos e outras condições de contratação, algo que se aproxima da definição tradicional de cartel, especialmente dos cartéis de compra. Ainda que tenha fins legítimos, o grupo de compras pode acarretar a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre concorrentes, facilitando ou possibilitando a colusão entre as partes, bem como prejudicar o mercado *upstream* e os demais concorrentes que não são parte do acordo. Com base em doutrina especializada e na experiência de outros países, apresentamos as principais variáveis que devem ser consideradas quando da análise de um grupo de compra pelo CADE, para verificar se há um acordo lícito ou um cartel de compra.

Palavras-chave: Grupos de Compra; Acordos de Cooperação; Colusão; *Joint Venture*; Cartel; Análise *Per se*.

### ABSTRACT

This article aims to clarify the differentiation between licit agreements that form buying groups and buyers' cartels. Buying groups have as their primary object the union of competitors to jointly negotiate the purchase of inputs and other conditions, something that approaches the traditional definition of cartel, especially of buyers' cartels. Even if it is for legitimate purposes, the buying group may entail the exchange of competitively sensitive information among competitors, facilitating or enabling collusion, as well as harming the upstream market and other competitors that are not party to the agreement. Based on specialized doctrine and experience from other countries, we present the main variables that should be considered by CADE when analyzing a buying group, in order to check if it is a licit agreement or a buyers' cartel.

Keywords: Buying groups; cooperation agreements; collusion; joint venture; *Per se* analysis.

Código de classificação JEL: K12, K21, K42, L24, L41

---

<sup>268</sup> Chefe de Assessoria do Tribunal do CADE - Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Advogada em Direito Concorrencial e Anticorrupção em Grinberg e Cordovil Advogados (2011-2017). Mestra em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2014-2016). Especialista em Direito da Concorrência pela Fundação Getulio Vargas de São Paulo (2011-2013). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006-2010).

<sup>269</sup> Graduado em Direito pela Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP), atualmente é Fellow no Menachem Begin Center, em Israel.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. *Caveat emptor*: mapa das indefinições, perigos e controvérsias 2.1. Um por todos, todos por um? A composição dos *buying groups*. 2.2. Um velho novo desafio antitruste. 2.3 Panorama jurisprudencial: incertezas, discussões e possibilidades. 3. As variáveis em jogo. 3.1. Estrutura: embate entre poder de compra e poder compensatório. 3.2. Problemas no paraíso: efeitos no mercado *upstream*. 3.3. Jogo desleal: aumentando os custos dos rivais. 3.4. Facilitação à colusão: o mercado *downstream*. 3.5. Eficiências: juntos vamos mais longe? 4. Fragmentos de um problema maior: algumas considerações finais (iniciais?) 5. Bibliografia.

## 1. Introdução

A célebre frase de Adam Smith, verdadeiro mantra da defesa da concorrência<sup>270</sup>, captura de forma ímpar a suspeita que surge quando se está diante de acordos de cooperação entre concorrentes<sup>271</sup>: “Pessoas no mesmo ramo comercial raramente se encontram, ainda que seja meramente para entretenimento e diversão, sem que a conversa termine em uma conspiração contra o povo ou em algum tipo de acordo para aumentar os preços<sup>272</sup>”.

No entanto, não se pode considerar essa frase como uma presunção absoluta. Há acordos entre concorrentes que não têm por objeto a restrição da concorrência, ou podem gerar efeitos de restringi-la, mas são, na verdade, uma forma lícita de cooperação. Tais acordos podem, inclusive, resultar em eficiências ao mercado, ao reforçar o ambiente concorrencial por meio da criação de um agente mais forte, bem como criar benefícios aos consumidores, ao aumentar as opções de produtos e serviços, além de criar condições mais favoráveis de contratação<sup>273</sup>.

Uma situação comum de associação lícita entre concorrentes é a formação de grupos de compra, também denominados *buying groups*. Empresas que utilizam insumos comuns têm incentivos para se associar com o fim de adquirir conjuntamente os produtos<sup>274</sup>. Por meio desse arranjo cooperativo, as empresas veem seu poder de compra aumentado e conseguem

---

<sup>270</sup> Nesse sentido, por exemplo, SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - SDE. Combate a cartéis em sindicatos e associações: como atuar em conformidade com a Lei de Defesa da Concorrência. 2009.

<sup>271</sup> Sobre o tema, recomenda-se a leitura de HENZLER, Herbert A. Alliances in Europe: Collusion or Cooperation. BLEEKE, Joel; ERNST, David. Collaborating to compete: using strategic alliances and acquisitions in the global marketplace. McKinsey and Company, 1993.

<sup>272</sup> SMITH, Adam. A riqueza das nações. V.1. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1988.

<sup>273</sup> HENZLER, Herbert A. Obra citada, pág. 268.

<sup>274</sup> CORDOVIL, L. Buying Group ou grupos de compra: a análise das experiências norte-americana e brasileira. In.: MENDONÇA, E.C; GOMES, F.L; MENDONÇA, R.P.A. Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira. Ed. Migalhas, 2015.

obter insumos a preços menores, bem como podem vir a negociar condições mais favoráveis.

Dentre as várias espécies de cooperação entre concorrentes, o tema do acordo de compra é de suma relevância, não só por ser frequentemente discutido, mas também por ser paradigmático em demonstrar tanto que a cooperação entre concorrentes pode gerar eficiências, quanto diversos riscos e preocupações concorrenciais<sup>275</sup>, em especial por sua similitude com cartéis de compra<sup>276</sup>.

Além disso, ainda que tenha fins legítimos, o acordo de compra pode acarretar a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre competidores diretos, facilitando ou possibilitando a colusão entre os agentes, ou ainda prejudicar tanto o mercado *upstream* quanto os demais concorrentes que não são parte do acordo. Assim, os acordos de compra são bastante controversos no que tange à diferenciação entre cooperação lícita e colusão.

A escolha do presente trabalho pela análise específica dos grupos de compra se deve ao fato de que, na prática, há enorme penumbra no que tange à diferenciação entre acordos lícitos e cartéis de compra. A histórica jurisprudência estadunidense teria trilhado um entendimento de que os grupos de compra devem apresentar uma série de eficiências para serem considerados lícitos<sup>277</sup>, o que exigiria uma análise da autoridade antitruste pela regra da razão. A mera obtenção de maiores descontos, ou aumento do poder de compra dos seus membros, não são considerados argumentos suficientes para justificar a existência de tais grupos. Nesse sentido, acordos de compra legítimos envolveriam algum grau de integração entre as funções de preços, com o objetivo de trazerem maior eficiência<sup>278</sup>.

No Brasil, pode-se dizer que a situação foi diferente: o Direito Concorrencial surge de modo efetivo apenas em 1994, em um contexto no qual o controle de preços, tanto por parte do governo quanto pela atuação concertada entre concorrentes, era prática corriqueira<sup>279</sup>. Nesse contexto, a função primordial do direito concorrencial era difundir o ideal de que práticas anticompetitivas são prejudiciais para a sociedade e seriam severamente punidas. A falta de conhecimento e de crença nas regras de livre mercado justificavam uma abordagem mais rigorosa e inflexível na análise de eventuais acordos entre concorrentes, já que havia a

---

<sup>275</sup> ATHAYDE, Amanda. Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica. São Paulo: Singular, 2017, pág. 173.

<sup>276</sup> “A buyers’ cartel focuses on the input side of the market rather than the output. The objective of such a group is to eliminate competition in some aspect of their input purchases in order to reduce the prices associated with such purchases or otherwise control supplier conduct (...) buyer cartels can use their power directly to lower prices paid by the participants, and/or they can use the power to regulate aspects of competition in the downstream markets”. CARTENSEN, Peter. Buyer Cartels v. Buying groups: legal distinctions, competitive realities and antitrust policy. *Willian Mary Business Law Review*, v. 1, I. 1, February 2010, pág. 11.

<sup>277</sup> CARTENSEN, Peter. Obra citada.

<sup>278</sup> DAVIDOW, Joel. Antitrust Foreign Policy and International Buying Cooperation. *Yale Law Journal*, n. 84, 268, 1974.

<sup>279</sup> GICO, Ivo T. Cartel: Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Ed. Lex, 2012.

necessidade de emitir um sinal suficientemente claro aos empresários país afora.

Atualmente, vale indagar: estaria o cenário brasileiro amadurecido o suficiente para que se possa introduzir discussões mais sofisticadas acerca do conceito e delimitação da (i)licitude dos acordos de compra entre concorrentes? Parece-nos que sim, sob pena de perder todas as eficiências ocasionadas pela cooperação entre concorrentes. Furquim e Almeida<sup>280</sup> esclarecem que não há novidade quanto ao conflito entre cooperação e concorrência e que, inclusive, foi em torno desses conflitos que o direito antitruste se consolidou. E concluem:

“(...) aplicar a defesa da concorrência, sem maiores qualificações, para impedir a organização de fornecedores de serviços por meio de associações ou cooperativas – sem dúvida, formas de coordenação horizontal – é contradizer o princípio que deu origem e justifica a própria existência do sistema de defesa da concorrência”.<sup>281</sup>

A partir desse diagnóstico, o presente artigo se propõe a analisar o tratamento conferido ao tema da cooperação entre concorrentes, utilizando como referencial de pesquisa um tipo específico de acordo, os chamados *buying groups*, ou grupos de compra coletiva. O objetivo desse trabalho, portanto, longe de esgotar a discussão sobre esse assunto de grande complexidade, é apresentar de forma crítica as principais questões que deveriam ser abordadas por uma autoridade de defesa da concorrência quando da análise desses acordos, principalmente para diferenciar as cooperações lícitas de colusão<sup>282</sup>.

Para tanto, além da presente introdução, o trabalho estruturar-se-á em outras três partes: **o segundo capítulo** se propõe a apresentar mais a fundo as estruturas, justificativas e possíveis problemáticas advindas dos acordos de compra; **no terceiro capítulo** pretende-se analisar as principais variáveis concorrenciais em jogo quando da análise de acordos de compra, em especial no que diz respeito aos efeitos da prática nos mercados relacionados e possíveis eficiências; **no quarto capítulo**, por fim, são apresentadas as conclusões sobre o tema.

---

<sup>280</sup> AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Silvia Fagá. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência. Disponível em <<http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A175.pdf>>, acesso 18/01/2018.

<sup>281</sup> AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Silvia Fagá. Obra citada.

<sup>282</sup> Vale notar, nesse ponto, que o presente trabalho adota como conceito de colusão aquele apresentado por Motta, segundo o qual a colusão é uma situação de mercado na qual os preços de uma empresa estão objetivamente maiores do que um benchmark competitivo, ou seja, a situação na qual se encontra a empresa está a permitir a imposição de preços e outras condições supra-competitivas. Cf. MOTTA, Massimo. Competition Policy: Theory and Practice. EUA: Ed. Cambridge Press, 2009, pág. 138.

## **2. *Caveat emptor*: mapa das indefinições, perigos e controvérsias em torno dos grupos de compra**

A análise crítica sobre a posição do CADE quando da análise de grupos de compra exige, em um primeiro momento, empreender algum esforço a fim de identificar e conceituar as estruturas, justificativas e possíveis problemáticas advindas desses acordos.

O objetivo central dessa seção não é o de esgotar a análise do tema, o que exigiria um longo trabalho de enfrentamento das mais diversas questões e problemáticas, mas sim o de estabelecer um panorama que permitirá analisar com maior propriedade as problemáticas e desafios a serem enfrentados quando da análise de grupos de compra. Afinal, como será demonstrado, trata-se de prática que, ainda que provida de importância histórica e econômica, continua sendo intensamente discutida pelas autoridades de diversos países.

### **2.1. Um por todos, todos por um? A composição dos *buying groups***

Os grupos de compra, tipicamente, têm por objetivo utilizar o poder combinado de seus participantes para obter vantagens que não conseguiriam individualmente. Em outras palavras, os agentes buscam aumentar seu poder de compra para obter melhores condições contratuais, melhorias em qualidade e na gestão da cadeia de suprimentos, bem como criar incentivos para que o fornecedor apresente atendimento mais célere e atencioso às demandas do grupo<sup>283</sup>.

Apesar desse objetivo comum, não há apenas uma composição para grupos de compra. Diversas diferenças podem se fazer presentes, a depender do que for acordado pelas empresas<sup>284</sup>. As principais diferenças são verificadas quanto ao objeto da compra conjunta, aos participantes do grupo, à sua estrutura, suas regras, bem como à forma de atividade do grupo.

Em termos de objeto, o grupo pode ser estabelecido para: (i) a compra conjunta de componentes que integram o produto final; (ii) a contratação de serviços em geral; ou tão somente para (iii) a compra de produtos ou serviços não relacionados diretamente ao produto final (custos indiretos)<sup>285</sup>. Pode-se também pensar em (iv) grupos de compra que centralizem todas essas compras, ainda que para produtos claramente heterogêneos<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> RBB ECONOMICS. Office of Fair Trading (OFT): The competitive effects of buyer groups. Disponível em <<http://www.rbbecon.com/downloads/2012/12/oft863.pdf>>, acesso 19/01/2018.

<sup>284</sup> MCFALLS, Michael S. The role and assessment of classical market power in joint venture analysis. *Antitrust Law Journal*, vol. 66, no. 3.

<sup>285</sup> CORDOVIL. Leonor. Obra citada.

<sup>286</sup> É o caso das plataformas B2B, por exemplo, prática já analisada pelo CADE.

Quanto aos participantes, o grupo pode ser composto por: (i) empresas concorrentes no produto ou serviço final; (ii) não diretamente concorrentes; ou (iii) por empresas verticalmente relacionadas. Importante esclarecer que, para a análise das relações entre os participantes, considera-se o produto ou serviço oferecido pelas empresas e não aquele que será adquirido pelo grupo, já que, nesse caso, independentemente dos participantes, sempre haverá uma relação de concorrência no mercado de compra do produto ou serviço.

No que diz respeito à estrutura, o grupo pode ser formado por meio de: (i) constituição de nova empresa, na qual um ente separado atua de forma independente das empresas participantes; (ii) contrato simples entre os participantes do acordo, sem constituição de nova pessoa jurídica; ou (iii) cooperativas e associações.

Quanto às regras, pode haver: (i) grupos com estrutura aberta e receptiva para o ingresso de novas empresas; (ii) grupos com regras mais estritas para o ingresso de outras empresas<sup>287</sup>; até (iii) grupos em que a participação de novas empresas é proibida. Ainda, pode haver (iv) uma diferença quanto ao tratamento conferido a cada empresa dentro do grupo, ou seja, se há tratamento simétrico ou assimétrico entre os mais diversos participantes<sup>288</sup>.

Por fim, quando se analisa as formas de atividade dos grupos, verifica-se, principalmente, a existência de grupos ativos e passivos<sup>289</sup>. No formato passivo, o grupo de compras atua meramente como uma fonte de centralização das informações, disponibilizando aos membros uma espécie de catálogo com as ofertas de fornecedores, já que as empresas se unem para meramente aproveitar descontos por volume que já eram concedidos pelo fornecedor como prática padrão. De outro lado, o grupo pode negociar ativamente, de forma a tentar extrair, por meio do poder de compra adquirido, melhores condições de um fornecedor que antes se sobrepunha, em termos de poder de mercado, a cada um dos compradores individualmente.

Percebe-se, do que exposto, que os *buying groups*, ainda que se caracterizem por um objetivo comum, podem apresentar diferenças entre si, o que pode impactar a análise concorrencial. Mais do que isso, há indefinição na própria definição de grupos de compra, o que explica a indefinição que também se verifica na análise doutrinária e econômica do tema.

## 2.2. Um velho novo desafio antitruste

---

<sup>287</sup> Por exemplo, por meio da obrigação de aquisição de quantidade mínima de insumos.

<sup>288</sup> Um exemplo clássico é conferir tratamento distinto e privilegiado a empresas de maior porte e que contribuam com maior volume de compras individual, como apresentado em RBB ECONOMICS. Obra citada.

<sup>289</sup> EZRACHI, Ariel. *Buying Alliances and Input price fixing: in search of a European enforcement standard*. *Journal of Competition Law and Economics*, 8 (1), 2012.

Conforme aponta Goldberg<sup>290</sup>, o problema de qual tratamento jurídico outorgar à barganha coletiva é muito antigo, mais antigo do que o próprio direito antitruste. A aplicação mais basilar do conceito de que uma associação de fornecedores poderia incrementar o poder de barganha perante compradores se concretiza na figura dos sindicatos, que surgem como resposta às precárias condições de trabalho impostas por grandes corporações na Revolução Industrial<sup>291</sup>.

Galbraith, um dos primeiros defensores dos acordos de compra, escreve que a concentração econômica entre compradores de bens intermediários surge como resposta ao poder de mercado historicamente exercido pelos ofertantes, que se tornava cada vez mais abusivo. Assim, esse tipo de aliança, bem como a formação do poder de compra de um modo geral, surgiria como resposta a um poder de mercado original, atuando em direção inversa, portanto, ao poder exercido pelo fornecedor, que ficou conhecida como uma terceira via, além da concorrência e da regulação, para contraposição a um exercício de poder de mercado<sup>292</sup>.

A própria história de aprovação e disseminação das leis antitruste é a história de movimentos contrários e compensatórios às grandes concentrações na indústria<sup>293</sup>. Assim, a concentração cada vez maior em setores como varejo, saúde e agricultura, fizeram com que casos envolvendo barganha coletiva surgissem mundialmente nos mais diversos mercados, algumas situações contando até mesmo com amparo legal<sup>294</sup>.

A realidade econômica está repleta de exemplos que demonstram ser intuitiva a conclusão de que, quanto maior a quantidade comprada por dado consumidor, menores os preços e melhores as condições ofertadas. Nesse sentido, percebe-se a proliferação de diversos arranjos coletivos, que vão desde cooperativas agrícolas tradicionais até figuras como franquias empresariais e plataformas de grupos de compra na internet voltadas a consumidores finais<sup>295</sup>.

---

<sup>290</sup> GOLDBERG, Daniel K. Poder de compra e política antitruste. São Paulo: Ed. Singular, 2006, pág 149.

<sup>291</sup> A promulgação do Sherman Act no final do século XIX deu causa a uma série de ações antitruste dos empregadores contra negociações coletivas de trabalhadores, tendo a Suprema Corte admitido, em 1908, que a atuação dos sindicatos poderia configurar ilícito antitruste. Posteriormente, em 1932, o Congresso estadunidense se viu obrigado a conceder imunidade antitruste à negociação sindical. GOLDBERG, Daniel K. Obra citada.

<sup>292</sup> ALMEIDA, Sílvia Fagá. Poder compensatório e política de defesa da concorrência: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>>, acesso 19/01/2018.

<sup>293</sup> AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Sílvia Fagá. Obra citada.

<sup>294</sup> Nesse sentido: KING, Stephen P. Collective Bargaining by Business: economic and legal implications. University of New South Wales Law Journal. Disponível em <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/2013/5.html>>, acesso em 19/01/2018.

<sup>295</sup> É o caso de plataformas como Peixe Urbano, Groupon, ClickOn, City Best, dentre outras. No Brasil, ainda que o CADE tenha poucos casos julgados sobre a matéria, é possível constatar, na prática, a presença de inúmeras alianças de compra em setores como supermercados (para mais detalhes: DALMAGRO et al. Centrais

Em termos de estratégia competitiva, a eficiência nas compras e na gestão da cadeia de fornecimento é fundamental para a melhor inserção no mercado e aumento da lucratividade. Exemplo claro é a proposta de Porter em seu clássico “Estratégia Competitiva”<sup>296</sup> de se criar instrumentos e técnicas para análise de indústrias e da concorrência, com o fito de aperfeiçoar a posição de dada empresa no mercado. O autor enfatiza que a concorrência em dado mercado deve ser analisada com base em cinco forças subjacentes: (i) ameaça de entrada, (ii) rivalidade, (iii) pressão de produtos substitutos; (iv) poder de negociação de fornecedores; e (v) poder de negociação de compradores. Ou seja, das cinco forças determinantes da estrutura de um dado mercado, duas delas dizem respeito diretamente à posição da empresa em relação ao poder de compra de seus fornecedores, de um lado, e clientes, de outro.

Assim, do ponto de vista de estratégia comercial, há claros incentivos para a formação de grupos de compra. Da perspectiva do direito concorrencial, no entanto, trata-se de tema controverso e que, apesar da sua importância histórica, continua a ser debatido de forma intensa, com argumentos bastante conflitantes e divergentes.

### **2.3. Panorama jurisprudencial: incertezas, discussões e possibilidades**

O entendimento de autoridades antitruste acerca da prática nas principais jurisdições passou por diversas mudanças ao longo dos anos. Há manifestações tanto reconhecendo o caráter pró-competitivo dos acordos de compra, quanto no sentido de indicar diversos efeitos anticoncorrenciais e ilícitos.

Na Europa<sup>297</sup>, de início se tinha uma visão pró-colaboração. É interessante lembrar que, historicamente, junto com o Japão, a Europa é tida como um exemplo do modelo de desenvolvimento, no qual indústrias teriam se associado e colaborado para garantir maior crescimento e desenvolvimento tecnológico<sup>298</sup>. Isso é especialmente verdadeiro em relação à Alemanha<sup>299</sup>.

---

de compras no setor supermercadista: análise dos benefícios percebidos pelos agentes envolvidos. Disponível em <[http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos10/450\\_Artigo%20Seget%202010%20Central%20de%20Compras%20IDENTIF.pdf](http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos10/450_Artigo%20Seget%202010%20Central%20de%20Compras%20IDENTIF.pdf)>, acesso em: 19/01/2018), drogarias e varejo em geral.

<sup>296</sup> PORTER, Michael E. *Estratégia Competitiva*. São Paulo: Ed. Campus, 2004. Destaca-se que referida obra teve grande influência no desenvolvimento e aprimoramento do direito concorrencial.

<sup>297</sup> Para maiores informações sobre os casos, citamos: ATHAYDE, Amanda. *Obra citada*; RIEDEL, Paula. *Independence or collaboration when purchasing: a buyer’s dilemma*. ABA Spring Meeting, April 2016.

<sup>298</sup> De fato, um dos principais motivos apontados pelos autores dos anos 80 e 90 nos EUA para que o tema da cooperação entre concorrentes fosse mais amplamente discutido foi o fato de que a prática era consolidada na Europa, ao passo em que nos EUA era barrada pelas leis antitrustes, deixando assim o país em forte desvantagem competitiva e atraso tecnológico.

<sup>299</sup> JORDE, T.M; TEECEM D.J. *Acceptable Cooperation Among Competitors in the Face of Growing International Competition*. *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, No. 2, 37th Annual Meeting (August 6-9, 1989), pág. 529-556.



Atualmente, o tema vem sendo discutido recorrentemente e estudos setoriais realizados pelas autoridades de países-membros da União Europeia, como Alemanha e França, já demonstram menor predisposição a tratar os acordos de compra com tanta tolerância, indicando uma possível alteração de entendimento histórico quanto à prática da cooperação entre concorrentes.

Nos EUA, por outro lado, a prática, antes tida como suspeita, paulatinamente, passou a ser aceita com alguns condicionantes. Atualmente, a grande maioria dos acordos são aceitos e dificilmente há algum tipo de impugnação por parte do Departamento de Justiça (DOJ)<sup>300</sup>. Em sentido similar, no Canadá o tratamento conferido a esses acordos é ainda mais leniente<sup>301</sup>. A própria autoridade concorrencial já indicou que um acordo desse tipo dificilmente sofrerá qualquer sanção, civil ou criminal, ainda que os participantes detenham poder de mercado considerável, sendo passível apenas de se sujeitar à eventual imposição de remédios de natureza civil.

Embora tanto na União Europeia quanto nos EUA a diferenciação entre cooperação e colusão esteja mais consolidada, por meio da edição de Guias<sup>302303</sup> e por respeito a precedentes relevantes sobre a matéria<sup>304</sup>, além da instituição de algumas salvaguardas<sup>305</sup>, há

---

<sup>300</sup> Sobre a evolução da análise dos EUA quanto aos grupos de compra, sugerimos a leitura de CORDOVIL, Leonor. *Obra citada*; UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION. *Statements of Antitrust Enforcement Policy and Health Care*. Agosto de 1996. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/statements-antitrust-enforcement-policy-health-care>>, acesso em 19/01/2018; Sewell Plastics, Inc. v. Coca-Cola Co. (1989); United States and the State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation (2007); e PALMER, Roy C. *Buying Groups under the Robinson-Patman Act*. *Chicago Kent Law Review*, vol. 42 (2), 1965.

<sup>301</sup> HALLADAY, Casey W. *Caveat Emptor: The legality of buying groups under Canadian Competition Law*. ABA Spring Meeting, April 2016.

<sup>302</sup> DOJ, FTC. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. April 2000. Disponível em <[https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf)>, acesso em 19/01/2018.

<sup>303</sup> EUROPEAN COMMISSION. *The EU Horizontal Guidelines, Section 5, Purchasing Agreements*. Disponível em <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)>, acesso em 19/01/2018.

<sup>304</sup> Verifica-se que houve intenso debate sobre o tema de cooperação horizontal ao longo do desenvolvimento antitruste nos EUA. Em casos paradigmáticos, como *Wholesale Stationers Inc v. Pacific Stationery Printing Co* (1985) e *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists* (1986), a Suprema Corte fixou entendimento segundo o qual “unless a practice facially appears to be one that would always or most always tend to restrict competition and decrease output, the agreement should be analyzed under the rule of reason”. Na União Europeia, o art. 101 (3) do Tratado da União Europeia expressamente exclui do conceito de cartel qualquer acordo entre concorrentes que cumulativamente preencham os requisitos estabelecidos no artigo, quais sejam: (i) contribuam para a produção ou distribuição de bens ou promovam progressos técnicos e econômicos; (ii) beneficiem diretamente ao consumidor; (iii) sejam necessários e proporcionais para atingir os objetivos almejados, ou seja, que não possam ser atingidos pelas partes individualmente; (iv) não impliquem na eliminação ou possibilidade de eliminação da competição no que diz respeito à parcela substantiva do mercado dos produtos em questão.

<sup>305</sup> Tal como a já mencionada isenção conferida expressamente pelo DOJ para alianças de compra nas quais estejam representadas menos de 35% do total demandado pelo mercado; e na qual os custos de produtos ou serviços comprados não representem mais de 20% dos custos dos produtos ou serviços vendidos por cada um

ainda risco de que determinado arranjo contratual cooperativo seja percebido como cartel<sup>306</sup>.

Vale citar também o exemplo da Austrália, país que adota modelo bastante inovador e parte da premissa de que acordos entre concorrentes, em especial acordos envolvendo a prática da barganha coletiva, são de suma importância para o desenvolvimento da economia e diversificação das empresas. Nesse contexto, há verdadeira política pública de incentivo à celebração de acordos de barganha coletiva entre concorrentes, que podem receber total isenção antitruste<sup>307</sup>. O principal propósito dessa política é permitir que empresas de pequeno e médio porte tenham maior segurança jurídica e incentivos para celebrar tais acordos<sup>308</sup>.

No Brasil, na grande maioria dos atos de concentração julgados pelo CADE<sup>309</sup>, a autoridade parece ter se preocupado quase que exclusivamente em analisar o poder de compra das requerentes, além dos possíveis efeitos dos acordos na dinâmica da relação entre comprador e fornecedor, sendo possível notar uma posição razoavelmente leniente.

Note-se ainda que, em alguns desses casos, as requerentes detinham *market share* significativo no mercado *downstream* e a estrutura do grupo de compras era meramente contratual, sem maiores integrações entre as partes. Mesmo assim, houve pouca ou nenhuma preocupação expressa com a problemática da troca de informações sensíveis ou mecanismos para mitigar essas trocas. Na maioria dos casos, as eficiências ou a possibilidade de repasse das eficiências ao consumidor final sequer chegaram a ser objeto de discussão.

Por outro lado, nos precedentes envolvendo a constituição de associações<sup>310</sup>, a

---

dos participantes do acordo.

<sup>306</sup> Cordovil apresenta como exemplo desse perigo o caso *Mid-South Distributors v. FTC*, no qual a Corte Distrital entendeu que como os pedidos, depois de processados, eram remetidos de forma individual a cada comprador, não havia nenhuma eficiência, sendo que a única vantagem era o aumento puro do poder de barganha. CORDOVIL, Leonor. Obra citada.

<sup>307</sup> AUSTRALIA. *Authorisation Guidelines ACC*, p. 3. Disponível em <<http://www.accc.gov.au/system/files/Authorisation%20guidelines.pdf>>, acesso em 09/11/2016.

<sup>308</sup> AUSTRALIA. *Streamlined collective bargaining for small business 2011*. Disponível em <<https://www.accc.gov.au/system/files/Small%20Business%20Collective%20Bargaining%20Notifications%20and%20the%20Competition%20and%20Consumer%20Act.pdf>>, acesso em 20/01/2018.

<sup>309</sup> Ato de Concentração nº 08012.003603/00-55, Requerentes: General Motors do Brasil Ltda e Fiat Automóveis S.A. Relator Cons. Fernando de Oliveira Marques, 02.07.2003; Ato de Concentração nº 08012.000052/2007-33, Requerentes: Nippon Steel Corporation e Pohang Iron Steel Co. Ltd. Relator Cons. Paulo Furquim de Azevedo, 18.04.2007; Ato de Concentração nº 08012.00953712008-73, Requerentes: Cargill Agrícola S/A e Arcor do Brasil Ltda. Relator Vinicius Marques de Carvalho, 24.06.2009; Ato de Concentração nº 08012.008025/2010-12, Requerentes: MAN Latin America Indústria e Comércio de Veículos Ltda. e Scana Latin América Ltda.. Relator Cons. Elvino de Carvalho Mendonça, 15.06.2011; Ato de Concentração nº 08012.002022/2012-29, Requerentes: General Motors Holding LLC e Peugeot S.A. Relator Cons. Olavo Zago Chinaglia, 04.07.2012; Ato de Concentração nº 08700.002887/2015-80, Requerentes: Guarani S.A., Noble Brasil S.A. e Bunge Alimentos S.A. Superintendência Geral, 27.04.2015; Ato de Concentração nº 08700.009334/2014-77, Requerentes: Companhia de Gás de São Paulo COMGÁS e Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro CEG. Superintendência Geral, 31.08.2015.

<sup>310</sup> Como a formação da ABREE (Associação do setor de eletrodomésticos e eletroeletrônicos), Ato de Concentração no 08012.007477/2011-50, Requerentes Electrolux do Brasil S.A, Esmaltec S.A, Mabe Brasil

preocupação maior do CADE parece ter sido com possíveis incentivos à colusão entre as associadas no mercado *downstream*. As decisões se atentaram muito mais à análise dos estatutos das associações e à busca de formas para garantir a devida segregação de informações concorrencialmente sensíveis entre as associadas. As medidas de governança sugeridas e analisadas pelo CADE foram as mais diversas, indo desde previsão de período de quarentena dos funcionários da associação, até comprometimento com uma *open door policy*.

Nos casos de plataformas B2B<sup>311</sup>, em contraste, nos parece ter sido uma análise muito mais sistematizada, completa e uniformemente aplicada em todos os precedentes. Todas as decisões encontradas focaram em três temas: (i) possibilidade de aquisições conjuntas levarem ao exercício do poder de monopólio; (ii) possibilidade de facilitação da colusão e coordenação entre concorrentes, devido à facilidade de compartilhamento de informações; e (iii) possibilidade de implementação de práticas exclusionárias que aumentem os custos dos rivais.

Interessante notar que, em alguns desses precedentes, as requerentes sequer negociariam conjuntamente com o fornecedor, e em outros não eram concorrentes diretas e estavam se unindo apenas para compra de insumos indiretos. Não obstante, a análise do CADE parece ter sido muito mais rigorosa à questão da troca de informações sensíveis. Esse maior rigor fica evidente quando se percebe que o único precedente em que a operação foi aprovada com restrição se deu em caso constituição de plataforma B2B<sup>312</sup>.

Quanto à análise de condutas relacionadas a cartel de compra<sup>313</sup>, destacamos o caso UNIDAS, no qual o CADE discute diretamente as negociações coletivas como potencial ilícito em si. Chama a atenção as posições diretamente conflitantes dos Conselheiros do

---

Eletrodomésticos Ltda., Panasonic do Brasil Ltda., Philips do Brasil Ltda., Grupo SEB do Brasil - Produtos Domésticos Ltda., Springer Carrier Ltda., Tec Toy S.A. e Whirlpool S.A, Relator Alessandro Octaviani Luis, 10.02.2012.

<sup>311</sup> Ato de Concentração nº 08012.00001/2001-16 Requerentes: General Motors Corporation, Ford Motor Company, Renault S/A, Nissan Motor Co., Ltd., Oracle do Brasil Sistemas Ltda., DaimlerChrysler AG., e Commerce One, Inc. Conselheiro-Relator: Cleveland Prates Teixeira, 16.06.2004; Ato de Concentração nº 08012.003632/2001-97, Requerentes: Sadia SA (“Sadia”), Cargill Agrícola SA (“Cargill”) e Danone SA (“Danone”). Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, 29.09.2004; Ato de Concentração 08012005832/2000-01, Requerentes: Quadrem Internacional Holdings Ltd., Alcan Finances (BDA) Ltd.; Alcoa Internacional Holdings Company, e outras. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, 15.06.2005.

<sup>312</sup> Caso Sadia/Cargill/Danone.

<sup>313</sup> Processo Administrativo nº 08012.006241/1997-03, Representados Associação de Drogarias do Brasil - Rede Economia; Coelho e Araújo Ltda. - Drogaria Tati; Droga Centro Drogas e Medicamentos Ltda. - Drogaria Nossa Sra. De Fátima, e outras. Relator Cons. Paulo Furquim de Azevedo, 07.10.2009; Processo Administrativo nº 08012.005135/2005-57, Representados: Associação Médica do Rio Grande do Norte, Sindicato dos Médicos do Rio Grande do Norte, Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Norte e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS. Relator Cons. Eduardo Pontual, 15.10.2014; e Requerimento 08700.008213/2015-99 (ref. Inquérito Administrativo nº 08700.009515/2014-01). Proponente: Associação Capixaba de Supermercados (ACAPS). Nota Técnica SG 66/2015.

CADE se: (i) haveria um acordo lícito de compra coletiva ou se seria cartel de compras; e (ii) se o caso deveria ser julgado como ilícito por objeto ou pela regra da razão. Ainda nesse caso, há aprofundamento da tese de poder compensatório e limites de sua aplicabilidade.

Já no caso da Rede Economia, o acordo de compra coletiva foi entendido como totalmente pró-competitivo, a ponto de poder, em tese, justificar a existência das tabelas de preços. Ao final, embora o CADE tenha condenado a prática de limitação de descontos imposta pela associação às drogarias, fez-se questão de ressaltar o caráter pró-competitivo da associação em si, especialmente das compras conjuntas, que poderiam continuar a operar tal como antes.

Por fim, no caso da Associação Capixaba de supermercados, foram estabelecidos limites para negociações coletivas, que não podem implicar na inversão do poder de barganha e nem em medidas de coação da outra parte. Nesse caso, a associação representava quase a totalidade dos supermercados da região, algo que por si só não foi tido como problemático pelo CADE.

O que se percebe é que há ainda grande indefinição sobre o papel dos acordos de compra na dinâmica concorrencial, o que se justifica pela quantidade e complexidade de possíveis riscos que podem resultar desse tipo de acordo. A análise concorrencial dos acordos de compra é, portanto, naturalmente complexa devido à miríade de variáveis concorrenciais em jogo, devido a possíveis efeitos anticompetitivos que um acordo dessa natureza pode vir a apresentar. É à exploração dessas complexidades mais a fundo que se dedica a próxima seção.

### **3. As variáveis concorrenciais em jogo**

Para além da análise tradicionalmente conduzida sempre que se está diante de qualquer outra celeuma no direito da concorrência<sup>314</sup>, há algumas preocupações concorrenciais específicas que devem ser levadas em consideração quando da análise de acordos de compra coletiva. Como muitos dos participantes desses grupos atuam no ponto intermediário de dado mercado, variáveis como estrutura do mercado, barreiras à entrada, competição em potencial, concentração e poder de mercado, devem ser analisadas, em tese,

---

<sup>314</sup> Na análise clássica “o CADE procede a análise em etapas: (i) definição do MR; (ii) análise do nível de concentração; (iii) avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado adquirido por meio da operação, considerando variáveis como: a possibilidade de uma entrada tempestiva, provável e suficiente; o nível de rivalidade restante no mercado; (iv) avaliação do poder de compra existente no mercado ou criado pela operação; (v) ponderação das eficiências econômicas inerentes ao AC.” CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016.

tanto do ponto de vista do próprio mercado relevante<sup>315</sup> em que se inserem os participantes no acordo, quanto para os mercados verticalmente relacionados<sup>316</sup>.

Dessa forma, as mesmas problemáticas e eficiências que são discutidas em relação às integrações e restrições verticais podem ser aplicadas na análise desses acordos, ainda que se tratem, a rigor, de operações de concentração horizontal<sup>317318</sup>.

Outra dificuldade é que a análise do tema permite adentrar aspectos bastante controversos do direito antitruste, que vêm sendo intensamente debatidos no Brasil e no mundo, tais como *compliance* e governança corporativa; cooperação entre concorrentes e tratamento de acordos ancilares; imposição de remédios comportamentais; poder compensatório e poder de compra.

A presente seção se propõe a mapear algumas das principais considerações e preocupações concorrenciais traçadas pela doutrina especializada, especificamente acerca do tema de acordos de compra coletiva, de modo não só a fornecer maior substrato para análises futuras a serem realizadas por autoridades antitruste, mas, também, para reforçar ainda mais a complexidade, importância e indefinição que permeia esse instituto<sup>319</sup>.

Há cinco grandes grupos de variáveis concorrenciais<sup>320321</sup> que podem vir a exigir análise

---

<sup>315</sup> Sobre a importância da correta delimitação do mercado relevante em casos envolvendo análise de grupos de compra, vale citar Cartensen, para quem “Closely related is the need to have an appropriate product market definition. Product inputs can have a variety of uses (e.g., milk yields cheese, butter, and ice cream) that are not very competitive in the downstream market, yet the input can be used in any of the outputs. Hence, the relevant product market should not be equated with any specific output use (...) Buying markets can be quite narrow in both geographic and product terms, but the market for the product being sold can be much larger and subject to more competition from other sources and substitutes”. CARSTENSEN, Peter. Obra citada, pág 19.

<sup>316</sup> EZRACHI, Ariel. Obra citada.

<sup>317</sup> RBB ECONOMICS. Obra citada.

<sup>318</sup> Como ensinam Pereira Neto e Casagrande, estrutura-se uma análise em três etapas para avaliação do caráter anticompetitivo de certa prática em mercados verticalmente relacionados: “primeiramente, deve-se verificar se a parte investigada detém uma posição dominante, uma vez que, na ausência de poder de mercado, dificilmente haverá algum efeito negativo decorrente da conduta. Em segundo lugar, é importante demonstrar se o fechamento do mercado seria uma estratégia racional para a empresa dominante e até que ponto seria possível gerar algum prejuízo concreto à concorrência. Isso depende diretamente da extensão da prática e do seu efetivo impacto de fechamento do mercado. Finalmente, em terceiro lugar, as autoridades devem contrapor os potenciais efeitos negativos e as eventuais eficiências compensatórias para estabelecer os efeitos líquidos da conduta”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, pág. 143.

<sup>319</sup> Que a nosso ver, por isso mesmo, é um ótimo ponto de partida para a compreensão das problemáticas dos acordos cooperativos em geral.

<sup>320</sup> De acordo com Jacobson e Dorman, são diversas as motivações que levam empresas concorrentes a celebrarem um acordo de compras, mas apenas três, não mutualmente exclusivas, são relevantes para a análise antitruste: (i) concorrentes se unem para alcançar eficiências que não conseguiriam alcançar agindo individualmente; (ii) concorrentes se unem para possibilitar o exercício do poder de monopólio em desfavor dos fornecedores, com o fito de aumentar margem e lucratividade; (iii) competidores se unem para, com o pretexto de cooperar, melhor coordenar a implementação e execução de práticas anticompetitivas no mercado downstream. JACOBSON, Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Joint Purchasing, Monopsony and Antitrust. 36 Antitrust Bull. 1, 4 (1991).

<sup>321</sup> De forma semelhante, um relatório da OFT sobre o tema aponta que são três as indagações centrais que

mais pormenorizada quando se está diante de um acordo de compra coletiva: (i) a primeira, relacionada à alteração na estrutura do mercado, indaga se o fato de um grupo de compra representar parcela considerável da demanda pode acarretar na formação de uma estrutura de mercado próxima ao monopólio, fenômeno tradicionalmente conhecido como “a imagem no espelho” do monopólio<sup>322</sup>, ou, em menor grau, possibilitaria exercício de poder de compra em desfavor dos fornecedores, com efeitos deletérios ao mercado *upstream*; (ii) a segunda busca identificar possíveis impactos do acordo na dinâmica concorrencial do mercado *upstream*; (iii) a terceira expressa preocupação com as externalidades negativas que o acordo pode apresentar para concorrentes que não são participantes no grupo; (iv) a quarta, relacionada ao mercado *downstream*, indaga se o acordo pode vir a facilitar práticas colusivas entre as empresas participantes e em que medida a dinâmica do mercado final da cadeia (consumidores) pode ser prejudicada; (v) a quinta busca mapear as principais fontes de eficiência geradas pelos acordos.

Como já era de se esperar, há diversas divergências, não só quanto às variáveis concorrenciais que podem ser afetadas, mas também quanto à importância conferida a cada uma delas. Essas divergências, por vezes, são inconciliáveis, o que pode ser creditado tanto à natureza aberta do direito antitruste (por ter objetivos diferentes<sup>323</sup>), quanto à dificuldade em projetar impactos econômicos e sociais de dada conduta ou estrutura no mercado<sup>324</sup>.

Para além disso, vale ter em mente que não há certo ou errado, mas apenas a escolha de alguma possibilidade, valor ou cenário, em detrimento dos demais<sup>325</sup>. O objetivo do presente artigo não é encontrar respostas, mas apresentar as principais questões que devem ser enfrentadas quando da análise de casos envolvendo acordos de compra coletiva.

---

surtem quando se está diante de um acordo de compra coletiva: (i) de que forma o grupo consegue obter melhores termos de compra em face dos fornecedores e em que medida esses benefícios são repassados ao consumidor final; (ii) quando um grupo de compras pode vir a causar danos ao mercado *downstream*, por possibilitar colusão direta ou por diminuir a rivalidade entre os concorrentes participantes no acordo; e (iii) quando, por meio do exercício de influência indevida na conduta de fornecedores, pode o grupo de compras influir de forma indireta e negativa nos demais concorrentes que não são parte no acordo. Para maiores detalhes: RBB ECONOMICS. Obra citada.

<sup>322</sup> BLAIR, Roger D.; DURRANCE, Piette C. Group Purchasing Organizations, Monopsony and Antitrust Policy. *Managerial and Decision Economics* 35(7), October 2014.

<sup>323</sup> Nesse sentido, “a great debate exists among scholars of antitrust law and economics concerning the question of whether antitrust should concern itself with consumer harms narrowly defined or with the aggregate harm to economic welfare a primary concern of antitrust law (...) some would argue its central concern-is the protection and advancement of economic competition as a process”. CARSTENSEN, Peter. Obra citada, pág. 23.

<sup>324</sup> Vale considerar a discussão existente entre efeitos de longo prazo e de curto prazo, ou entre eficiência dinâmica e estática. Cf. GOLDBERG, Daniel K. Obra citada.

<sup>325</sup> Afinal, conforme máxima proposta por Forgioni, o Direito Antitruste nada mais é do que um instrumento para a persecução e implementação de políticas públicas. FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

### 3.1. Estrutura: embate entre poder de compra e poder compensatório

Um primeiro tipo de preocupação concorrencial diz respeito à própria dinâmica de um acordo de compras: quando duas ou mais empresas se unem para negociar e comprar insumos conjuntamente, tem-se que, da perspectiva do fornecedor, as empresas passam a ser uma só, que congrega a demanda e participação de mercado de todas. Isso pode acarretar a criação de poder de mercado em desfavor dos fornecedores, o chamado poder de compra.

Conforme explica Goldberg<sup>326</sup>, o poder de compra é, fundamentalmente, expressão de poder de mercado do lado da demanda. Segundo o autor, assim como o poder de mercado pode se manifestar por meio de agentes econômicos que cobram um sobrepreço por seus produtos, restringindo a quantidade ofertada, também pode se manifestar com a imposição de condições de compra que destoam do padrão competitivo. Tal como em qualquer manifestação de poder de mercado, prossegue Goldberg, o poder de compra é questão de grau e pode tanto ter efeitos deletérios quanto positivos para o bem-estar geral<sup>327</sup>.

De acordo com estudo da OCDE, o poder de compra pode se manifestar de duas formas: poder de monopsonio e poder de barganha<sup>328</sup>. O poder de monopsonio pode ser definido como o poder de reduzir artificialmente o preço por meio da restrição de quantidade comprada, ou seja, a forma de manifestação de poder de compra mais pura, tradicionalmente descrita nos clássicos modelos econômicos<sup>329</sup>. Em definição mais abrangente, proposta pelo CADE<sup>330</sup>, o poder de monopsonio é “o poder de mercado na compra de insumos usado pelo comprador para se apropriar de parte do excedente do fornecedor”.

Para Blair e Durrance<sup>331</sup>, no entanto, ainda que a ameaça do poder de monopsonio seja real, não seria aplicável à análise dos grupos de compra. Em geral, as empresas já têm uma

---

<sup>326</sup> GOLDBERG, Daniel K. Obra citada.

<sup>327</sup> “O poder de mercado apresenta-se, em princípio, deletério e prejudicial ao bem estar social em duas circunstâncias: quando exercido contra produtores que não têm, por sua vez, poder de mercado, ou quando exercido por compradores que detêm, simultaneamente, poder de mercado a montante e a jusante da cadeia”. GOLDBERG, Daniel K. Obra citada, pág. 161.

<sup>328</sup> “Buyer power is concerned with how downstream firms can affect the terms of trade with upstream suppliers. A distinction is made between monopsony power and bargaining power. A buyer has monopsony power if it can profitably reduce the price paid below competitive levels by withholding demand. Bargaining power refers to the bargaining strength that a buyer has with respect to suppliers with whom it trades. The lower prices obtained from monopsony power is achieved through the act of purchasing less, not, as with bargaining power, the threat of purchasing less. Bargaining power is only exercised when in its absence suppliers would exercise market power. It is countervailing power” OCDE. Policy Roundtables on Monopsony and Buyer Power. 2008. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>>, acesso em 19/01/2018, pág. 21.

<sup>329</sup> Para que exista poder de monopsonio, não necessariamente haverá apenas uma empresa atuando no mercado, já que o mesmo efeito pode ocorrer com o chamado monopsonio colusivo, ou oligopsonio, em que pequeno número de compradores também diminui a quantidade demandada e reduz artificialmente preços, acarretando maiores custos de produção e redução da quantidade produzida.

<sup>330</sup> CADE. Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016.

<sup>331</sup> BLAIR, Roger D.; DURRANCE, Christine P. Obra citada.

demanda determinada antes de entrarem no grupo, e a manterão mesmo após a formação do grupo. Para os autores, o poder de monopsonio, caracterizado pela diminuição de quantidade demandada, não ocorrerá porque os membros do acordo de compra não querem comprar menos, mas sim comprar igual com preços inferiores.

Ainda, Blair e Durrance procedem a análise do poder de monopsonio por meio do Índice de Lerner<sup>332</sup> adaptado e chegam à conclusão de que inferir poder de compra pela análise do *market share* de um comprador pode levar a conclusões equivocadas. Isso porque as condições de elasticidade da oferta e elasticidade da demanda da franja competitiva também são de grande importância na análise de probabilidade de exercício do poder de mercado: quanto maior a elasticidade da oferta, menor o índice de Lerner; e quanto mais elástica a demanda da franja competitiva, menor habilidade o comprador tem para negociar ou exigir preços menores. Assim, para os autores, a reação dos ofertantes e de outros concorrentes que não são parte do grupo também devem ser objeto de consideração<sup>333</sup>.

De forma similar, Carstensen<sup>334</sup> afirma que a elasticidade da oferta deve ser um dos pontos centrais de análise do acordo de compra: a depender do grau de elasticidade, o grupo de compra pode ou não conseguir, ainda que queira, diminuir a quantidade ofertada. No entanto, no que pode ser visto como conclusão contrária à de Blair e Durrance, o autor identifica que, quanto menor a elasticidade, maior a probabilidade de exercício de poder de mercado<sup>335</sup>.

Outra importante discussão que vale ter em mente é a de que o monopsonio seria mera construção teórica, em que se fazem uma série de suposições pouco verificáveis na realidade, dentre as quais: (i) o comprador paga o mesmo preço por todos os insumos; (ii) a curva de oferta do mercado é inclinada, de forma que comprar uma unidade adicional aumenta o preço da compra; (iii) o mercado dos fornecedores é perfeitamente competitivo; e (iv) o grupo de

---

<sup>332</sup> “It is easily shown that the dominant buyer variant of the Lerner Index ( $\lambda$ ) is  $\lambda = S / (\epsilon + \eta f (1-S))$  where  $S$  is the share of total purchases accounted for by the dominant buyer,  $\epsilon$  is the elasticity of supply, and  $\eta f$  is the elasticity of the competitive fringe demand (Blair and Harrison, 1991). While it is true that  $\partial \lambda / \partial S$  is positive, i.e., higher shares increase monopsony power, the index shows that relying on market share alone is misguided”. BLAIR, Roger D.; DURRANCE, Christine P. Obra citada, pág. 5.

<sup>333</sup> “To see this, consider the following numerical example. In one case, suppose  $S = 0.25$ ,  $\epsilon = 0.50$ , and  $\eta f = 1.0$ . In this case, the GPO would enjoy the safe harbor afforded by Statement 7’s 35 percent threshold. The value of  $\lambda$  is 0.20, which means that there is a 20 percent deviation from the competitive price.” BLAIR, Roger D.; DURRANCE, Christine P. Obra citada.

<sup>334</sup> CARSTENSEN, Peter. Obra citada.

<sup>335</sup> “Where the elasticity of supply is substantial, such as when the sellers will substantially reduce production of the input if price is depressed below a reasonably profitable level, the plausibility of a buying group being a legitimate method of seeking economies and efficiencies in the transactional aspects of buying becomes more likely (...) Supply inelasticity is a particularly relevant part of the buyer power analysis. The more a producer is committed for the intermediate or longer term to a set quantity of output, the greater is the capacity of even relatively small volume buyers to exercise buyer power.” CARSTENSEN, Peter. Obra citada, pág. 19.



compra representa parcela substancial do total de compra em dado mercado<sup>336</sup>.

Portanto, ainda que o modelo do monopólio tenha importância teórica, por demonstrar a máxima de que empresas podem diminuir a quantidade demandada com o objetivo de aumentar preços, pode ser difícil verificar um mercado que, na prática, apresente as condições necessárias para que se faça possível a existência do poder de monopólio. Na prática de mercado, pode ser mais usual que os termos de oferta sejam objeto de negociação entre comprador e vendedor, sendo que os preços ofertados tendem a diminuir quanto maior a quantidade adquirida<sup>337</sup>.

Assim, quando da análise de grupos de compra, parte significativa da literatura propõe a passagem da discussão do modelo de monopólio para discussões envolvendo a chamada “teoria da barganha”, que explora o poder de compra por meio da perspectiva de barganha bilateral entre as partes, cenário no qual o preço acordado se aplica apenas às partes do acordo, não estando disponível para todo o mercado<sup>338</sup>. É o que a literatura antitruste identifica como poder compensatório<sup>339</sup>.

Em pesquisa sobre o tema, Almeida<sup>340</sup> se propõe a determinar as condições sob as quais a criação de poder compensatório pode ser benéfica do ponto de vista do bem-estar econômico, com aumento da quantidade comercializada e redução do peso-morto. Segundo a autora, as condições usualmente apontadas para que o resultado seja positivo seriam: (i) existência, *ex-ante*, de poder de mercado “original” a ser compensado; (ii) não ocorrência de inversão de assimetria de poder na negociação<sup>341</sup> e; (iii) existência de interdependência entre os agentes, que se verão obrigados a negociar entre si com novas condições.

Almeida é ainda menos restritiva, tendo apontado que, mesmo que as partes não cooperem e não negociem entre si, o poder compensatório pode ser benéfico. A autora verifica que, na presença de cooperação entre as partes, a criação de poder compensatório sempre gera resultados positivos. Além disso, observa que, a depender da relação das

---

<sup>336</sup> JACOBSON, Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Obra citada.

<sup>337</sup> “(...) a key difference is that the exercise of monopoly power results in prices being depressed below competitive levels, whereas the exercise of bargaining power might countervail seller market power and push prices toward competitive levels”. OCDE. Obra citada, pág. 9.

<sup>338</sup> EZRACHI, Ariel. Obra citada; OCDE. Obra citada; JACOBSON, Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Obra citada.

<sup>339</sup> Galbraith foi responsável por demonstrar, de forma inédita, que nem todo o poder de mercado é prejudicial: é possível haver a criação de poder de mercado para contrapor poder econômico pré-existente à jusante ou montante na cadeia. Trata-se, no entanto, de uma das teorias mais controversas e contestadas do Direito da Concorrência, tanto que à época em que foi inicialmente publicado, o trabalho de Galbraith foi extremamente criticado e ignorado pela academia, tendo sido reavivado por advogados interessados nas possibilidades de defesa que a teoria apresentava.

<sup>340</sup> ALMEIDA, Silvia Fagá. Obra citada.

<sup>341</sup> ALMEIDA, Silvia Fagá. Obra citada.

elasticidades-preço da demanda e da oferta, a criação de poder compensatório pode ter efeitos positivos em termos de bem-estar geral, ainda que as partes não reconheçam sua interdependência e não cooperem entre si, desde que se leve em consideração a elasticidade-preço da oferta<sup>342</sup>.

No entanto, conforme ressalta Azevedo e Almeida<sup>343</sup>, na ausência do reconhecimento de interdependência entre as partes, o aumento da concentração poderia resultar apenas em problemas de “dupla-margem”, com piora do bem-estar social. Isso porque a empresa localizada à jusante toma como custo marginal o preço do insumo que a empresa à montante lhe oferece. A consequência é que o preço ao consumidor final pode ser superior<sup>344</sup>.

Jacobson e Dorman<sup>345</sup> propõem uma solução mais simples para o poder compensatório: desde que o poder de compra resultante do acordo entre compradores seja substancialmente ou evidentemente inferior ao poder de mercado dos ofertantes do produto em questão, deve-se reconhecer, sem qualquer receio, a aplicabilidade do poder compensatório.

A essa visão mais otimista se contrapõe, por exemplo, o estudo de Goldberg<sup>346</sup>, que conclui que a elevação do poder de compra só resultará em redução de preços ao consumidor final se for preservada uma franja competitiva que garanta a concorrência no mercado à jusante<sup>347</sup>. De fato, tal como Athayde<sup>348</sup>, Goldberg é bastante crítico não só em relação ao argumento de poder compensatório, como também aos supostos benefícios do poder de compra.

Para o autor, o mero fato de determinado grupo de agentes ter reduzido poder de barganha perante poderosos compradores não autoriza o uso da tese do poder compensatório, já que, na maioria dos casos, a formação de alianças de compra terá efeitos deletérios ao bem-estar. Isso porque, o poder de compra exercido em face de fornecedores competitivos nunca é benéfico para a sociedade, já que se traduz em quantidade de bens e serviços inferior à ideal. Além disso, em uma situação na qual as partes já possuam algum poder de mercado, um

---

<sup>342</sup> ALMEIDA, Silvia Fagá. Obra citada, pág. 71.

<sup>343</sup> AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Silvia Fagá. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência. Disponível em <<http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A175.pdf>>, acesso 19/01/2018.

<sup>344</sup> “Se houver poder de mercado no primeiro estágio, serão maiores custos marginais no segundo estágio, sobre os quais incidem uma nova margem, decorrente do poder de mercado nesse estágio”. AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Silvia Fagá. Obra citada.

<sup>345</sup> JACOBSON, Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Obra citada.

<sup>346</sup> GOLDBERG, Daniel K. Obra citada.

<sup>347</sup> “Como a participação nos lucros do fornecedor diminui, este- por sua vez- aumenta a quantidade de vendas direcionadas à franja competitiva, diminuindo, para tanto, o preço de atacado cobrado da franja. E quando a quantidade vendida por meio da franja competitiva aumenta, os preços de mercado do produto no varejo caem”. GOLDBERG, Daniel K. Obra citada, pág. 223.

<sup>348</sup> ATHAYDE, Amanda. Obra citada, pág. 443.

aumento no poder de compra dos adquirentes não traz qualquer benefício além da distribuição de renda entre os próprios agentes, o que pode vir a prejudicar seriamente, a longo prazo, o lado da cadeia que está tendo sua renda redistribuída.

Em sentido mais extremo, há quem entenda que não cabe falar em poder compensatório em qualquer situação, como Ezrachi<sup>349</sup>. Isso porque, se o mercado em que atuam os fornecedores está gerando lucros supracompetitivos e permite o exercício de poder de mercado do lado da oferta, o mercado em questão irá atrair novos agentes. Permitir ou incentivar a formação de poder de compra para se contrapor a um poder original pode quebrar a lógica de que os mercados, quando ausentes significativas barreiras à entrada, sempre tendem à competição.

Outra importante discussão presente na literatura em relação ao poder de compra é se de fato há paralelo entre poder de compra e poder de mercado do lado da oferta, ou seja, se a análise antitruste tradicional que se faz da perspectiva do ofertante deve ser a mesma que se faz na análise do poder de compra, ou, caso contrário, se a análise do poder de compra deve ser menos ou mais restritiva em comparação à análise tradicional do lado da oferta.

Carstensen explica que<sup>350</sup> em uma relação entre vendedor e comprador, é o comprador que decide quando, como, quanto e de quem comprar, ou seja, o comprador é a parte que tem discricionariedade de escolha. Sempre que o comprador em questão possa exercer seu poder discricionário, é possível verificar poder de compra na relação do comprador em face do vendedor. Assim, ao menos em tese, um grupo de compra poderia alcançar poder de compra substancial mesmo não detendo *market share* significativo<sup>351352</sup>.

Em contraponto, estudo da OFT<sup>353</sup> concluiu que um acordo de compra coletiva só gera efeitos deletérios à concorrência se o grupo for uma espécie de ‘*gatekeeper*’, ou seja, se o fato de o vendedor não conseguir vender seus produtos para aquele grupo em questão (a) forçar o fornecedor a escoar sua produção por meio de canais alternativos substancialmente inferiores; ou (b) impedir o fornecedor de alcançar substanciais economias de escala ou efeito de rede

---

<sup>349</sup> EZRACHI, Ariel. Obra citada.

<sup>350</sup> CARSTENSEN, Peter C. Obra citada.

<sup>351</sup> “Data from the United Kingdom suggests that buyers taking as little as 10 percent of the total sales of grocery products had significant buyer power. The Toys R Us case and the older Klor's case also demonstrate that important buyers can exercise significant power even if they do not buy very large shares of the inputs involved.” CARSTENSEN, Peter. Obra citada, pág. 18.

<sup>352</sup> No mesmo sentido “(...)It is important to note, however, that in a vertical relationship, buyer power may arise even absent horizontal market power. This may be the case where the group of buyers represents a significant portion of demand for a small or medium size seller, without which its economic viability may be undermined. To illustrate in the context of the retail market, it has been suggested that switching between distribution channels is difficult, costly and generally impossible in the short term”. EZRACHI, Ariel. Obra citada, pág. 66.

<sup>353</sup> RBB ECONOMICS. Obra citada.

que teria caso negociasse com o grupo de compra. Para isso, a demanda da franja competitiva deve ser substancialmente menor do que a demanda do grupo, ou o grupo deve ser responsável por parcela substancial da demanda do produto ofertado. Essas condições, segundo o relatório, seriam de difícil verificação prática.

Assim como a posição da OCDE, o Novo Guia de Concentrações Horizontais do CADE<sup>354</sup> diferencia o poder de compra entre o poder de monopólio e como forma compensatória. Deixa patente que “o escrutínio do poder de compra, portanto, deve ser feito com cuidado, para que eventuais efeitos positivos aos consumidores sejam preservados”. O Guia parece apresentar maior ceticismo em relação à possibilidade de se verificar poder de monopólio deletério, parecendo ser mais favorável a enxergar o poder de compra através das lentes do repasse de efeitos positivos ao consumidor<sup>355</sup>.

No que diz respeito ao poder compensatório, por sua vez, o Guia aponta como fatores relevantes na análise (i) a participação de mercado do comprador; (ii) a importância deste para o fornecedor; (iii) alternativas de troca de fornecedor (como, por exemplo, verticalização da estrutura produtiva ou patrocínio da entrada); e (iv) outros fatores.

Verifica-se, portanto, que o poder de compra, passo inicial na análise de um acordo de compra coletiva, é uma noção extremamente relativa. Para além disso, percebem-se já de início alguns conflitos substanciais na análise dos grupos de compra: (i) se há de se falar em monopólio, (ii) em caso positivo, quais seriam as situações; (iii) quais seriam os efeitos do poder de compra; (iv) em quais condições se fazem presentes as benesses do poder compensatório; e (v) se a análise do poder de compra deve ser mais, menos ou igualmente restritiva em comparação ao que se verifica na análise tradicional a partir da perspectiva da oferta<sup>356</sup>.

---

<sup>354</sup> CADE. Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016.

<sup>355</sup> “O exame de poder de compra é importante usualmente nos casos em que os compradores são os formadores do preço e os fornecedores atuam como tomadores de preços. É o caso em indústrias nas quais o mercado de compra dos produtos é concentrado (com poucas empresas adquirindo toda a produção de insumos) e os fornecedores, normalmente, são menos concentrados e mais numerosos”. CADE. Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016.

<sup>356</sup> Nesse sentido, Gordilho traz as seguintes indagações, que bem resumem os problemas iniciais aqui encontrados: “Até que ponto o incremento do poder de barganha das empresas que atuam no varejo pode, ao invés de gerar benefícios ao consumidor, tornar a concorrência menos efetiva e, dessa forma, reverter esse poder de barganha para as próprias varejistas, propiciando às mesmas maiores lucros? Será mesmo verdade que todo incremento no poder de barganha do lado varejista se reverte em menores preços aos consumidores? E se esse poder de barganha for tal que torne a concorrência no setor desigual, privilegiando as grandes e expulsando do setor as pequenas e, ainda, tornando novas entradas cada vez mais difíceis? Até que ponto ganhos no poder de barganha podem afetar a rivalidade desse setor? E quanto a possíveis efeitos dinâmicos negativos nos mercados dos fornecedores, afetando a qualidade dos produtos e o lançamento dos novos?” GORDILHO, Mário Sérgio Rocha. Poder de Compra em Análises de Atos de Concentração Econômica - Novos Desafios no Mercado Brasileiro de Bens Duráveis. In.: IBRAC. Ideias em Competição: 5 anos do Prêmio IBRAC-Tim. Ed. Singular,

Expostas as principais discussões relativas à estrutura de mercado criada pelo grupo de compra, a análise deve prosseguir em relação aos potenciais efeitos ao mercado *upstream*.

### 3.2. Problemas no paraíso: efeitos no mercado *upstream*

Em algumas circunstâncias, o agente com poder de compra pode ter incentivos para enfraquecer a competição no mercado *upstream*, prejudicando demasiadamente a margem dos fornecedores. É possível, também, conceber efeitos adversos na dinâmica concorrencial de longo prazo, visto que o fornecedor, quando confrontado com o grupo de compra, pode perder incentivos ou capital para investir na constante inovação de produtos e processos. O grupo de compra pode, ainda, criar barreiras à entrada no mercado *upstream*<sup>357</sup>.

Para que qualquer um desses efeitos ocorra, no entanto, o grupo deve ter poder de compra significativo, já que a única forma de realmente afetar a conduta no mercado *upstream* seria por meio de certa dependência dos fornecedores em face dos compradores<sup>358</sup>. Assim, para além de demonstrar a existência e possibilidade de exercício do poder de compra, deve-se demonstrar que os produtos vendidos não encontram fontes alternativas e suficientes de demanda, seja no mercado em análise, seja em mercados em que o produto possa ser um substituto ou no qual ele também seja utilizado como insumo<sup>359</sup>.

Em termos de relação negocial, há preocupação de que o grupo de compras estabeleça, contratualmente, o comprometimento de adquirir quantidade mínima de certo fornecedor, ou que haja algum tipo de exclusividade entre comprador e fornecedor, o que pode vir a beneficiar fornecedores com maior poder de barganha e prejudicar outros fornecedores no mercado.

Tal como ocorre em contratos de exclusividade no âmbito de integração vertical<sup>360</sup>, aqui também há diversas opiniões divergentes. Há quem entenda que, se todas as firmas ofertantes forem igualmente eficientes, a “vencedora” será aquela que ofertar menores preços e, caso não sejam igualmente eficientes, o grupo de compra atuará selecionando a empresa mais eficiente e excluindo as demais<sup>361</sup>. Alguns alegam que, para o direito da concorrência, o importante é que se utilizem *standards* da empresa igualmente eficiente, não que se proteja

---

pág. 204.

<sup>357</sup> EZRACHI, Ariel. Obra citada.

<sup>358</sup> Sobre a discussão de poder de compra, ver o item acima.

<sup>359</sup> Daí a importância de correta delimitação do mercado relevante do produto que é objeto de negociação. Cf. CARSTENSEN, Peter. Obra citada.

<sup>360</sup> No que diz respeito às práticas de restrição vertical, ver PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; GERADIN, Damien. Restrições verticais adotadas por empresas dominantes. São Paulo: Ed. RT.

<sup>361</sup> BLAIR, R.; DURRANCE, C. Obra citada.

empresas menores e menos eficientes. Há, por outro lado, quem defenda que o direito concorrencial deve ter por objetivo a preservação da competição como processo em si<sup>362</sup>.

Outro tipo de prática contratual bastante discutida é a de contratos “tudo ou nada”, em que o grupo de compradores impõe ao fornecedor que venda uma certa quantidade de insumos a um preço determinado, caso contrário, não venda nada<sup>363</sup>. Deve-se observar que (i) a estratégia do tudo-ou-nada só funciona quando a ameaça do comprador de buscar outro fornecedor é crível e substancial, ou seja, deve existir outro fornecedor com produtos similares a quem o grupo de compras pode recorrer; (ii) a quantidade demanda é igual ao *output* competitivo, ou seja, do ponto de vista de eficiência alocativa, não há qualquer problema concorrencial; e (iii) caso o volume maior de compras ocasione economias de escala ou escopo ao fornecedor, a prática do tudo-ou-nada pode ser uma forma encontrada pelo grupo para capturar parte dessa eficiência, que surgiu em decorrência direta das compras em maior volume. Assim, para parcela da doutrina especializada, não há de se falar em problemas concorrenciais também no que diz respeito a essa prática<sup>364</sup>.

Em contraponto, um risco concorrencial bastante específico aos *buying groups* é o do boicote coletivo, que ocorre quando as empresas acordam entre si que não irão comprar, seja no âmbito do grupo, seja individualmente, insumos e serviços de fornecedor que não aceitar as condições impostas pelo grupo<sup>365</sup>.

De uma perspectiva de longo prazo, uma preocupação significativa é a de que a transferência de renda do fornecedor para o comprador, ao reduzir o retorno dos fornecedores e forçar preços cada vez menores, reduziria incentivos e possibilidades de investimento em inovação ou em melhoria dos produtos<sup>366</sup>. Existem diversas discussões se os compradores

---

<sup>362</sup> Essa visão vem explicada nas palavras de Forgioni, para quem “(...) no Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste visa apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico”. FORGIONI, Paula A. Obra citada, pág. 189.

<sup>363</sup> “So long as the offered price approximates the seller’s average total cost, it is likely to take the offer even though the marginal cost of the incremental units exceeds the price received. The effect of such contracts in the short run is to transfer producer surplus to the buyer, but in the long run it results in disincentives for the producer to remain in the market given the reduced reward. Thus, the use of such contracts can harm the competitive process over time”. CARSTENSEN, PETER C. Obra citada, pág. 16.

<sup>364</sup> BLAIR, R.; DURRANCE, C. Obra citada.

<sup>365</sup> Disponível em: <<https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/collective-bargaining-boycotts#collective-boycott>>, acesso em 19/01/2018.

<sup>366</sup> “(...) from the perspective of dynamic economics, a buyer cartel distorts incentives and causes a misallocation of economic rewards over time. As such, it weakens the core goals of a competitive markets system. This policy focuses on the dynamic interest in having proper incentives to invest in activities and develop new, innovative solutions to problems. Buyer cartels, however they operate, diminish the rewards to the producer below the level that a competitive market would have provided. As such, they send the wrong signal to

teriam interesse ou incentivos para impedir a inovação no mercado, mas há a possibilidade de que os compradores não consigam visualizar a importância da inovação com a mesma intensidade que os fornecedores.

Além disso, há quem defenda que, pelo fato de as margens dos fornecedores serem suprimidas, já se verifica a criação, por si só, de incentivo para inovar, tendo em vista que a inovação pode auxiliar na redução de custos de produção ou na criação de uma demanda alternativa para um novo mercado no qual não há poder de compra<sup>367</sup>. Ao ter uma demanda consolidada e estável, com reduzidos custos de transação, o fornecedor pode estar mais aberto ao risco e mais apto a empregar capital em investimentos incertos. Apesar disso, outra consideração merece ser feita: empresas novas e inovadoras podem não ter incentivos para entrar no mercado, já que a presença do poder de compra pode ser vista como barreira à entrada<sup>368</sup>.

Outro efeito possível, em termos de eficiências dinâmicas, é o de diminuição da diversidade e qualidade dos produtos ofertados ao consumidor final em decorrência do poder de compra do grupo<sup>369</sup>. Em geral, reconhece-se a dificuldade ínsita em prever resultados de longo prazo no mercado, em especial em uma economia globalizada e disruptiva na qual as condições de mercado se alteram constantemente. Assim, o argumento das eficiências dinâmicas, ainda que tenha importância, por vezes é desconsiderado na análise concorrencial.

Poder-se-ia conceber diversas outras condições, práticas e cláusulas contratuais potencialmente controversas e que poderiam afetar o mercado *upstream*. Porém, o importante é ter em mente que grande parte delas tem relação com a própria lógica da formação de grupos de compra: quanto maior a quantidade comprada, menores, na visão dos compradores, devem ser os preços e melhores as condições de oferta<sup>370371</sup>

---

investors and innovators”. CARSTENSEN, Peter. Obra citada, pág. 25.

<sup>367</sup> “It has been argued that buyer power could lead the supplier to focus more on reducing incremental supplier costs and hence increase its incentive to innovate (...) In addition, it has been argued that at times, despite decreasing profits, the supplier’s incentive to invest may increase when faced with a large buyer, as it receives a larger fraction of the incremental profits generated by the investment”. EZRACHI, Ariel. Obra citada, pág. 54.

<sup>368</sup> “Once the R&D costs have been incurred, they are sunk. If a GPO extracts all of the producer surplus, the operating profits  $t$  will be zero and the firm’s investment would become a total loss. The possibility of this happening will reduce the expected net present value and will lead to reduced investments in some forms of R&D. Consequently, social welfare may be reduced in the future even though there is no allocative inefficiency in the present”. BLAIR, R.; DURRANCE, C. Obra citada.

<sup>369</sup> É bastante rica e ampla a discussão no direito da concorrência acerca dos efeitos concorrenciais de longo prazo e consideração de eficiências dinâmicas. Nesse sentido, ver GOLDBERG, Daniel K. Obra citada, pág. 12.

<sup>370</sup> “Upon closer examination, however, these terms may be the quid pro quo for lower prices”. BLAIR, R.; DURRANCE, C. Obra citada.

<sup>371</sup> “Again, this is not to suggest that in the context of a legitimate buying group some restraints on the freedom of suppliers might not be reasonable and essential to the efficient operation of the agreement. One can imagine that, as the buyers obtained goods with greater differentiation, they would be more concerned in retaining the

### 3.3. Jogo desleal: aumentando os custos dos rivais

O poder de compra, ainda que justificado do ponto de vista econômico e distante da realidade perversa do monopólio, pode vir a criar incentivos para que, ao exercer pressão sobre os fornecedores, as empresas participantes do acordo consigam afetar a competição no mercado *upstream* de forma a prejudicar outros concorrentes que não são parte do grupo. Uma das preocupações principais nessa seara é a possibilidade de fechamento de mercado a empresas concorrentes, por meio do aumento de custo dos rivais.

Há diversas formas pelas quais o grupo de compras pode aumentar o custo dos rivais, seja intencionalmente<sup>372</sup>, ou não<sup>373</sup>. É possível pensar, à título exemplificativo, na possibilidade de o grupo de compra esgotar todos os fornecedores que ofertam dado produto a menor preço, restando aos demais compradores do mercado somente a alternativa de adquirir insumos de fornecedores que cobram preços superiores.

Vale ter em mente o chamado *waterbed effect*, teoria segundo a qual o poder de compra pode diminuir os preços para um grupo de compradores, mas, simultaneamente, aumentar os preços e outros custos para os demais compradores do mercado<sup>374</sup>. A teoria parte da racionalidade de que, ao ter suas margens de lucro comprometidas pela oferta de produtos com preços reduzidos ao comprador com poder de barganha, o fornecedor tende a querer recuperar sua receita aumentando o preço de oferta aos competidores com menor poder de barganha<sup>375</sup>.

Entretanto, parte da literatura aponta que essa teoria tem pouca utilidade para o direito da concorrência<sup>376</sup>, visto que (i) os consumidores não serão necessariamente afetados, a menos que esse aumento nos custos leve os compradores desprivilegiados a encerrarem suas

---

rights to those products to avoid risks of free-riding or other strategic conduct by either the producer or competing buyers. Hence, the challenge once again is to find a reasonable basis to differentiate between the reasonably necessary restraints and those that simply protect a group of powerful buyers from threats of entry and competition in their downstream market". CARSTENSEN, Peter. Obra citada, pág. 31.

<sup>372</sup> Por exemplo, ao pagar um prêmio a fim de que importante fornecedor se recuse a contratar com qualquer comprador concorrente.

<sup>373</sup> Por exemplo, na hipótese em que um grupo demanda grandes quantidades de um fornecedor com capacidade produtiva restrita, situação na qual outros compradores podem não conseguir acesso ao produto, conforme citado em RBB ECONOMICS. Obra citada.

<sup>374</sup> ATHAYDE, Amanda. Obra citada, pág. 339-345.

<sup>375</sup> "This may be the result of the smaller order volume procured by non-members and the fact that upstream sellers may need to balance their books and offset losses resulting from the discounted rate obtained by the buying alliance. However, even when the conditions for waterbed effects are present, there is a possibility that prices for final consumers may decrease". EZRACHI, Ariel. Obra citada.

<sup>376</sup> Assim, nas palavras do estudo da OFT, "as a result, we expect that in the large majority of cases where buyer groups secure better terms of supply for their members, harmful waterbed effects will not arise". RBB ECONOMICS. Obra citada.



atividades; e (ii) se o fornecedor tem, em tese, poder para cobrar preços superiores ao que está cobrando atualmente dos compradores com menor poder de mercado, não parece haver razão para já não estar cobrando o preço superior. Para Athayde, no entanto, amparada em substancial doutrina antitruste, esse tipo de efeito deletério não só é possível, como também pode ser verificado atualmente em diversos setores da economia, como o varejista<sup>377</sup>.

Outra possibilidade é a de que um grupo de compra, quando negocia com fornecedores que atuam em mais de um ramo, possa prejudicar compradores e consumidores finais em outro mercado. A lógica é a mesma do aumento de custo de rivais, mas nesse caso há um *rent shifting* entre diferentes mercados: para compensar a perda em um dos mercados em que atua e no qual há grupo de compra com poder de mercado, o fornecedor acaba cobrando, como forma de compensar sua perda de rentabilidade, preços superiores em outro mercado no qual aqueles insumos também são demandados<sup>378</sup>.

Para além da questão de aumento de custo de rivais, discute-se em que medida algumas das previsões contratuais estabelecidas entre comprador e fornecedor podem vir a ser prejudiciais. Um exemplo clássico é a da cláusula MFN, por meio da qual o vendedor concorda em não cobrar do comprador beneficiário da MFN preço mais elevado do que o menor preço que oferece a qualquer outro comprador<sup>379</sup>.

Havendo essa cláusula, se o vendedor oferecer a outro comprador um preço inferior ao previsto no contrato com o beneficiário da MFN, o vendedor deverá, obrigatoriamente, oferecer o mesmo preço ao comprador beneficiário da cláusula. Há diversas discussões acerca dos efeitos desse tipo de cláusula na concorrência, sendo que, como efeitos negativos, aponta-se a elevação dos preços médios praticados no mercado, visto que o fornecedor perde incentivo para ofertar preços menores aos concorrentes que não são parte do grupo.

A depender da conjunção dos fatores, essa cláusula pode ser vista tanto como positiva, ao permitir que determinado comprador adquira insumos a menor preço<sup>380</sup>, quanto negativa, dado que indica a existência de forte influência do comprador na conduta do vendedor.

---

<sup>377</sup> “Especificamente no varejo supermercadista, essa correlação entre o efeito colchão d’água e o aumento do custo dos rivais foi apontada pela primeira vez pela Competition Commission do Reino Unido, em 2008. (...) Essa situação também está em linha com preocupações concorrenciais apontadas pela Comisión Nacional de la Competencia em 2011, no sentido da redução da concorrência no mercado varejista a longo prazo, como decorrência do “waterbed effect”, que pode ser implementado direta ou indiretamente pelo varejista”. ATHAYDE, Amanda. Obra citada, pág. 342-343.

<sup>378</sup> RBB ECONOMICS. Obra citada.

<sup>379</sup> Também conhecida como cláusula do comprador mais favorecido, inspirada nas práticas do direito internacional. Para mais informações: RIBEIRO, Eduardo Pontual e SAITO, Carolina. Defesa da concorrência e cláusulas contratuais que se referem à terceiros: cláusulas da nação mais favorecida (MFN). In.: MENDONÇA, Elvino de Carvalho et al. (Org). Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira, p. 145 a 171.

<sup>380</sup> CARSTENSEN, Peter. Obra citada.

### 3.4. Facilitação à colusão: o mercado *downstream*

Uma vez mapeadas as principais discussões relativas aos possíveis efeitos do grupo de compras no mercado *usptream*, passa-se agora às discussões referentes ao mercado *downstream*, que, em grande parte, dizem respeito à preocupação de que o maior contato entre os concorrentes, possibilitado pelo grupo de compras, possa facilitar ou até criar incentivos para que as empresas acordem entre si uma série de práticas anticompetitivas.

Vale notar que esse tipo de preocupação é muito mais premente na hipótese de as empresas do grupo serem concorrentes entre si. Além disso, a preocupação se torna mais significativa quanto maior for a proporção, em relação ao produto final, do custo e importância dos insumos e/ou serviços que estão sendo adquiridos conjuntamente<sup>381</sup>.

Isso porque o custo dos insumos é um fator significativo na formação dos preços dos produtos finais, o que faria dos grupos de compra mecanismo ideal para melhor coordenação de preços, estabilização do mercado e consequente diminuição da concorrência<sup>382</sup>. Importa também atentar para o tipo e finalidade do insumo comprado conjuntamente, já que, se o grupo atua na compra de insumos genéricos, que podem ser utilizados nas mais diversas atividades, o risco de colusão pode ser menor.

Algumas considerações genericamente aplicáveis à institucionalização de cartéis, como o poder de mercado das empresas, racionalidade da colusão, rivalidade no mercado e presença de produtos substitutos, dentre outras, também podem ser consideradas como indicativos da possibilidade e viabilidade de práticas anticompetitivas entre as empresas.

Nesse sentido, vale ter em mente alguns dos indicativos facilitadores de colusão direta, apontados por Pereira Neto e Casagrande<sup>383</sup>: (i) o número de participantes do acordo é reduzido; (ii) os agentes econômicos são parecidos entre si, o que se traduz na homogeneidade de produtos e de custos de produção; e (iii) o escopo do possível acordo é limitado, sendo mais fácil obter consenso e monitorar poucos itens. No contexto específico do grupo de compras, algumas questões mais específicas podem se fazer necessárias<sup>384</sup>: (iv) o grau de contato dos competidores dentro do grupo; (v) se há troca de informações sensíveis; (vi) se os termos de compra obtido são simétricos; e (vii) se há standardização dos produtos adquiridos.

---

<sup>381</sup> EZRACHI, Ariel. Obra citada.

<sup>382</sup> RBB ECONOMICS. Obra citada.

<sup>383</sup> PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo. Obra citada.

<sup>384</sup> RBB ECONOMICS. Obra citada.

Um dos riscos mais relevantes diz respeito à possibilidade de serem trocadas informações concorrencialmente sensíveis entre integrantes do *buying group*<sup>385</sup>. Poder-se-ia definir informação sensível como a informação estratégica não agregada que diz respeito à parcela relevante da atividade-fim das empresas, seja em termos de composição de custos do produto/serviço final, seja em termos de planejamento futuro ou de demanda e oferta do produto/serviço<sup>386387</sup>.

Ao centralizar os pedidos, entrar em contato direto com fornecedores e acompanhar a demanda de cada uma das empresas individualmente, os participantes têm acesso facilitado a diversas informações estratégicas das demais empresas participantes.

De um modo geral, as autoridades antitruste presumem que o simples acesso à informação sensível de concorrentes já seria suficiente para impactar a estratégia futura da empresa e, portanto, lesar a concorrência<sup>388</sup>. Há quem indique, por outro lado, que a troca de informações pode, em determinadas condições, ser benéfica e proporcionar eficiências ao mercado.

De acordo com relatório da OCDE<sup>389</sup>, por exemplo, os potenciais benefícios da troca de informações incluem: (i) melhor entendimento do mercado e da demanda, possibilitando à empresa o desenvolvimento de estratégias de mercado mais eficientes e de melhores canais de distribuição; (ii) facilitar a competição por parte de novos entrantes; (iii) melhorar a eficiência na gestão de inventários e aquisição de insumos, já que as empresas passam a ter melhor visualização do comportamento da demanda; (iv) permitir que as empresas procedam a estudos de *benchmarking*, melhorando processos e reduzindo custos; dentre outros.

Para minimizar o risco de troca de informações sensíveis, algumas medidas<sup>390</sup> podem

---

<sup>385</sup> CORDOVIL, Leonor. Obra citada.

<sup>386</sup> Observe-se, no entanto, que o conceito de informação sensível varia de acordo com as características do mercado, das empresas participantes e da composição de custos dessas empresas.

<sup>387</sup> Neste sentido, o Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração do CADE enumera, exemplificativamente, o que são consideradas informações concorrencialmente sensíveis: (i) custos; (ii) nível de capacidade e planos de expansão; (iii) estratégias de marketing; (iv) precificação de produtos (preços e descontos); (v) clientes e descontos praticados; (vi) salários de funcionários; (vii) relações comerciais havidas pelos concorrentes; (viii) dados não públicos sobre marcas e patentes, bem como pesquisa e desenvolvimento (P&D); (ix) planos de aquisições futuras; (x) estratégias competitivas), dentre outros (pág. 7). Já o Guia de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações, dispõe: “sindicatos, associações e seus membros devem tomar extrema cautela quando coletam e disseminam informações comercialmente sensíveis, como preços atuais e futuros, participações de mercado, custos, níveis de produção, planos de marketing, planos de crescimento, política de descontos, entre outras. Quanto mais concentrado for um setor, maior o risco de a coleta e a disseminação de informação serem consideradas uma violação à concorrência”. CADE. Guia de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações, p. 14.

<sup>388</sup> GHEZZI, Federico Cesare Guido; MAGGIOLINO, Maria Teresa. Know Your Enemy: The Dark Side of Information Flows (June 20, 2014).

<sup>389</sup> OCDE. Policy Roundtables: Information Exchanges Between Competitors under Competition Law. 2010.

<sup>390</sup> CANADIAN COMPETITION BUREAU. Enforcement Guidelines: Competitor Collaboration Guidelines,

ser adotadas<sup>391</sup>, tais como: (i) agregação/ anonimato dos dados; (ii) apresentação de dados com certa defasagem de tempo (dados históricos); (iii) que as informações sejam trocadas apenas entre funcionários específicos, que mantenham completo sigilo e não utilizem as informações do concorrente para benefício da empresa na qual atuam; ou que a troca de informações seja intermediada por órgão autônomo e independente, que mantenha o sigilo das informações trocadas (estrutura de governança corporativa e/ou contratação de auditoria independente); (iv) mecanismos de segregação informacional; e até (v) política de portas abertas (*open door policy*), reconhecendo o direito de a autoridade antitruste realizar inspeções nas áreas de atividades das empresas, dentre outras.

Outro risco considerável envolve a possibilidade de uniformização dos custos das empresas integrantes do acordo. Se o insumo que está sendo adquirido representar parcela substancial dos custos finais das empresas do grupo, há maior possibilidade de colusão, com a geração de incentivo para que as empresas cobrem preços similares<sup>392</sup>.

Para Blair e Durrance<sup>393</sup>, no entanto, trata-se de preocupação peculiar, visto que a teoria econômica clássica presume que todas as firmas têm acesso às mesmas funções de produção e adquirem insumos com o mesmo preço, sem qualquer assimetria informacional, o que faz com que, no modelo ideal, os custos das empresas concorrentes sejam iguais. Logo, não é claro ou lógico, para os autores, que a similaridade de custos seja anticompetitiva.

Para além disso, vale considerar que as empresas podem competir em outros aspectos que não preço, o que ocorre em diversos dos mercados classificados como de competição monopolística. Assim, um fator de risco significativo seria o de haver certa homogeneidade no produto ofertado pelas empresas participantes no acordo.

A possibilidade de standardização dos insumos adquiridos também pode ser entendida como benéfica ou prejudicial à concorrência, a depender das circunstâncias<sup>394</sup>. Padrões técnicos podem acarretar diversas eficiências, tais como a melhora do fluxo de informações, a redução de custos de transação e aumento de interoperabilidade. Por outro lado, pode afetar negativamente o mercado ao elevar barreiras à entrada, aumentar o custo de rivais, facilitar a colusão entre empresas e proteger posições de mercado, bem como reduzir o padrão geral de qualidade dos produtos ofertados ao consumidor final.

---

2009; US DOJ, Collaboration Among Competitors.

<sup>391</sup> O Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração do CADE, por exemplo, traz uma série de recomendações para o trato de informações sensíveis.

<sup>392</sup> LINDSAY, Michael A. Antitrust and Group Purchasing. <[http://files.dorsey.com/files/upload/antitrust\\_group\\_purchasing.pdf](http://files.dorsey.com/files/upload/antitrust_group_purchasing.pdf)>, acesso em 19/01/2018.

<sup>393</sup> BLAIR, R.; DURRANCE, C. Obra citada.

<sup>394</sup> MOTTA, Massimo. Obra citada, p. 207-208.

Por fim, vale citar que algumas práticas e cláusulas contratuais adotadas entre as empresas participantes no acordo podem se mostrar extremamente prejudiciais, tais como controle de preço de revenda, alocação e restrição territorial, restrições à compra fora do grupo, dentre outros. Em geral, essas cláusulas restritivas são tidas como deletérias, mas, a depender do contexto, podem ser enxergadas como *ancillary restraints*<sup>395</sup>.

Percebe-se, portanto, que há diversos problemas e possibilidades que podem surgir de um acordo de compra coletiva, seja no mercado *downstream*, no *upstream*, ou na concorrência de forma geral. Se isso é verdade, no entanto, pode ser ainda mais verdadeiro que acordos de compra coletiva tragam consigo diversas eficiências que contrabalançam ou afastem as preocupações concorrenciais. É a investigar isso que o próximo item se destina.

### 3.5. Eficiências: juntos vamos mais longe?

Para Jacobson e Dorman<sup>396</sup>, os acordos de compra quase sempre são pró-competitivos, resultando em diminuição de preços e maior *output* ao consumidor final. Carstensen<sup>397</sup> reconhece que, em contraposição ao modelo teórico de concorrência “perfeita”, em grande parte dos mercados, os fornecedores têm alguma discricionariedade e margem ao determinar seus preços de oferta, o que faz com que um grupo de compras possa vir a apresentar eficiências.

Há diversas possibilidades de um grupo de compras gerar eficiências, sendo as principais a significativa redução de custos das empresas<sup>398</sup> e o aumento da qualidade dos produtos adquiridos. Apesar disso, é importante esclarecer que as eficiências dependem da estrutura do grupo, do setor no qual atua, das atividades desenvolvidas pelo grupo em nome das empresas e da relação do grupo com os fornecedores<sup>399</sup>.

---

<sup>395</sup> “(...)existem casos em que certas limitações são apenas coadjuvantes necessários para obtenção de resultados economicamente positivos, como o progresso tecnológico ou mesmo a melhor eficiência das empresas. Trata-se da teoria das *ancillary restraints* que cedo ganhou o favor das Cortes americanas”. SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 318

<sup>396</sup> JACOBSON Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Obra citada.

<sup>397</sup> CARSTENSEN, Peter. Obra citada.

<sup>398</sup> “By combining their volume, the purchasers may enable a seller or sellers to reduce per unit selling expenses, administrative expenses and production costs, or to utilize unused (excess) capacity. The familiar ring of the phrase “volume discount” suggests that this type of efficiency is quite common and, one suspects, one of the most frequent motivations for joint purchasing”. JACOBSON Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Obra citada, pág. 62.

<sup>399</sup> Nesse sentido, vale ter em mente alerta de McFalls: “Even when joint ventures are limited to one function, though, the terms and operation of joint venture agreements may vary significantly and could have a decisive impact on the assessment of a particular venture's market power. A joint venture may be exclusive or nonexclusive; it may last one year or twenty years; it may establish price and output jointly with its parents or independently; it may permit new members to join the venture or limit participation to the original parents; it may facilitate the coordination of non-joint venture activities, or it may employ safeguards to prevent the

Segundo King<sup>400</sup>, na ausência de negociação coletiva, as empresas individualmente enfrentam diversos custos de transação e outros custos derivados da negociação com os fornecedores. Quando se unem para barganhar, as empresas têm maior possibilidade de negociar contratos mais completos<sup>401</sup>, que melhor atendam às necessidades concretas do negócio, com maiores particularidades, o que não seria possível na hipótese de terem de se contentar, devido ao custo-benefício das negociações, com contratos padrão ou de adesão.

Além disso, a redução dos custos de transação e a união das empresas para barganhar coletivamente pode diminuir substancialmente as assimetrias informacionais e as limitações de busca de informação que cada empresa teria individualmente. É comum que os vendedores tenham acesso a informações que não compartilham com o comprador, e vice-versa; além de ser possível que um dado comprador tenha acesso a informações que outro comprador na mesma posição não tenha<sup>402</sup>. A união entre empresas e o aumento do poder de barganha pode limitar esse tipo de problema e permitir a celebração de contratos mais eficientes, já que fica alterada a assimetria informacional e a maneira pela qual as informações podem ser utilizadas no desenho e formação da estratégia contratual.

Assim, como grupo, as empresas podem melhor coordenar as informações recebidas, agregá-las e interpretá-las de maneira que os interesses e incentivos do contrato estejam alinhados, não só entre o grupo e o fornecedor, mas também entre as empresas do grupo.

Dessa forma, mesmo que os contratos continuem com lacunas ou incompletos, há outros fatores a serem considerados, como: (i) um fornecedor pode preferir lidar com poucos compradores, ou então com poucos representantes de muitos compradores, reduzindo custos para o próprio fornecedor e permitindo melhor alinhamento de interesses também da perspectiva do fornecedor<sup>403</sup>; (ii) a comunicação do grupo com o fornecedor pode ser mais eficiente do que a comunicação de cada membro individual com o fornecedor.

Ademais, a barganha coletiva permite a redução nos custos de encontrar um fornecedor com produtos de qualidade e que tenha capacidade para garantir o fornecimento do insumo de modo contínuo<sup>404</sup>. As empresas podem decidir estratégias de compra com mais informações,

---

exchange of competitively sensitive information with or between the parents; it may combine or obtain a small share of the relevant market at the time of formation, but could acquire a significant share of the relevant market over time without any changes in contractual provisions”. MCFALLS, Michael S. Obra citada, pág. 653.

<sup>400</sup> KING, Stephen P. Obra citada.

<sup>401</sup> Para maiores discussões sobre teoria dos contratos, ver ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Ed. Almedina.

<sup>402</sup> KING, Stephen P. Obra citada.

<sup>403</sup> RBB ECONOMICS. Obra citada.

<sup>404</sup> STEPTOE, Mary Lou. The Power Buyer Defense In Merger Cases. Antitrust Law Journal. Vol. 61, No. 2 (Winter 1993), pág. 493-504.

reconhecendo mais facilmente quando os vendedores estão cobrando preços supracompetitivos.

Nesse contexto, os acordos de compra coletiva podem ser importantes também como forma de ameaça e controle do mercado *upstream*. O poder de compra do grupo poderia ser utilizado para estimular maior competição no mercado de venda, seja pela constante ameaça exercida pelos compradores de trocar de fornecedor, seja pela ameaça de integração para trás<sup>405</sup> - que o grupo de compras, quando confrontado com mercado *upstream* pouco competitivo, passe a participar do mercado, seja adquirindo uma das empresas, seja financiando a entrada de novo *player*, seja viabilizando a importação dos insumos em questão a melhores preços. Ou seja, a habilidade da empresa ofertante cobrar preços supracompetitivos depende também da estrutura de mercado dos compradores com os quais se vê obrigada a negociar.

Desse modo, é mais fácil para dada empresa abusar de poder de mercado quando se vê diante de grande número de compradores dispersos, sem poder de barganha significativo, do que quando está diante de grupo de compradores com maior poder de barganha<sup>406</sup>.

Assim, em termos de relação com o fornecedor, o acordo possibilita que as empresas tenham custos de troca substancialmente reduzidos, o que induz a maior competição no mercado *upstream* e pode evitar abusos por parte do vendedor<sup>407</sup>.

Outras eficiências em termos de *supply chain management*<sup>408</sup> incluem diminuição no custo de fretes e custos envolvidos na distribuição, com possível redução de tempo de entrega

---

<sup>405</sup> MOTTA, Massimo. *Obra Citada*.

<sup>406</sup> “This power seemed to show up quite clearly in oral-auction experiments involving a single seller. When the monopolist faced a small number of active buyers, prices tended to be lower than when the monopolist faced a passive buyer programmed to act like a perfect competitor. Thus, one explanation for the significant price competition that appeared in double-oral-auction markets may be that buyer market power neutralized any market power that sellers possessed. (...) Perhaps the most likely explanation for the double-oral-auction experimental results, therefore, is that as few as three or four sellers are simply unable to coordinate their actions in the face of active, negotiating buyer”. KIRKWOOD, John B. *Antitrust Implications of the Recent Experimental Literature on Collusion*. *Antitrust L. & Econ.* 605 (1988), pág. 612.

<sup>407</sup> Sobre as formas pelas quais o grupo de compras pode diminuir o custo de troca, citam-se as seguintes: contratação de funcionários especializados em prospecção de novos fornecedores e mercados; constante busca por novos fornecedores e novas cadeias de distribuição; monitoramento constante da qualidade dos produtos; testes de adequação de produtos inovadores, dentre outros. RBB ECONOMICS. *Obra citada*.

<sup>408</sup> Sobre o conceito e importância do controle logístico: “Até o produto chegar ao cliente final ele passa por vários processos que podem variar de acordo com o tipo de produto vendido e que podem afetar o atendimento deste cliente final. Mesmo um lojista que aparentemente “somente” compra um produto para revender pode ter no seu portfolio produtos muito simples que ele compra diretamente do primeiro “processador” do produto e produtos complexos que passam por várias fases de fabricação. Para que ele atenda o seu cliente tem que conhecer muito bem todos os aspectos de cada produto comprado como lead time de entrega, possíveis períodos de alta de consumo que podem afetar a disponibilidade do produto no mercado, como seu fornecedor trabalha, onde está localizado, enfim gerenciar todo o processo de forma a atender com excelência o seu cliente”. FERNANDES, José Mauricio. *Supply Chain: o que significa e qual a importância*. Disponível em <<http://www.industria hoje.com.br/supply-chain-o-que-significa-e-qual-importancia>>, acesso 18/01/2018.

dos produtos; integração e compartilhamento de estoques, bem como de armazém no qual os produtos são estocados e ficam à disposição das empresas; além de integração de diversas funções, como faturamento e pagamento dos fornecedores.

É importante ter em mente a possibilidade do que concebemos como um “poder compensatório intramercado”. Para entender o conceito, basta pensar na situação em que dado mercado é altamente concentrado, e que o maior *player* consiga impor diversas condições aos fornecedores e compradores que o beneficiem. Nesse caso, as concorrentes diretas de menor porte podem se ver naturalmente desfavorecidas e enfrentar custos substancialmente maiores do que os do concorrente de maior porte. A união das empresas, nesse sentido, seria uma forma de conseguir equiparação à situação do competidor dominante.

Por fim, em termos de eficiências dinâmicas, o grupo de compras pode ainda incentivar fornecedores a inovarem em produtos e processos de produção, seja devido ao fato de que o fornecedor, ao celebrar um contrato de longo prazo com os compradores, se vê mais apto a investir e mais disposto a aceitar riscos; seja devido ao fato de que, com suas margens suprimidas, o vendedor se vê obrigado a reduzir custos; ou, ainda, porque a empresa no mercado *upstream* precisa agora diferenciar seus produtos, por meio de inovações e melhorias em qualidade, com o fim de alcançar maior parcela do mercado ou eventualmente justificar, perante o grupo de compras, a razão de estar cobrando preços superiores.

Ressalte-se, no entanto, que para que essas eficiências cheguem ao consumidor final é necessário que o mercado *downstream* se mantenha competitivo, tanto com empresas atuantes fora do grupo, quanto com garantias de que as empresas do grupo manterão sua independência<sup>409</sup>.

#### **4. Fragmentos de um problema maior: algumas considerações finais (iniciais?)**

O que se percebeu no presente trabalho, foi que há pouca ou quase nenhuma sistematização na análise realizada pelas autoridades antitruste. Grande parte dos elementos sugeridos nesse artigo não estão presentes nas decisões, ao menos não de forma direta. Não bastasse isso, as inúmeras problemáticas identificadas no Capítulo 2 do trabalho, bem como a complexidade a elas inerentes, não parecem ter encontrado reflexo em todos precedentes, individualmente.

Em relação ao CADE, quando se consideram todos os precedentes em conjunto, é possível perceber que a autoridade está ciente de grande parte das variáveis concorrenciais em

---

<sup>409</sup> RBB ECONOMICS. Obra citada.



jogo. Ainda assim, fica claro que a falta de sistematização e de consolidação acerca de quais os principais problemas a serem enfrentados prejudicou em muito algumas decisões, que acabaram por focar em algum ponto específico e ignorar os demais.

Para Pereira Neto e Casagrande<sup>410</sup>, o fato de o CADE não possuir guia ou orientações a respeito de acordos de cooperação entre concorrentes, ao contrário do que se verifica em outros países, dificulta a identificação de critérios mais claros quanto a elementos que podem ser considerados problemáticos. Essa constatação dos autores foi confirmada no presente trabalho, especialmente quando da comparação das decisões do grupo de precedentes envolvendo a constituição de Portais B2B em relação aos demais precedentes analisados em sede de ato de concentração.

O conflito entre cooperação e colusão e a criação de incentivos à cooperação são elementos centrais, a nosso ver, de um direito da concorrência mais alinhado com a realidade econômica. Como já dizia F. Scott Fitzgerald, “o teste de primeira qualidade é a habilidade de manter duas ideias opostas ao mesmo tempo e ainda guardar a capacidade de funcionar”.

De todo o exposto, é possível concluir que a formulação de guias é de suma importância para garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados e tornar as decisões do CADE mais eficientes e céleres.

Ademais, acreditamos que os exemplos da União Europeia e da Austrália devem servir de inspiração para delinear novos contornos da política da concorrência. O primeiro no sentido de que nem tudo o que hoje se entende por cartel é realmente um cartel no sentido negativo do termo, e que podem haver critérios, mais ou menos claros, para excluir do conceito de cartel algumas práticas horizontais pró-concorrenciais, a exemplo do que faz o art. 101 (3) do Tratado da União Europeia. O segundo no sentido de que alegações de eficiência podem ser, desde que não se trate de um cartel *hardcore*, utilizadas tanto para aprovação e imunização prévia, quanto como item a ser considerado em análises de condutas pela regra da razão.

---

<sup>410</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo. Obra citada.

## 5. Bibliografia

ALMEIDA, Sílvia Fagá. Poder compensatório e política de defesa da concorrência: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>>.

ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Ed. Almedina.

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

AUSTRALIA. Authorisation Guidelines ACC, p. 3. Disponível em <<http://www.accc.gov.au/system/files/Authorisation%20guidelines.pdf>>

AUSTRALIA. Streamlined collective bargaining for small business 2011. Disponível em <<https://www.accc.gov.au/system/files/Small%20Business%20Collective%20Bargaining%20Notifications%20and%20the%20Competition%20and%20Consumer%20Act.pdf>>

AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Silvia Fagá. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência. Disponível em <<http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A175.pdf>>.

BLAIR, Roger D.; DURRANCE, Piette C. Group Purchasing Organizations, Monopsony and Antitrust Policy. *Managerial and Decision Economics* 35(7), October 2014.

CADE. Guia de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações.

CADE. Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016.

CANADIAN COMPETITION BUREAU. Enforcement Guidelines: Competitor Collaboration Guidelines, 2009

CARTENSEN, Peter. Buyer Cartels v. Buying groups: legal distinctions, competitive realities and antitrust policy. *Willian Mary Business Law Review*, v. 1, I. 1, February 2010.

CORDOVIL, L. Buying Group ou grupos de compra: a análise das experiências norte-americana e brasileira. In.: MENDONÇA, E.C; GOMES, F.L; MENDONÇA, R.P.A. *Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira*. Ed. Migalhas, 2015.

DALMAGRO et al. Centrais de compras no setor supermercadista: análise dos benefícios percebidos pelos agentes envolvidos. Disponível em <[http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos10/450\\_Artigo%20Seget%202010%20Central%20de%20Compras%20IDENTIF.pdf](http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos10/450_Artigo%20Seget%202010%20Central%20de%20Compras%20IDENTIF.pdf)>.

DAVIDOW, Joel. Antitrust Foreign Policy and International Buying Cooperation. *Yale Law Journal*, n. 84, 268, 1974.

DOJ, FTC. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors. April 2000. Disponível em <[https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-)

2.pdf>

EUROPEAN COMMISSION. The EU Horizontal Guidelines, Section 5, Purchasing Agreements. Disponível em <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)>

EZRACHI, Ariel. Buying Alliances and Input price fixing: in search of a European enforcement standard. *Journal of Competition Law and Economics*, 8 (1), 2012.

FERNANDES, José Mauricio. Supply Chain: o que significa e qual a importância. Disponível em <<http://www.industriahoje.com.br/supply-chain-o-que-significa-e-qual-importancia>>

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

GHEZZI, Federico Cesare Guido; MAGGIOLINO, Maria Teresa. Know Your Enemy: The Dark Side of Information Flows (June 20, 2014)

GICO, Ivo T. Cartel: Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Ed. Lex, 2012.

GOLDBERG, Daniel K. Poder de compra e política antitruste. São Paulo: Ed. Singular, 2006.

GORDILHO, Mário Sérgio Rocha. Poder de Compra em Análises de Atos de Concentração Econômica - Novos Desafios no Mercado Brasileiro de Bens Duráveis. In.: IBRAC. Ideias em Competição: 5 anos do Prêmio IBRAC-Tim. Ed. Singular.

HALLADAY, Casey W. Caveat Emptor: The legality of buying groups under Canadian Competition Law. ABA Spring Meeting, April 2016.

HENZLER, Herbert A. Alliances in Europe: Collusion or Cooperation. In. BLEEKE, Joel;

ERNST, David. Collaborating to compete: using strategic alliances and acquisitions in the global marketplace. McKinsey and Company, 1993.

JACOBSON, Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Joint Purchasing, Monopsony and Antitrust. *36 Antitrust Bull.* 1, 4 (1991).

JORDE, T.M; TEECEM D.J. Acceptable Cooperation Among Competitors in the Face of Growing International Competition. *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, No. 2, 37th Annual Meeting (August 6-9, 1989), pág. 529-556.

KING, Stephen P. Collective Bargaining by Business: economic and legal implications. *University of New South Wales Law Journal*. Disponível em <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJI/2013/5.html>>.

KIRKWOOD, John B. Antitrust Implications of the Recent Experimental Literature on Collusion. *Antitrust L. & Econ.* 605 (1988).

LINDSAY, Michael A. Antitrust and Group Purchasing. <[http://files.dorsey.com/files/upload/antitrust\\_group\\_purchasing.pdf](http://files.dorsey.com/files/upload/antitrust_group_purchasing.pdf)>

MCFALLS, Michael S. The role and assessment of classical market power in joint venture analysis. *Antitrust Law Journal*, vol. 66, no. 3.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. EUA: Ed. Cambridge Press, 2009.

OCDE. *Policy Roundtables on Monopsony and Buyer Power*. 2008. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>>

OCDE. *Policy Roundtables: Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*. 2010.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

PORTER, Michael E. *Estratégia Competitiva*. São Paulo: Ed. Campus, 2004.

PORTER, Michael E. *Estratégia Competitiva*. São Paulo: Ed. Campus, 1986.

RBB ECONOMICS. Office of Fair Trading (OFT): The competitive effects of buyer groups. Disponível em <<http://www.rbbecon.com/downloads/2012/12/oft863.pdf>>.

RIBEIRO, Eduardo Pontual e SAITO, Carolina. Defesa da concorrência e cláusulas contratuais que se referem à terceiros: cláusulas da nação mais favorecida (MFN). In.:

MENDONÇA, Elvino de Carvalho et al. (Org). *Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira*, p. 145 a 171.

RIEDEL, Paula. Independence or collaboration when purchasing: a buyer's dilemma. ABA Spring Meeting, April 2016

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - SDE. *Combate a cartéis em sindicatos e associações: como atuar em conformidade com a Lei de Defesa da Concorrência*. 2009.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. V.1. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1988.

STEPTOE, Mary Lou. The Power Buyer Defense In Merger Cases. *Antitrust Law Journal*. Vol. 61, No. 2 (Winter 1993), pág. 493-504.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE

COMMISSION. *Statements of Antitrust Enforcement Policy and Health Care*. Agosto de 1996. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/statements-antitrust-enforcement-policy-health-care>>

## Qual a contribuição da Teoria dos Jogos para os programas de leniência? Uma análise aplicada ao contexto brasileiro

Lucas Campio Pinha<sup>411</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar a literatura econômica relacionada à Teoria dos Jogos e aos programas de leniência, bem como avaliar o cenário brasileiro neste contexto. O intuito é analisar a literatura internacional relacionada ao tema com o objetivo de obter recomendações sobre o desenho ótimo de políticas de leniência. Com relação ao contexto brasileiro, a principal conclusão é de que o Programa de Leniência no Brasil é adequado às recomendações da literatura no que concerne os temas já bem estabelecidos. A única mudança sugerida de fato é a garantia à imunidade de multas no caso do CADE já ter iniciado as investigações. As recomendações mais polêmicas e recentes (recompensa ao delator e imunidade em relação aos danos) ainda estão em discussão e requerem maior debate.

**Palavras chave:** programa de leniência; carteis, teoria dos jogos; dilema dos prisioneiros; antitruste

**Abstract:** The main objective of this paper is to analyze the economic literature related to game theory and leniency programs, as well as to evaluate the Brazilian framework in this context. The idea is analyzing the international literature aiming at obtaining relevant recommendations about the optimal design of leniency policies. We conclude that the Brazilian Leniency Program is suitable to the well established issues. The only suggestion is the immunity from fines in case of CADE have already begun the investigation. The most recent and polemic recommendations (rewards to the applicant and immunity from damages claims) are under discussion.

**Keywords:** leniency program; cartels, game theory; prisoner's dilemma; antitrust

**Código JEL:** K21, L41, C72

---

<sup>411</sup> Doutor em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa. Atua na área de Organização Industrial, com ênfase em estimação de poder de mercado e políticas de combate a carteis.

## 1. Introdução

O combate aos cartéis é uma das atividades prioritárias das agências antitruste ao redor do mundo e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (doravante CADE) no Brasil. Os efeitos nocivos dos cartéis são conhecidos: eles tendem a reduzir a eficiência alocativa se comparado ao cenário competitivo devido ao aumento de preço, divisão de mercado, entre outras formas de ação possível<sup>412</sup>. Assim, os cartéis explícitos (onde há clara e evidente coordenação de esforços)<sup>413</sup> são ilegais e representam a mais danosa conduta anticompetitiva.

De acordo com Spagnolo (2008), o cartel pode ser considerado um tipo de crime organizado com três características fundamentais: (i) ele requer a cooperação de dois ou mais agentes; (ii) em geral, é uma atividade contínua com várias interações, até mesmo em cartéis em licitações é comum que os membros atuem regularmente em diversas ocasiões; (iii) cada membro é informado sobre a atuação ilegal dos demais. Com isto, os cartéis são naturalmente instáveis, seja devido à traição dos demais membros ou devido à ação antitruste.

Neste contexto, os programas de leniência surgiram como uma forma das firmas/indivíduos que participam de um cartel poderem delatar a infração à autoridade antitruste, assumindo a culpa pelo crime e auxiliando na acusação dos demais envolvidos. Ao cumprirem determinados pré-requisitos estabelecidos previamente pela legislação do país/região, podem ser beneficiados com anistia de multas e/ou criminais. São ferramentas recentes de combate aos cartéis, visto que o primeiro país a adotar regras pré-definidas que compõem um programa de leniência amplo e bem estabelecido foram os Estados Unidos em 1993<sup>414</sup>. A União Europeia implementou o *European Leniency Program* em 1996 com algumas diferenças em relação ao EUA<sup>415</sup> e posteriormente diversos países adotaram o programa, incluindo o Brasil no ano 2000<sup>416</sup>.

O Programa de Leniência brasileiro foi instituído por meio da Lei nº 10.149/00. O acordo era feito pela União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e

---

<sup>412</sup> Em termos econômicos, os cartéis geram lucros supernormais aos infratores e a perda de peso morto na economia. Além disto, eles diminuem o excedente do consumidor e reduzem os incentivos a vantagens comparativas de mercado, tais como inovações, aumento da produtividade, entre outros.

<sup>413</sup> A definição de colusão tácita como prática ilegal não é consensual na literatura.

<sup>414</sup> Apesar de políticas relacionadas à anistia de penas para membros de cartéis serem observadas desde 1978 no *Amnesty Program*. Para uma maior compreensão do histórico das políticas de leniência e das políticas de delação e confissão, como o *plea-bargaining* e o *whistle-blowers*, ver Motta e Polo (2003).

<sup>415</sup> Ver Spagnolo (2008) para maiores detalhes.

<sup>416</sup> Ver Martinez (2015) e Pinha *et al.* (2016) para maiores informações acerca do Programa de Leniência brasileiro.

julgado pelo CADE. O primeiro acordo de leniência no Brasil foi assinado em 2003 e refere-se ao cartel de vigilantes no Rio Grande do Sul.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) foi reformulado com a Lei nº 12.529/2011, que passou a conter as regras que fundamentam o Programa de Leniência que vigora nos dias de hoje no Brasil. Em adição, a SDE foi extinta, ficando o SBDC a ser liderado pelo CADE. O novo Programa de Leniência brasileiro é semelhante ao anterior, com exceção de três modificações pontuadas por CADE (2016a): (i) o acordo passa a ser feito diretamente com o CADE; (2) o líder do cartel pode ser signatário do acordo de leniência (pela Lei nº 10.149/00 o líder era impedido); (3) o acordo de leniência também abrange imunidade criminal.

Apesar de toda a discussão jurídica que permeia as políticas de leniência, do ponto de vista da Ciência Econômica elas visam alterar os incentivos das firmas e das pessoas envolvidas (ou que eventualmente possam se envolver) na infração. Isto está intrinsecamente relacionado à Teoria dos Jogos, campo definido como o estudo das interações estratégicas dos agentes econômicos. Enquanto parte da Ciência Econômica se destina ao estudo de decisões isoladas, como por exemplo uma empresa maximizando o lucro ou um consumidor maximizando sua utilidade em consumir bens e serviços, a Teoria dos Jogos analisa as ações dos agentes considerando as atitudes dos demais agentes, daí a interação estratégica. Esta literatura é antiga e tem sido aprimorada com o tempo, vide os modelos de Cournot e Bertrand ainda no século XIX e os diversos Prêmios de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel posteriores.

O presente artigo tem como objetivo analisar a literatura econômica relacionada à Teoria dos Jogos e aos programas de leniência, bem como avaliar o cenário brasileiro neste contexto<sup>417</sup>. Dois trabalhos estão proximamente relacionados a este artigo. O primeiro é Leslie (2006), que analisa o *US Corporate Leniency Policy* com base na Teoria dos Jogos, apresentando os conceitos básicos e relacionando com as modificações ocorridas nos Estados Unidos. O segundo é Rufino (2015), que faz algo semelhante para o Programa de Leniência brasileiro. Não obstante a importância dos trabalhos citados para os conceitos básicos e para a área jurídica, o presente artigo se diferencia por analisar mais a fundo e com maior rigor os conceitos econômicos, além de dar um panorama geral dos artigos de Teoria dos Jogos relacionados ao tema. Assim, é possível avaliar o cenário nacional e obter orientações para as políticas do Programa de Leniência brasileiro.

---

<sup>417</sup> O trabalho está mais relacionado ao Programa de Leniência para cartéis de mercado. A literatura de cartéis em licitações é distinta e está ligada a um ramo da Teoria dos Jogos chamado teoria dos leilões.

## 1. Conceitos importantes da Teoria dos Jogos no contexto de cartéis

É comum representar as interações estratégicas envolvendo acordos colusivos por meio de um jogo denominado “Dilema dos Prisioneiros”. Esta é uma situação em que os agentes têm um maior ganho cooperando, porém cada um tem incentivos para trair individualmente. Como resultado, quando todos traem o ganho individual é menor que na situação de cooperação. A Tabela 1 representa este cenário para um acordo de cartel entre duas firmas:

Tabela 1. O jogo do Dilema dos Prisioneiros para duas firmas que formam um cartel.

		Firma 2	
		C	D
Firma 1	C	3,3	1,4
	D	4,1	2,2

Fonte: Elaboração própria.

A Firma 1 é representada pelas ações (ou estratégias) de cumprir o acordo de cartel (*C*) ou trair e delatar a infração para a autoridade antitruste por meio de um acordo de leniência (*D*)<sup>418</sup>, ambos representados na horizontal e pelos primeiros números de cada quadrante, ao passo que a Firma 2 está na vertical e corresponde aos segundos números dos quadrantes. Os números representam o resultado da combinação das ações, conhecidos na literatura como *pay-offs*, portanto se ambas optarem por *C* cada uma ganha 3. A análise do jogo para a Firma 1 é a seguinte: no caso da Firma 2 escolher *C* é melhor para a Firma 1 optar por *D*, já que o

<sup>418</sup>O jogo também pode ser analisado comparando as estratégias de cumprir o acordo colusivo ou trair o cartel colocando um preço inferior ao acordado (traição sem envolvimento de leniência). No presente caso, como o objetivo é analisar as políticas de leniência, a ação de “delatar” representa colocar um preço menor e depois denunciar o cartel por meio de um acordo de leniência, por isto o ganho é maior que ao cumprir o acordo.



*pay-off* ao delatar é 4 (ao invés de 3 se escolher *C*); no caso da Firma 2 optar por *D* também é melhor para a Firma 1 decidir por *D*, visto que o *pay-off* será de 2 ao invés de 1. A análise do jogo para a Firma 2 é análoga, porém comparando os segundos *pay-offs* entre as colunas. Como resultado, tem-se que  $(D,D)$  é o equilíbrio de Nash, definido por Fundenberg e Tirole (1991) como o conjunto de estratégias em que a ação de cada jogador é a melhor resposta dada as ações dos demais jogadores<sup>419</sup>. Na situação da Tabela 1 delatar é sempre a melhor resposta, por isso  $(D,D)$  é o equilíbrio de Nash.

Na situação acima a formação de um cartel é injustificável, visto que cada firma tem incentivos para delatar a infração. Todavia, a situação é modificada no caso de um cartel em jogos repetidos. Novos elementos surgem neste contexto: (i) as firmas irão comparar as expectativas dos ganhos em optar por *C* ou por *D* em cada período (e não somente o ganho corrente); (ii) é comum que haja alguma punição quando alguém delata, como a estratégia do gatilho (*grim-trigger strategy*), em que ambas cumprem com o acordo de cartel em todo período até que uma traia, resultando na não formação do cartel daí em diante; (iii) é comum pressupor que o jogo se repete infinitamente.

No contexto de jogos repetidos o mais importante não é o equilíbrio de Nash do jogo como um todo, mas sim a sequência de ações que constituem o equilíbrio de Nash em cada subjogo. Isto significa que as firmas serão racionais ao tomar a melhor decisão em cada segmento do jogo, o que constitui um “equilíbrio perfeito de subjogos”. Fundenberg e Tirole (1991) explicam da seguinte forma: visto que todo jogo é um subjogo de si mesmo, um equilíbrio perfeito de subjogos é necessariamente um equilíbrio de Nash; se o único subjogo for o jogo inteiro eles coincidem; se o jogo possuir mais subjogos pode haver equilíbrios de Nash que não são equilíbrios perfeito de subjogos.

Conforme ressaltado em Spagnolo (2008), o desenho ótimo de políticas de leniência visa destruir os equilíbrios colusivos, de modo que os carteis sejam dissuadidos (não se formem) e/ou desestabilizados. A literatura geralmente considera o equilíbrio colusivo como um equilíbrio perfeito de subjogos em que as firmas formam o cartel em todo período e nunca traem, ou seja, o cartel é sustentável<sup>420</sup>. Denote o valor esperado desta sequência de ações por  $V_C$ , a probabilidade do CADE descobrir e punir o cartel por  $\alpha$ , a multa a ser paga por cada firma caso o cartel seja descoberto (sem leniência) por  $F$  e o fator de desconto temporal por

---

<sup>419</sup>Ver Fundenberg e Tirole (1991) para uma definição com rigor matemático.

<sup>420</sup> Alguns trabalhos também analisam o equilíbrio perfeito de subjogos em que as empresas fazem o cartel e delatam em todo período, porém este é um cenário pouco realista.

$\delta$ <sup>421</sup> (este representa o grau de paciência das firmas. Suponha ainda que o cartel nunca mais se forme após ser descoberto e punido, resultando em competição entre firmas e lucro zero daí em diante (este é o caso de um cartel de produtos homogêneos). O valor esperado de formar o cartel em cada período para cada firma da Tabela 1 é dado por:

$$V_C = 3 - \alpha F + \delta \left[ \alpha \frac{0}{(1-\delta)} + (1 - \alpha)V_C \right] \quad (1)$$

A explicação é a seguinte na ordem da expressão (1): no período presente, cada firma ganha 3 por optar por  $C$  no jogo da Tabela 1; com probabilidade  $\alpha$  o cartel é descoberto e a firma pagará a multa  $F$  no período presente; no período seguinte, se o cartel foi descoberto as firmas irão competir para sempre e ganharão 0 por período daí em diante<sup>422</sup>; se o cartel não foi descoberto (com probabilidade  $(1 - \alpha)$ ) a firma jogará o mesmo jogo novamente, representado por  $V_C$ .

Para ser um equilíbrio perfeito de subjogos o valor esperado de cumprir o cartel ( $V_C$ ) deve ser a melhor escolha em todo período. No caso, deve ser melhor que a ação de delatar o cartel. O valor esperado de trair o acordo e ser o único a delatar é dado por:

$$V_D = 4 - \bar{F} + \delta \left[ \frac{0}{(1-\delta)} \right] \quad (2)$$

Ao assinar o acordo de leniência a firma ganhará 4 no período presente, porém a autoridade antitruste estará cem por cento certa da existência do cartel ( $\alpha = 1$ ). Com isto, a firma que delatar pagará a multa  $\bar{F}$  no período presente, de modo que  $0 \leq \bar{F} \leq F$ , isto é, se  $\bar{F} = F$  não há nenhum benefício em delatar (a multa a ser paga é a mesma), se  $0 < \bar{F} < F$  há anistia parcial de multas para a delatora e se  $\bar{F} = 0$  há imunidade. Considerando ainda a *grim-trigger strategy*, as firmas nunca mais formarão o acordo e irão competir em um duopólio para sempre, portanto o lucro zero daí em diante. Note que ambas delatarem não é um equilíbrio perfeito de subjogos justamente pela *grim-trigger strategy*, isto é, não é possível

<sup>421</sup> Este varia entre zero e um e representa o grau de paciência das firmas. Um fator de desconto temporal elevado significa que a firma valoriza bastante os ganhos futuros, sendo, portanto, paciente com relação aos ganhos. Por outro lado, um fator de desconto temporal baixo significa que o agente é impaciente e valoriza mais o ganho presente

<sup>422</sup> O termo  $0 \delta / (1 - \delta)$  resulta de uma progressão aritmética infinita. No período seguinte a firma ganhará  $\delta 0$  em valor atual, no próximo  $\delta^2 0$ , no próximo  $\delta^3 0$ , e assim por diante. Portanto, o valor total é  $0(\delta + \delta^2 + \delta^3 + \dots)$ , ou  $0\delta(1 + \delta + \delta^2 + \dots)$ . Como  $(1 + \delta + \delta^2 + \dots) = 1/(1 - \delta)$  pela soma de uma progressão aritmética infinita, tem-se  $0 \delta / (1 - \delta)$ .

tomar esta ação em todo período.

Com a definição de  $V_C$  e  $V_D$  é possível obter a condição de sustentabilidade do cartel, conhecida na literatura como *incentive compatibility constrain* (doravante ICC). A ICC implica que  $V_C \geq V_D$ , ou seja, que o valor esperado de cumprir o acordo de cartel seja maior ou no mínimo igual ao valor esperado de delatar. Igualando as expressões (1) e (2) e isolando o fator de desconto temporal a seguinte expressão é obtida:

$$\delta \geq \frac{1}{(1-\alpha)} - \frac{(3-\alpha\bar{F})}{(1-\alpha)(4-\bar{F})} \quad (3)$$

Este é o limiar que garante a sustentabilidade do cartel. Se  $\delta$  for maior ou igual à expressão da direita em (3) a ICC é satisfeita e o cartel é sustentável, caso contrário é mais vantajoso trair e delatar a infração. Os programas de leniência visam modificar o parâmetro  $\bar{F}$  ao conceder anistia parcial ou imunidade de multas para a firma que assinar o acordo. Nota-se que a expressão do lado direito de (3) aumenta à medida que  $\bar{F}$  decresce, sendo que o valor máximo é obtido quando  $\bar{F} = 0$ . Supondo que há na economia diversos carteis com distintos valores de  $\delta$ , quando  $\bar{F} = 0$  a ICC é fortalecida e um maior número de carteis é evitado, dado que menos equilíbrios perfeitos de subjogos serão satisfeitos. Por exemplo, suponha  $\alpha = 0,5$ ,  $F = 1$  e  $\bar{F} = 1$ , de modo que não haja anistia de multa para o assinante do acordo de leniência. O lado direito de (3) será aproximadamente 0,33. Para um cartel em que as firmas tenham um fator de desconto temporal de 0,7 o equilíbrio perfeito de subjogos é satisfeito e o cartel será sustentável. Porém, se a autoridade antitruste concede imunidade ao delator, tal que  $\bar{F} = 0$ , o lado direito de (3) torna-se 0,75 e o cartel não é mais sustentável.

Em suma, o panorama acima demonstra que a adoção de um Programa de Leniência altera os incentivos das firmas a formarem carteis, ao mesmo tempo em que a política ótima para dissuadir e desestabilizar os carteis é garantir imunidade para a firma que delatar a infração. Este é um cenário simplificado, exposto apenas para uma compreensão adequada dos conceitos básicos da literatura econômica do tema. Os artigos relacionados, em geral, utilizam os conceitos supracitados, porém com modificações de acordo com o objeto de análise e o tema de interesse, como por exemplo analisar as consequências da recompensa financeira por delatar, se é uma política ótima fornecer leniência apenas para o primeiro a delatar, se é ótimo fornecer imunidade de multas mesmo após a autoridade antitruste estar investigando o caso, entre outros temas.

## 2. A literatura de leniência relacionada à Teoria dos Jogos

A literatura relacionada ao tema é vasta e tem aumentado com o passar dos anos. Na presente seção são apresentadas as principais contribuições que podem ser úteis para compreender e orientar o Programa de Leniência brasileiro<sup>423</sup>.

O trabalho seminal é Motta e Polo (2003). Por meio da modelagem de jogos repetidos infinitamente, os autores ressaltam que o Programa de Leniência tem dois efeitos principais: (i) ele é benéfico ao *enforcement* de combate aos cartéis, principalmente se for considerado que a autoridade antitruste tem uma restrição orçamentária e deve buscar obter melhores resultados a menores custos; (ii) por outro lado, ele reduz o custo esperado de formar um cartel por diminuir as multas para quem assinar o acordo. Os autores concluem que o efeito benéfico é dominante quando a autoridade antitruste tem recursos limitados, por isso é desejável que a legislação antitruste do país tenha um Programa de Leniência em funcionamento. Isto não é verdade quando a autoridade tem recursos à vontade para investigar e punir sem a necessidade de leniência, porém este não é o cenário de praticamente nenhuma agência antitruste no mundo. Em adição, eles concluem que é desejável que os benefícios possam ser concedidos mesmo quando o acordo for assinado após o início das investigações.

Uma importante contribuição foi realizada em Spagnolo (2005). Inicialmente, o autor analisa um cenário em que as multas recolhidas dos demais membros do cartel são entregues ao assinante do acordo como uma espécie de recompensa. Este é denominado de *corageous leniency*, porém é um cenário irreal, não praticado em nenhum país que se tenha notícia. A parte mais interessante do trabalho se refere ao caso de anistia parcial e/ou imunidade de multas, mais comum nos países e denominado de *moderate leniency*. O autor desenvolve o conceito de “risco” (*riskyness*), ressaltando que um programa de leniência eleva a desconfiança interna do cartel e aumenta o risco de ser traído, o que é uma fonte importante de dissuasão. Além disto, a política ótima é obtida quando a leniência é garantida apenas ao primeiro que delatar, elevando ao máximo o medo da traição.

Uma abordagem distinta foi realizada em Houba, Motchenkova e Wen (2015). Ao invés de considerar a formação do cartel como uma decisão binária (formar ou não formar), os autores analisam o cartel como um monopólio que pode ser sustentado em diferentes níveis

---

<sup>423</sup> Em alguns casos mais de um trabalho recomenda a mesma política, enquanto em outros casos os artigos não chegam a uma conclusão clara de política e/ou analisam casos específicos. Buscou-se apresentar os trabalhos com sugestões claras, que possam ser analisadas no contexto da legislação brasileira. Para uma revisão completa da literatura internacional, ver Spagnolo e Marvão (2016). Trabalhos relevantes no Brasil incluem Moreira e Penalzoa (2004) e Vasconcelos e Ramos (2007).

de preços. Para os propósitos do presente trabalho, o resultado mais interessante é de que a política ótima é fornecer imunidade ao delator mesmo após a autoridade antitruste estar investigando o caso.

Enquanto os trabalhos supracitados estão mais relacionados às políticas de leniência para firmas, Aubert *et al.* (2006) exploram também a questão das recompensas para o indivíduo que delatar o cartel. Os autores afirmam que uma forma de tornar o cartel menos rentável é oferecer uma recompensa ao delator, seja uma empresa ou um funcionário. No caso do delator ser um funcionário, a firma teria que suborná-lo para que o sigilo se mantivesse, o que reduz o lucro da empresa e desestabiliza o cartel.

A leniência *plus* é uma política recente adotada pelos Estados Unidos (e também no Brasil) que visa incentivar as firmas que fazem parte de um cartel a delatar outro cartel do qual também fazem parte. Lefouili e Roux (2012) analisam a leniência *plus* por meio da Teoria dos Jogos e ressaltam o contexto dos carteis multimercados, isto é, quando as mesmas firmas se cartelizam em mercados distintos. Os autores concluem que as autoridades antitruste devem ser cautelosas ao combinar políticas de combate aos carteis, visto que efeitos pró-clusivos podem surgir. Em particular, a introdução da leniência *plus* gera efeitos positivos e negativos dependendo do contexto analisado, por isto o trabalho não recomenda claramente a implementação desta política.

Uma das discussões mais recentes sobre os programas de leniência é a interface entre o *enforcement* público e privado. No caso, o *enforcement* público é a ação da autoridade antitruste (investigação, políticas de leniência, grau de severidade das multas, e etc), enquanto o *enforcement* privado são as ações judiciais de reparação de danos. Em muitas jurisdições as vítimas de cartel podem requerer judicialmente uma reparação por danos, sejam elas consumidores, fornecedores, e até mesmo instâncias do governo que se sentiram lesadas por carteis de mercado ou carteis em licitações. Em Buccirosi, Marvão e Spagnolo (2015), os autores analisam esta interação e concluem: o *enforcement* privado é mais eficaz na prevenção de carteis quando a responsabilidade pelos danos ao delator é zero, isto é, quando há imunidade com relação aos danos. Neste cenário, também é eficiente disponibilizar ao máximo as informações para que as vítimas possam processar o cartel. A análise demonstra que esta proposta é mais eficaz que as políticas atuais nos Estados Unidos, União Europeia e também na Hungria, onde a o assinante do acordo pode ser solicitado a reparar os danos somente se o montante não puder ser recolhido dos demais membros do cartel.

### 3. O contexto brasileiro em relação à literatura

A presente seção visa abordar os aspectos do Programa de Leniência brasileiro com base nas indicações da literatura apresentada. O intuito é verificar se o programa se adequa às principais recomendações, além de comparar com outras jurisdições. A Tabela 2 a seguir sumariza as recomendações:

Tabela 2. Artigos, recomendações e a adequação do Programa de Leniência brasileiro

<b>Artigo</b>	<b>Recomendação</b>	<b>Corresponde à situação brasileira?</b>
Motta e Polo (2003)	Benefícios mesmo após o início das investigações	Sim
Spagnolo (2005)	Benefícios restritos ao primeiro que assinar o acordo	Sim
Houba, Motchenkova e Wen (2015)	Imunidade garantida ao delator mesmo após o início das investigações	Não
Aubert <i>et al.</i> (2006)	Recompensas ao indivíduo que delatar o cartel	Não
Lefouili e Roux (2012)	Prós e contras da leniência <i>plus</i> . Recomendação inconclusiva.	Sim (há a leniência <i>plus</i> )
Buccirossi, Marvão e Spagnolo (2015)	Imunidade ao delator com relação aos danos causados e divulgação total das informações para as partes lesadas	Não

Fonte: Elaboração própria.

Com relação à recomendação de Motta e Polo (2003), a Lei nº 12.529/2011 define que

a imunidade total das penas administrativas para empresas e indivíduos é obtida quando o CADE não tiver ciência da infração. Se a investigação já estiver em curso as penas podem ser reduzidas de um a dois terços, dependendo da boa-fé do infrator. Há, desta forma, benefícios ao delator mesmo após o início das investigações. Nos Estados Unidos, de acordo com o documento oficial do *Antitrust Division*, subordinado ao Departamento de Justiça norte americano<sup>424</sup>, os pré-requisitos e os possíveis benefícios também variam no caso da investigação já ter sido iniciada ou não. Em caso positivo, o delator ainda poderá obter total leniência se: for a primeira que se qualificar para o acordo de leniência; no momento do acordo a *Antitrust Division* não tem informação suficiente para acusar a corporação; for considerado que a anistia não é injusta com os demais (isto inclui a firma ser a líder, ou seja, não é possível que o líder do cartel seja signatário do acordo). Na União Europeia, segundo o documento oficial do *European leniency program*, elaborado pelo *European Competition Network*<sup>425</sup>, há duas possibilidades da firma obter leniência: a primeira refere-se à imunidade total de multas e exige que a firma seja a primeira a ser qualificar, além do fato da autoridade antitruste não ter possuído informações suficientes para condenar o cartel; a segunda refere-se à possibilidade de obter leniência parcial e exige que a firma forneça evidências valorosas para a autoridade antitruste, complementando as informações já obtidas. Nota-se, portanto, que a sugestão de Motta e Polo (2003) é atendida nas três jurisdições.

A sugestão de Spagnolo (2005) também é atendida no Brasil. Conforme já mencionado, o Programa de Leniência brasileiro foi inspirado no programa norte americano, conhecido pela abordagem *winner takes all* nas palavras de Martinez (2015). Somente o primeiro a assinar o acordo obtém os benefícios. É comum no Brasil que após uma delação pelo Programa de Leniência que os demais membros do cartel assinem um Termo de Compromisso de Cessação (TCC), no qual admitem a culpa pelo ilícito e recebem uma redução das possíveis multas<sup>426</sup>. Isto poderia ser encarado como uma leniência para os demais membros, porém são políticas distintas com objetivos diferentes. Supõe-se que o Programa de Leniência está mais relacionado com a dissuasão e desestabilização de carteis, além de incentivar os membros a delatarem um cartel do qual o CADE ainda não tem conhecimento. Por outro lado, o TCC está mais ligado à redução dos custos e do tempo de investigação, visto que normalmente as firmas só assinam TCCs após o CADE já estar investigando o caso. Ao contrário do Brasil e dos Estados Unidos, na União Europeia o grau de leniência varia se a

---

<sup>424</sup> Disponível em <http://www.justice.gov/atr/corporate-lenieny-policy>.

<sup>425</sup> Disponível em [http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp\\_revised\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf).

<sup>426</sup> Para maiores detalhes, ver CADE (2016b).

firma é a primeira, segunda, terceira, e assim por diante a qualificar-se para o acordo. A primeira firma a assinar o acordo de leniência pode obter imunidade total no caso da autoridade não saber do caso ou de 30% a 50% de redução de multa, a segunda de 20% a 30% e as demais até 20% de redução. Nota-se, portanto, que a sugestão de Spagnolo (2005) é atendida no Brasil e nos Estados Unidos e não é atendida na União Europeia.

A próxima recomendação é a de Houba, Motchenkova e Wen (2015). Conforme mencionado, se a investigação já estiver em curso pelo CADE as penas podem ser reduzidas de um a dois terços, dependendo da boa-fé do infrator. Desta forma, não há imunidade automática. No Estados Unidos há a total imunidade mesmo após a investigação ter sido iniciada (se a firma se qualificar conforme citado anteriormente), enquanto na União Europeia é possível obter apenas a leniência parcial. A sugestão, portanto, só é atendida nos Estados Unidos.

Já a recomendação de Aubert *et al.* (2006) não é atendida em nenhuma jurisdição que se tem notícia, nem para pessoas físicas nem para firmas. De acordo com Sullivan *et al.* (2011), o Reino Unido, a Coreia do Sul e a Hungria possuem regras que visam recompensar indivíduos que delatarem um cartel, porém estas são destinadas a terceiros, isto é, não são válidas para participantes do acordo colusivo. Como ressaltado por Spagnolo (2005), uma possível recompensa financeira ao delator é uma ação vista como imoral, já que o mesmo estaria sendo beneficiado por ter praticado uma infração. Do ponto de vista moral e jurídico esta é uma discussão que foge do escopo do presente trabalho. Porém, do ponto de vista dos incentivos econômicos, Aubert *et al.* (2006) sugerem a adoção da recompensa ao delator como forma de desestabilizar o cartel.

Com relação ao tema abordado em Lefouili e Roux (2012), a Lei nº 12.529/2011 define os critérios para a leniência *plus* no Brasil. O Parágrafo 7º do Art. 86 afirma: “a empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o CADE não tenha qualquer conhecimento prévio”. Já o Parágrafo 8º do mesmo artigo define: “o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada”. Os autores ressaltam os pontos positivos e negativos relacionados à esta política e não chegam a recomendá-la de fato, porém como ela também é adotada nos Estados Unidos e na União



Europeia supõe-se que seja adequado ter uma política deste tipo em voga.

Por fim, a sugestão de Buccirosi, Marvão e Spagnolo (2015) também não é aplicada em nenhum lugar que se tenha notícia. Segundo Cauffman (2011), nos Estados Unidos as empresas podem ser responsabilizadas pelos danos triplicados, além de serem solidariamente responsáveis pelo dano do cartel inteiro. O *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* de 2004 limita a responsabilidade do assinante do acordo aos danos simples e atribuíveis apenas às próprias ações, enquanto os demais membros poderão ser requisitados a cobrir os danos adicionais. Além disto, as partes lesadas podem requisitar qualquer informação que julgarem relevante para o processo. Na União Europeia os critérios estão presentes em European Commission (2014): o assinante do acordo de leniência é solidariamente responsável pelos danos causados diretamente e indiretamente aos compradores e fornecedores; somente poderá ser responsável pelos danos aos demais agentes lesados se a total compensação não puder ser obtida das demais firmas do cartel. Além disto, a divulgação de informações acerca das provas obtidas com o acordo de leniência não é permitida. No Brasil ainda não há nenhuma política específica neste sentido, apesar de algumas sugestões estarem em curso. A tendência é permitir que o delator seja responsabilizado apenas pelos danos que ele mesmo causou, ao mesmo tempo em que as informações para as partes lesadas possam ser divulgadas com mais facilidade, desde que não prejudiquem as investigações. Nota-se, portanto, que a recomendação de Buccirosi, Marvão e Spagnolo (2015) não é atendida em nenhuma das três jurisdições. O mais próximo disto é na Hungria, onde o beneficiário da leniência tem imunidade com relação aos danos, ao menos que o montante total não possa ser cobrado dos demais membros do cartel.

Com base na Tabela 2, é possível notar o cenário brasileiro é adequado às sugestões que se refere aos benefícios após o início das investigações e ao fato de apenas o primeiro a assinar o acordo ser beneficiado. Com relação à imunidade garantida mesmo após o início das investigações o panorama brasileiro não é condizente, visto que apenas a anistia parcial é permitida. Com relação à leniência *plus* não há uma recomendação clara, porém, o fato de outros países e regiões adotarem esta política leva à suposição de que esta é uma política adequada e desejável. Por fim, as discussões sobre recompensas para delatores e responsabilidade pelos danos do cartel são recentes, sendo estes importantes temas a serem discutidos nas políticas antitruste atuais e para o futuro.

#### 4. Conclusões

As políticas de leniência estão intrinsecamente ligadas aos incentivos dos agentes a formarem cartéis. Pela ótica da Teoria dos Jogos a ideia é dissuadir e/ou desestabilizar os acordos colusivos por meio da redução da punição do delator. Neste contexto, o presente artigo teve como objetivo analisar a literatura econômica relacionada à Teoria dos Jogos e aos programas de leniência, bem como avaliar o cenário brasileiro neste contexto.

É possível notar que o Programa de Leniência brasileiro é adequado às recomendações da literatura analisada no que concerne os assuntos mais antigos e já pouco discutidos atualmente, tais como o benefício somente ao primeiro delator e possíveis benefícios mesmo após o CADE estar investigando o caso. A única mudança sugerida de fato é a garantia à imunidade no segundo caso. Sobre a recompensa ao delator e a responsabilidade pelos danos, apesar da não adequação à literatura, não é possível dizer que o Programa de Leniência brasileiro esteja atrasado, visto que são discussões recentes e até mesmo as jurisdições mais tradicionais no *enforcement* antitruste ainda não têm uma posição definitiva.

Cabe aos profissionais e acadêmicos no Brasil estarem atentos aos debates atuais, analisando as tendências mundiais para que a legislação no país seja aprimorada. Em adição aos temas citados, problemas intrinsecamente nacionais também devem ser debatidos, visto que podem estar prejudicando a aplicação da legislação de Defesa da Concorrência e do Programa de Leniência brasileiro. Como exemplo, tem-se a morosidade do sistema judiciário brasileiro, o fato do Brasil ser um país em desenvolvimento e por consequência não ter como prioridade o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, além de outros temas relevantes.

## 5. Referências

AUBERT, C.; REY, P.; KOVACIC, W. E. The Impact of Leniency and Whistle Blowing Programs on Cartels. *International Journal of Industrial Organization*. V. 24, Nº 6 , p. 1241-1266. 2006.

BUCCIROSSI, P.; MARVÃO, C.; SPAGNOLO, G. 2015. Leniency and Damages. CEPR Discussion Paper No. DP10682. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2624637>. Acesso em 01 de setembro de 2017.

CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). 2016a. Guia – Programa de Leniência Antitruste do CADE. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf). Acesso em: 10 de setembro de 2017.

CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). 2016b. Guia – Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf). Acesso em: 10 de setembro de 2017.

CAUFFMAN, C. The Interrelationship between Leniency and Damages Actions. *Competition Law Review*. P. 181-220. 2011.

EUROPEAN COMMISSION. 2014. Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the member states and of the European Union. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>. Acesso em 02 de setembro de 2017.

FUDENBERG, D.; TIROLE, J. Game Theory. Cambridge, MA: MIT Press; 1991. 604 p.

HOUBA, H.; MOTCHENKOVA, E.; WEN, Q. The Effects of Leniency on Cartel Pricing. *The BE Journal of Theoretical Economics*, 15(2), 351-389. 2015.

LEFOUILI, Y.; ROUX, C. Leniency programs for multimarket firms: The effect of Amnesty Plus on cartel formation. *International Journal of Industrial Organization*, V. 30, Nº 6, p. 624-660. 2012.

LESLIE, C. R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *Journal of Corporation Law*, vol. 31, p. 453-488, 2006.

MARTINEZ, A. P. Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience. *Journal of European Law and Practice*. V. 6, Nº 4, p. 260-267. 2015.

MOTTA, M. ; POLO, M. Leniency Programs and Cartel Prosecution. *International Journal of Industrial Organization*. V. 21, Nº 3, p. 347-379. 2003.

MOREIRA, E. A. S.; PENALOZA, R. Programas de Leniência, Corrupção e o Papel da Corregedoria da Autoridade Antitruste. In: XXXII Encontro Nacional de Economia, 2004, João Pessoa, Paraíba. *Anais do XXXII ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA*, Anpec, 2004. P. 1-20.

PINHA, L. C.; BRAGA, M. J.; CORREIA, G. A. S. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. *Revista de Defesa da Concorrência*, v.4, n.1, p. 133-152. 2016.

RUFINO, V. S. Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 1, n. 1, p. 47-64. 2015.

SPAGNOLO, G. Divide et impera: Optimal leniency programmes, CEPR Discussion Papers nº 4840. 2005.

SPAGNOLO, G. Leniency and Whistleblowers In Antitrust. In: BUCCIROSSI, P (ed). *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press. 2008. p. 259-304.

SPAGNOLO, G.; MARVÃO, C. 2016. Cartels and Leniency: Taking Stock of What We Learnt. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2850498> . Acesso em 01 de setembro de

2017.

SULLIVAN, K. R.; BALL, K.; KLEBOLT, S. 2011. The Potential Impact of Adding a Whistleblower Rewards Provision to ACPERA. The Antitrust Source. Disponível em: [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust\\_source/oct11\\_sullivan\\_10\\_24f.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/oct11_sullivan_10_24f.authcheckdam.pdf) . Acesso em 02 de setembro de 2017.

VASCONCELOS, S. P.; RAMOS, S. F. Análise da Efetividade do Programa de Leniência Brasileiro no Combate aos Cartéis. *Working Paper 008/2007*. Juiz de Fora. 2007.

***European Commission v. Google Inc.*: lições sobre a responsabilidade especial do agente econômico dominante**

Ciro Silva Martins<sup>427</sup>

**RESUMO**

Este estudo parte do caso *European Commission v. Google Inc.* para analisar o conceito de responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes segundo a jurisprudência comunitária europeia. Após identificar a aplicação do conceito ao referido caso, traçou, com o auxílio de outros precedentes, suas principais características, concluindo que, apesar da ideia de responsabilidade especial ter importância na exegese do art. 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o conceito toma maior dimensão quando considerado dentro de uma perspectiva institucional de política concorrencial. A partir deste levantamento, avaliaram-se os riscos e as consequências da responsabilidade especial do agente econômico dominante concebida nestes termos.

**Palavras-chave:** Responsabilidade especial. Abuso de posição dominante. Google. Comissão Europeia. Direito Concorrencial.

**ABSTRACT**

This study commences with the case *European Commission v. Google Inc.* to analyze the concept of special responsibility of the dominant economic agent according to European Community jurisprudence. After identifying the application of the concept to this case, it draws, with the help of other precedents, its main characteristics, concluding that, despite the idea of special responsibility importance in the exegesis of art. 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the concept becomes more relevant when considered from an institutional perspective of competition policy. From this finding, we assess the risks and consequences of the special responsibility of the dominant economic agent, as conceived in these terms.

**Keywords:** Special responsibility. Abuse of dominant position. Google. European Commission. Competition Law.

---

<sup>427</sup> Graduando em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

**SUMÁRIO.** 1. Introdução; 2. A sistemática do artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e como o Google teria praticado abuso de posição dominante; 3. A construção jurisprudencial da reponsabilidade especial do agente econômico dominante; 3.1 Raízes teóricas da responsabilidade especial: ordoliberalismo 4. Análise crítica da responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes; 4.1. Ataques relacionados à aplicação da responsabilidade especial como princípio; 4.2. Riscos relacionados ao dever de autoavaliação dos agentes econômicos dominantes; 5. Considerações finais; 6. Bibliografia.

## 1. Introdução

Em 30 de novembro de 2010, após diversas reclamações recebidas, a Comissão Europeia decidiu instaurar procedimento investigativo para apurar alegações de que o *Google Inc.* (“Google”) teria abusado de sua posição dominante no mercado de buscas online, violando o art. 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). Sinteticamente, o Google teria praticado condutas exclusionárias unilaterais: aproveitando-se de sua posição dominante, estaria lançando mão de seu mecanismo de buscas em geral (*Google Search*) para alavancar sua posição no mercado de comparação de produtos online, através da plataforma *Google Shopping*.

Conforme destaca a própria Comissão Europeia<sup>428</sup>, ao invés de competir no mérito no mercado de serviços de comparação de produtos online:

- (i) o *Google* estaria sistematicamente colocando seu próprio mecanismo de comparação de produtos numa posição proeminente, isto é, quando os consumidores utilizam o mecanismo de busca do *Google*, o serviço de comparação de produtos do *Google* aparece no topo e com destaque; e
- (ii) o *Google* estaria depreciando os demais concorrentes do mercado de comparação, através de resultados enviesados no mecanismo de busca. O algoritmo do *Google*

---

<sup>428</sup> COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Press Release - Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service. Bruxelas, 27/06/2017. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1784\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm). Acesso em: 28/01/2018.

*Search* estaria rebaixando os concorrentes do *Google Shopping* que, por sua vez, não era submetido a este mesmo crivo.

Assim, o *Google Shopping* ficaria em posição bem mais visível para os consumidores, existindo evidências de que os consumidores clicam muito mais vezes nos resultados que aparecem no topo das buscas<sup>429</sup>. Nesse sentido, o *Google* teria garantido uma vantagem significativa em relação aos seus concorrentes, a qual não teria decorrido simplesmente do mérito do seu serviço de comparação.

Assim, a decisão proferida em 27 de junho de 2017 concluiu que, de fato, houve violação ao art. 102 do TFUE, e o *Google* foi condenado ao pagamento de multa de € 2.424.495.000,00 (dois bilhões, quatrocentos e vinte e quatro milhões e quatrocentos e noventa e cinco mil euros). Além disso, o *Google* foi obrigado a cessar qualquer prática que tenha por objeto ou efeito o mesmo resultado exclusionário, bem como cumprir com o princípio do tratamento igualitário no mercado de comparação de produtos.

Como é sabido, deter posição dominante não constitui ilícito algum, pelo contrário, a busca por maiores parcelas do mercado é natural num mercado competitivo, devendo ser valorizada<sup>430</sup>. Contudo, quando o agente econômico passa a deter tal posição num mercado, ele torna-se capaz de comportar-se de maneira indiferente em relação aos seus concorrentes e consumidores<sup>431</sup>, o que abre a possibilidade de minimização da competição no mérito. Conforme PEREIRA NETO (2016, p. 138):

“o direito econômico concebeu a figura do ‘abuso de posição dominante’ para disciplinar situações em que um agente econômico utiliza o seu poder

---

<sup>429</sup> Conforme a Comissão Europeia: “The evidence shows that consumers click far more often on results that are more visible, i.e. the results appearing higher up in Google’s search results. Even on a desktop, the ten highest-ranking generic search results on page 1 together generally receive approximately 95% of all clicks on generic search results (with the top result receiving about 35% of all the clicks). The first result on page 2 of Google’s generic search results receives only about 1% of all clicks. This cannot just be explained by the fact that the first result is more relevant, because evidence also shows that moving the first result to the third rank leads to a reduction in the number of clicks by about 50%.” (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Press Release - Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service. Bruxelas, 27/06/2017. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1784\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm). Acesso em: 28/01/2018).

<sup>430</sup> No Brasil, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), dispõe nesse mesmo sentido, no § 1º do art. 36: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”.

<sup>431</sup> “The dominant position referred to in Article 102 of the Treaty relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of its consumers.”, Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – Google Search (Shopping), parágrafo 264.



de mercado de forma a distorcer o processo competitivo, exorbitando os limites das liberdades econômicas garantidas constitucionalmente (i.e., liberdade de iniciativa e de concorrência).”

Por esse motivo, as autoridades antitrustes em geral costumam manter maior vigilância sobre o comportamento de agentes econômicos nestas condições. Não é diferente na União Europeia, aonde se ampliou a questão ao tratar da noção de “responsabilidade especial” do agente dominante. Como destaca FORGIONI (2016, p. 296):

“Por essas razões, na União Europeia, exige-se da empresa dominante que se comporte de maneira tal a não destruir as condições de mercado. Esse agente deve oferecer concorrência saudável, baseada na superioridade real de seus produtos ou serviços (*‘competition on the merits’*), e não alavancar-se em sua força econômica. Imputa-se-lhes ‘responsabilidade especial’, para que não distorçam o campo da batalha competitiva, em detrimento daqueles de menor dimensão. O agente dominante tem o direito de atuar livremente no mercado, desde que o prejuízo infligido a seus concorrentes decorra do ‘mérito dos bens ou serviços que fornecem’.”

Com efeito, do mesmo modo que o abuso de posição dominante não está limitado ao mercado que o agente econômico se encontra, devendo se estender aos demais mercados cujo agente possa exercer sua influência (mercados integrados verticalmente e horizontalmente), nada impede a responsabilidade especial também seja alargada. Como sublinha a Comissão Europeia, não é necessário que a dominância, o abuso e os efeitos do abuso estejam todos no mesmo mercado<sup>432</sup>.

Esse conceito de responsabilidade especial tem frequentado assiduamente a Comissão Europeia, não por acaso sendo invocado no primeiro parágrafo que trata do abuso de posição dominante na decisão pela condenação do *Google*<sup>433</sup>. Isto sinaliza que a ideia de responsabilidade especial dos agentes dominantes tem assumido cada vez mais um papel central na repressão ao abuso de posição dominante e, assim, na política concorrencial europeia.

---

<sup>432</sup> “Therefore, the fact that a dominant undertaking’s abusive conduct has its adverse effects on a market distinct from the dominated one does not preclude the application of Article 102 of the Treaty or Article 54 of the EEA Agreement. It is not necessary that the dominance, the abuse and the effects of the abuse are all in the same market.”, Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – Google Search (Shopping), parágrafo 334.

<sup>433</sup> “Dominant undertakings have a special responsibility not to impair, by conduct falling outside the scope of competition on the merits, genuine undistorted competition in the internal market. A system of undistorted competition can be guaranteed only if equality of opportunity is secured as between the various economic operators. The scope of the special responsibility of the dominant undertaking has to be considered in light of the specific circumstances of the case.”, Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – Google Search (Shopping), parágrafo 331.

Todavia, tal responsabilidade especial de não asfixiar a concorrência não é isenta de críticas. Em primeiro lugar, não é claro “até que ponto uma empresa é obrigada a fornecer ao rival condições de igualdade em relação às condições oferecidas a si próprio”<sup>434</sup> ou qual seria o real conteúdo desta responsabilidade. Em segundo lugar, a legislação não impõe qualquer obrigação desse sentido aos competidores, assim, quando a autoridade antitruste sustenta uma responsabilidade especial, está sendo intervencionista e desconfiada do poder de autocorreção dos mercados. Ainda, existem correntes que defendem que a discriminação em favor dos produtos e serviços da firma dominante pode ser pró-competitiva<sup>435</sup>.

Dito isto, o presente artigo irá analisar a sistemática do art. 102 do TFUE e como ele foi aplicado ao caso *Google*, buscando caracterizar o que seria o abuso de posição dominante nos termos da jurisprudência comunitária europeia (item 2). Em seguida, iremos explorar a construção da construção da noção de responsabilidade especial da firma dominante, almejando identificar o seu real significado (item 3), para então avaliar suas consequências e riscos (item 4).

## **2. A sistemática do artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e como o *Google* teria praticado abuso de posição dominante**

Conforme dispõe o art. 102 do TFUE, é vedado às “empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste”. Para que determinada conduta caracterize abuso no sentido deste dispositivo legal é necessária a conjugação de alguns fatores: (i) a verificação de que o agente econômico possui poder de mercado (*market power*) em nível suficiente que o permita agir com certa indiferença em relação aos seus concorrentes; (ii) a prática de uma conduta que fuja ao escopo da competição no mérito, afetando as condições de mercado e os consumidores; e (iii) a prevalência de efeitos líquidos negativos, isto é, ainda que a conduta produza ganhos em termo de eficiência, estes não superam os prejuízos exclusionários causados<sup>436</sup>. Acontece que a identificação de

---

<sup>434</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 349-2013, parágrafo 74, p. 24.

<sup>435</sup> FIDELIS, Andressa Lins. Entre o “*laissez-faire*” americano e o “intervencionismo” europeu: para qual direção aponta a atual investigação do CADE sobre o mecanismo de busca do Google. Revista de Defesa da Concorrência. Vol. 3, nº 2, p. 79.

<sup>436</sup> A noção de efeitos líquidos negativos, no direito concorrencial, está associada à ideia de que a ilicitude de uma conduta, em geral, não se dá pelo objeto (regra *per se*), mas pelos efeitos (*effects-based approach*). Isto é, a

cada um desses elementos é bastante intrincada, o que demanda uma postura cautelosa por parte das autoridades antitrustes.

Nesse sentido, o primeiro passo numa investigação que envolva o art. 102 do TFUE é avaliar se o agente em questão é dominante ou não<sup>437</sup>. Para isso, é necessário, de antemão, delimitar o mercado relevante – aquele mercado em que se se travam as relações de concorrência do agente em questão –, sob pena de não ser possível determinar a incidência do referido dispositivo legal. Como aponta FORGIONI (2016, p. 222), “para delimitação do mercado relevante, devemos analisar dois aspectos complementares e indissociáveis: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material, ou mercado do produto”. Por mercado relevante geográfico se entende área (espaço físico) aonde se trava a concorrência e, por mercado relevante material, aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerando o produto ou serviço que oferta. Ainda na lição de FORGIONI (2016, p. 237):

“a caracterização do mercado relevante é crucial para a autorização ou impedimento das operações entre agentes econômicos, pois que os efeitos decorrentes serão sopesados dentro dessa moldura. Restringindo-se o mercado relevante, as consequências da prática poderão ser sentidas de forma mais aguda. De outra parte, o aumento da dimensão do mercado é capaz de diluir o impacto anticoncorrencial e, algumas vezes, permitir sua autorização”.

Uma vez delimitado o mercado relevante, é preciso identificar o poder econômico do agente nesse mercado. Um indicativo importante deste poder é o *market share* detido pelo agente. A Comissão Europeia tem considerado que se uma companhia detém menos de 40% da parcela do mercado é improvável que ela seja dominante<sup>438</sup>. Mas esse fator é tomado em conjunto com as características do mercado, v.g.: existência de barreiras à entrada, o poder dos consumidores, o qual pode ser capaz de contrabalancear o cenário, e os recursos que a companhia possui, os quais permitem-na estender-se verticalmente na cadeia produtiva.

---

configuração da ilicitude depende de um sopesamento das consequências da conduta, de modo que, no caso concreto é possível, como matéria de defesa, alegar possíveis ganhos em termos de eficiência, para atenuar os efeitos deletérios. Sobre ilicitude pelos efeitos, cf. FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 9ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 134ss.

<sup>437</sup> Cf. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases). Bruxelas, 16/08/2013. Disponível em [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures\\_102\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html). Acesso em: 28/01/2018.

<sup>438</sup> Idem. No Brasil, conforme o § 2º do art. 36, da Lei nº 12.529/11: “Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

No caso *Google*, a Comissão concluiu que os mercados relevantes materiais são o mercado serviços de busca em geral e o mercado de serviços de comparação de produtos<sup>439</sup>. O primeiro mercado, segundo a Comissão, (i) constitui uma atividade económica, independentemente de o serviço ser oferecido gratuitamente; (ii) possui limitada substituíbilidade do serviço tanto do lado da oferta quanto do lado da demanda; e (iii) inexistência de diferença nos serviços de busca em geral utilizados por dispositivos móveis ou não<sup>440</sup>. O mercado de comparação de produtos, por sua vez, distingue-se das buscas em geral por sua especialização na comparação de preços entre diferentes varejistas, provendo *links* que endereçam o consumidor para a aquisição do produto ou serviço<sup>441</sup>. Acerca do mercado relevante geográfico, a Comissão concluiu que tanto o mercado de buscas em geral quanto o de comparação de produtos são de escopo nacional, porquanto, apesar dos serviços poderem ser acessados de qualquer lugar do mundo, existem barreiras linguísticas que acabam delimitando o seu alcance<sup>442</sup>.

No que se refere ao poder de mercado, a Comissão concluiu que o *Google* possuía uma posição dominante em todos os mercados nacionais analisados<sup>443</sup>. A conclusão baseou-se, conjuntamente, na esmagadora parcela de mercado detida pelo *Google*, na existência de barreiras à entrada e na ausência de poder contrabalanceado dos consumidores. Essa abordagem tradicional por parte da Comissão não é isenta de críticas, ao menos desde o caso *Microsoft*<sup>444</sup>. Argumenta-se que em mercados de alta tecnologia, caracterizados por altos índices de inovação, embora haja uma tendência à monopolização decorrente dos efeitos de rede<sup>445</sup>, a concorrência é travada mais “pelo” mercado do que “no” mercado relevante. Nessa linha, os monopólios seriam “fracos”, apesar do *market share* ser expressivo e das barreiras à entrada decorrentes dos efeitos de rede existirem<sup>446-447</sup>. De qualquer maneira, esta argumentação não foi levada em consideração pela Comissão.

---

<sup>439</sup> Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – Google Search (Shopping), parágrafo 154.

<sup>440</sup> *Ibidem*, parágrafo 156.

<sup>441</sup> *Ibidem*, parágrafo 191.

<sup>442</sup> *Ibidem*, parágrafo 251.

<sup>443</sup> *Ibidem*, parágrafo 271.

<sup>444</sup> Processo COMP/C-3/37.792, Microsoft Inc v. European Commission, 2007.

<sup>445</sup> Um exemplo utilizado por VARIAN (2010, p. 686) para explicar a ideia de efeitos de rede em mercados de alta tecnologia é o seguinte: a plataforma Adobe PDF. Quanto mais usuários adquirem o software Acrobat Reader, mais os designers desejam distribuir conteúdo neste formato, criando o ciclo que se retroalimenta, tendendo à dominância do mercado. Outros exemplos são as redes sociais (*Facebook* e *LinkedIn*) e o próprio sistema operacional *Windows*. Portanto, os efeitos de rede são externalidades características deste tipo de mercado.

<sup>446</sup> Para entender a ideia de competição “pelo” mercado em contraposição à competição “no” mercado, basta

Sem embargo, estar numa posição dominante não constitui ilícito, mas o detentor desta posição – segundo o entendimento comunitário europeu – tem uma responsabilidade especial de garantir que sua conduta não distorça a competição no mérito<sup>448</sup>. O art. 102 do TFUE oferece um rol exemplificativo de condutas que podem ser consideradas abusivas: (a) impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; (b) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; (c) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; (d) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

No presente caso, a Comissão entendeu que a posição do *Google* no mercado ensejaria uma responsabilidade especial de não prejudicar a concorrência genuína e não distorcida através de condutas que fogem ao escopo da competição no mérito<sup>449</sup>. Assim, ao dispor o *Google Shopping* numa posição mais favorável nos resultados do *Google Search*, ficou configurado o abuso de posição dominante no mercado de buscas em geral para favorecer o serviço de comparação de produtos. Deste modo, o *Google Shopping* acabou ganhando relevância em detrimento dos seus concorrentes não simplesmente por conta de suas vantagens competitivas, mas em grande medida graças à posição dominante no mercado de buscas em geral. Maiores detalhes acerca do papel da responsabilidade especial serão discutidos na próxima seção deste estudo.

---

pensar no VHS. Não faz muito tempo e a forma pela qual os indivíduos consumiam conteúdo audiovisual era predominantemente instrumentalizada pelo VHS. Nessa linha, empresários competiam “no” mercado de VHS, buscando atender tal demanda. No entanto, com o surgimento do DVD, o mercado de VHS sucumbiu. Noutra momento, o DVD perdeu espaço para o Blu-ray. Atualmente, pode-se dizer que os serviços de *streaming* substituíram em grande escala a necessidade de um *hardware* para armazenar cada filme, série ou outro conteúdo audiovisual. Nesse sentido, a forma pela qual os indivíduos têm acesso à conteúdos audiovisuais é altamente sujeita à movimentos disruptivos, ligados à inovação tecnológica. Portanto, ao mesmo tempo em que se teve uma competição dentro do mercado de VHS, DVD e Blu-ray, paralelamente, existiu uma competição “pelo” mercado de instrumentos que permitam aos indivíduos o acesso à conteúdos audiovisuais. Esse exemplo é utilizado por MCMAHON (2007, p. 10-11), inclusive associando tal fenômeno a um *neoschumpeterianismo* à ideia de destruição criativa.

<sup>447</sup> Acerca de barreiras à entrada, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit., p. 221-229. O autor distingue as chamadas barreiras naturais, decorrente da própria conformação do mercado, das barreiras artificiais, criadas por comportamentos dos agentes econômicos, aduzindo que estas seriam mais preocupantes para o direito concorrencial. Exemplo de barreira artificial é a conduta que dificulta o acesso dos concorrentes a um fornecedor, o que pode se dar através de uma concentração vertical.

<sup>448</sup> Processo 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comissão das Comunidades Europeias*, 1983.

<sup>449</sup> Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, parágrafo 331 e seguintes.

Contudo, haja vista as dificuldades inerentes ao processo de distinção do que seria uma conduta abusiva de posição dominante ou o que seria o seu exercício normal, as autoridades antitrustes tendem a ponderar os efeitos positivos e negativos da conduta, bem como permitem aos agentes dominantes apresentarem justificativas objetivas às suas ações<sup>450</sup>. Conforme leciona PEREIRA NETO (2016, p. 93):

“pode-se dizer que as autoridades concorrenciais adotam como *standart* geral de análise a ‘regra da razão’ (*rule of reason*), segundo a qual as condutas só podem ser caracterizadas como ilícitas se forem devidamente demonstrados os seus *efeitos anticoncorrenciais*, ponderando-se eventuais aspectos restritivos com os possíveis benefícios econômicos dela decorrentes, em termos de diminuição de custos, eficiências produtivas ou incentivos para inovação.”

FORGIONI (2016, p. 144) deixa claro que qualquer outra interpretação seria contraproducente à defesa da concorrência:

“Só podemos dizer que um agente econômico abusou da posição dominante que detinha se prejudicou a livre-concorrência ou a livre-iniciativa ou aumentou arbitrariamente seus lucros. Caso contrário, trata-se de um ato que não há de ser sancionado pela Lei Antitruste. Outra exegese nos conduzirá à absurda possibilidade de condenação, *per se*, de todo e qualquer ato praticado por empresa em posição dominante, conforme o livre entendimento da autoridade antitruste”.

Para a Comissão Europeia, o *Google* não foi capaz de demonstrar que sua conduta era objetivamente necessária ou que os efeitos exclusionários poderiam ser contrabalanceados por ganhos em termos de eficiência<sup>451</sup>. Para tentar justificar-se, o *Google* argumentou, em apertada síntese, que (i) ele deve ter liberdade para ajustar seu mecanismo de busca no sentido de mantê-lo útil para os usuários; (ii) o posicionamento do serviço de comparação é justificável na medida em que melhora o cenário para os usuários e anunciantes; (iii) o *Google* não poderia ser obrigado a dispor os serviços de comparação de seus concorrentes do mesmo modo que o seu próprio mecanismo de comparação; (iv) se o *Google* fosse obrigado a agir de maneira diferente estar-lhe-ia sendo tolhida a liberdade de condução de seus negócios; e (v) tecnicamente, seria inviável classificar os resultados dos outros serviços de comparação com

---

<sup>450</sup> COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Comunicação da Comissão – orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. Disponível em: [https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao\\_da\\_CE\\_-\\_Aplicacao\\_Art\\_102\\_TFUE.pdf](https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf). Acesso em: 28/01/2018.

<sup>451</sup> Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, parágrafo 653.

os seu próprio de maneira coerente. A Comissão rejeitou estes argumentos, afirmando, em linhas gerais, que a decisão diz respeito tão-somente ao fato de que o *Google* deveria dar tratamento igualitário ao seu serviço de comparação de produtos em relação aos serviços dos concorrentes, não posicionando o seu serviço em condição privilegiada. Ademais, a liberdade de concorrência não pode ser causa de distorção das condições de mercado em detrimento ao interesse público, aos demais concorrentes e aos consumidores<sup>452</sup>.

Assim, a Comissão Europeia concluiu que o *Google* abusou de sua posição dominante ao fornecer ao seu próprio serviço de comparação de produtos uma vantagem ilegal, nos termos do art. 102 do TFUE. A conduta do *Google* asfixiou a concorrência no mérito no mercado de serviços de comparação de produtos e por essa razão foi-lhe aplicada vultuosa multa.

### **3. A construção jurisprudencial da reponsabilidade especial do agente econômico dominante**

Em 1979, o caso *Hoffmann-La Roche* – citado diversas vezes na decisão que condena o *Google* – já trazia a noção de que haveria uma distinção entre comportamentos competitivos normais e anormais praticados por um agente dominante, sendo considerado normal aquele comportamento que mantém o grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência e anormal o que cria barreiras à entrada ou à expansão<sup>453</sup>. Em sentido similar, o caso *United Brands* adverte que, conquanto a existência de uma posição dominante não prive a empresa de atuar na preservação de seus interesses comerciais, tal comportamento deverá ser proporcional, tendo em conta o poder econômico respectivo das empresas atingidas<sup>454</sup>.

---

<sup>452</sup> *Ibidem*, parágrafo 667.

<sup>453</sup> “A noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência.” Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, parágrafo 91.

<sup>454</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.2.1978, Processo 27/76, *United Brands c. Comissão*, Colect. 1978, parágrafos 189 e 190.

Contudo, é no caso *Michelin* que se estabelece expressamente a responsabilidade especial dos agentes dominantes de não arrefecer, por uma conduta que foge ao âmbito da concorrência no mérito, a concorrência genuína e não falseada no mercado:

“o fato de uma empresa deter uma posição dominante não deve ser recriminada em si mesma, mas simplesmente significa que, independentemente dos motivos pelos quais adquiriu tal posição dominante, a empresa em questão tem uma responsabilidade especial de não permitir que sua conduta prejudique a concorrência genuína e não falseada no mercado comum”<sup>455</sup> (grifei).

Também lança luzes sobre o tema o caso *Akzo* ao concluir que a legislação comunitária europeia proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce desse modo a sua posição recorrendo a outros meios que não os que resultam de uma concorrência no mérito<sup>456</sup>. De qualquer maneira, ao conceito de responsabilidade especial subsistem dificuldades em sua correta interpretação, uma vez que a jurisprudência tem balizado o conceito sobre terminologias abertas, sendo difícil distinguir o que seria uma conduta “anormal”, “proporcional” ou a mensuração do que seria uma concorrência no mérito.

Ademais, a responsabilidade especial ganha ainda mais relevo na jurisprudência comunitária quando há situações de superdominância ou quase-monopólio. Como afirmado no caso *Deutsche Post AG*, o escopo da responsabilidade especial deve ser considerado em relação ao grau de dominância detido por tal agente e às características especiais do mercado cujos efeitos concorrenciais serão sentidos<sup>457</sup>. No *Discussion paper on the application of Article 82* da Comissão Europeia<sup>458</sup>, é também ressaltado que o grau de dominância é um

---

<sup>455</sup> No original, “A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 30.09.2003, Processo T-203/01, *Michelin c. Comissão*, Colect. P. II 4071., parágrafo 57, p. 3511.

<sup>456</sup> “Por aqui se conclui que o artigo 86.º do Tratado proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce desse modo a sua posição, recorrendo a outros meios que não os que resultam de uma concorrência de méritos. Nesta perspectiva, nenhuma concorrência de preços pode, portanto, ser considerada lícita.” Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 3.07.1991, Processo C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Comissão das Comunidades Europeias.*, parágrafo 70.

<sup>457</sup> “The actual scope of the dominant firms special responsibility must be considered in relation to the degree of dominance held by that firm and to the special characteristics of the market which may affect the competitive situation” Decisão da Comissão Europeia de 25.7.2001, IV/ 36.915 – *Deutsche Post AG* – Intercepção de correio transfronteiriço., parágrafo 103.

<sup>458</sup> COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Bruxelas, dez. 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Acesso em: 28/01/2018. Parágrafo 59.



importante fator para estabelecer efeitos exclusionários, afirmando que quanto maior o poder de mercado, maiores as chances de surgirem condutas com resultados anticoncorrenciais. Nessa linha, o Tribunal decidiu, no caso *Van Der Bergh Foods* – que tratava de oferta de fornecimento de *freezers* para varejistas, condicionados ao seu uso exclusivo para os sorvetes deste agente superdominante –, a responsabilidade especial previne que os agentes dominantes de alguma forma limitem ou encerrem a concorrência residual<sup>459</sup>. Outrossim, no caso *Microsoft*, de acordo com a Comissão, a sociedade empresária não teria apenas responsabilidade especial, mas devido à sua condição de quase-monopolista, teria uma responsabilidade ainda maior de não dificultar a concorrência, a qual não foi suficientemente levada em consideração<sup>460</sup>. Entretanto, se já é problemático identificar os deveres decorrentes da responsabilidade especial, quanto mais a responsabilidade dos “superdominantes”.

No caso *Google*, como já dissemos, a responsabilidade especial de não prejudicar a concorrência genuína e não distorcida através de condutas que fogem ao escopo da competição no mérito, como ressaltou a Comissão:

“Resulta da natureza das obrigações impostas pelo artigo 105 do Tratado e artigo 54 do Acordo da AEE que, em circunstâncias especiais, uma empresa numa posição dominante deve abster-se de adotar uma linha de conduta que seria inadequada se tomada por uma empresa não-dominante”<sup>461</sup>.

Desse modo, a conduta do agente dominante não deve dificultar a entrada ou interferir na estrutura competitiva do mercado. Segundo o argumento da Comissão, os consumidores devem ter a oportunidade de se beneficiarem de qualquer grau de competição possível no mercado, bem como os concorrentes devem ser capazes de competir no mérito pelo mercado inteiro e não apenas em parte dele.

Com efeito, depreende-se da análise destes precedentes que a expressão “responsabilidade especial” não parece sinalizar critério algum para determinar se uma conduta é abusiva ou não. Outrossim, não parece indicar este conceito qualquer parâmetro do que seria concorrência no mérito. Conforme a provocação de WHISH & BAILEY (2012, p. 192), por responsabilidade especial estaria se afirmando tão-somente o óbvio:

“It is clear that it is not an offence in itself for a firm to have a dominant position; what is offensive is to abuse the position of dominance. However

<sup>459</sup> Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 23 de outubro de 2003. Processo T-65/98.

<sup>460</sup> Processo COMP/C-3/37.792, *Microsoft Inc v. European Commission*, 2007, parágrafo 775.

<sup>461</sup> Tradução livre da Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, parágrafo 337.

the Court of Justice in *Michelin v Commission* stated that a firm in a dominant position has a ‘special responsibility not to allow its conduct to impair undistorted competition’ on the internal market. This statement is routinely repeated in the judgments of the EU Courts and the decisions of the Commission on Article 102. In a sense it is a statement of the obvious: it is clear that Article 102 imposes obligations on dominant firms that non-dominant firms do not bear.”

Por esse ângulo, a recorrente referência à responsabilidade especial dos agentes dominantes parece vazia, entretanto, este conceito não deve ser descartado de imediato. Infere-se pela maneira com que ele é utilizado pela jurisprudência europeia ao menos duas aplicações. Em primeiro lugar, a noção responsabilidade especial do agente dominante funciona como ferramenta hermenêutica na interpretação do art. 102 do TFUE. Isso porque este conceito tem natureza principiológica<sup>462</sup>, no sentido de que, diante das circunstâncias fáticas, a caracterização ou não de um abuso de posição dominante dependerá, para-além da avaliação dos efeitos líquidos, da ponderação valorativa entre eficiência econômica, interesse público e bem-estar dos consumidores; princípios que deverão ser realizados na maior medida possível.

Nesse sentido, a imposição de uma responsabilidade especial diferencia-se metodologicamente da abordagem da regra da razão, isto é, do mero sopesamento entre os efeitos pró e anticompetitivos das condutas. Isso não significa que a responsabilidade exclui a regra da razão, mas pondera-a com outros princípios, a depender das circunstâncias do caso concreto. Assim, conforme ALEXY (2015, p. 93):

“Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.”

Além disso, a noção de responsabilidade especial é bastante consistente com as opções institucionais de política concorrencial europeia. Assim como, a partir da Regulação

---

<sup>462</sup> “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed, 4ª Triagem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90).

da Comissão Europeia n. 1/2003 buscou-se transferir a responsabilidade pelo cumprimento do art. 101 do TFUE, que proíbe os acordos entre empresas que tenham efeitos anticoncorrenciais, da autoridade antitruste para os próprios agentes econômicos – através da dispensa da obrigatoriedade de notificação de determinadas naturezas de contratos, conjuntamente com a possibilidade de o agente envolvido tomar a iniciativa para desfazer práticas competitivas (acordo de leniência) e com as ações privadas ameaçando qualquer prática desta natureza –, a referência à responsabilidade especial indica que se espera dos agentes dominantes uma contribuição para com o cumprimento do art. 102 do TFUE. Essa contribuição se traduziria num dever de autoavaliação da legitimidade de sua própria conduta. Nesse contexto, o ônus pelo cumprimento do art. 102 do TFUE passaria da autoridade para os agentes, uma vez que estes possuem informações relevantes acerca de sua própria posição e acerca do próprio mercado no qual estão inseridos, sendo mais aptos a dar o correto cumprimento à legislação concorrencial. No mesmo sentido, LAROUCHE & SCHINKEL (2013, p. 14):

“In this respect, the special responsibility of dominant firms under Article 102 TFEU might find the most meaning when it is explained in institutional terms. Indeed, on substance, the special responsibility does not usually add much to the analysis. Typically, whether the conduct of the dominant firm is abusive or not, does not depend on the special responsibility of the firm. Even though the Commission and the Court almost never fail to mention it, the special responsibility could usually be removed from the reasoning without loss of cogency. When seen as a signal to dominant firms that they are expected to contribute actively to enforcement by selfassessing their conduct, however, it is sensible to mention that special responsibility time and again, to emphasize that dominant firms are expected to internalize the substantive analysis set out by the competition authority.”

Destarte, conquanto não se descarte aqui o papel principiológico da teoria das responsabilidades especiais na exegese do “abuso” de posição dominante, nos parece que esta teoria ganha maior relevo quando inserida no contexto institucional da concorrência, informando que agentes dominantes carregam consigo uma responsabilidade especial de autoavaliação, com todos os riscos que envolvem este escrutínio.

### **3.1. Raízes teóricas da teoria da responsabilidade especial: ordoliberalismo**

Como lecionam FELICE & VATIERO (2013, p. 10), o local de nascimento do direito concorrencial europeu moderno é Viena. No fim do século XVIII, um grupo de intelectuais –

Carl Menger e Eugen Bohm-Bawerk, entre outros – começou a explorar a ideia de utilização da lei para proteger a concorrência. As ideias austríacas foram implantadas na Alemanha, onde a primeira lei concorrencial foi promulgada, em 1923, como uma resposta a hiperinflação pós-guerra. Contudo, o insucesso da República de Weimar e o surgimento do nazismo determinou o seu fim. Entretanto, um grupo de juristas e economistas chamados ordoliberais continuaram a desenvolver, clandestinamente, na Universidade de Freiburg a ideia de uma lei concorrencial austríaca e continental. Assim, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a primeira minuta completa da lei de defesa da concorrência alemã foi baseada nos pensamentos ordoliberais. Essa minuta influenciou a atual lei de defesa da concorrência alemã, os artigos acerca da concorrência no Tratado de Roma e, por conseguinte, as leis concorrências europeias atuais.

Segundo o pensamento ordoliberal, a economia de mercado só é capaz de trazer benefícios se o Estado estabelecer balizas institucionais capazes de mitigar o poder de mercado dos agentes econômicos. Em outras palavras, presume-se uma tendência à concentração de poder econômico quando o Estado é fraco, fazendo com que os próprios indivíduos tenham suas liberdades econômicas tolhidas frente ao poder econômico. No entanto, surge um dilema: se, por um lado, enfraquecer o poder econômico para empoderar os indivíduos é importante, por outro lado, um Estado forte pode levar ao totalitarismo e, assim, chega-se ao mesmo resultado indesejado.

A solução ordoliberal para este dilema está na ideia de constituição econômica. Através de normas constitucionais são estabelecidas estruturas que visam garantir o funcionamento do livre mercado e do sistema de preços, ao mesmo tempo em que limitam a atuação discricionária do Estado, minimizando sua intervenção na economia. Sendo assim, os ordoliberais garantiriam a liberdade individual face ao poder estatal e ao poder econômico.

Em termos práticos, os ordoliberais defendem que, onde a competição é fraca, o Estado deve exigir que os agentes econômicos atuem “como se” não tivessem poder coercitivo sobre outros agentes. Assim, distinguem-se duas espécies de concorrência, aquela que disputa por melhores bens, serviços e preços, daquela que visa apenas atingir os concorrentes. Nesse sentido, o objetivo da política concorrencial é combater esse segundo tipo de concorrência, assim, o Estado só estaria autorizado a atuar nesses casos. Esse objetivo está incluído no conceito de abuso de posição dominante, na noção de competição no mérito.

Outrossim, a teoria da responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes, construída pela jurisprudência comunitária, tem suas raízes teóricas neste pensamento<sup>463</sup>.

Em suma, o pensamento ordoliberal pode ser resumido em quatro regras básicas: (i) a política concorrencial tem por objetivo central garantir a liberdade individual, sendo a eficiência econômica consequência desta garantia; (ii) o estado tem papel importante na proteção dos parâmetros básicos da concorrência, porém sua atuação direta é restrita; (iii) a política concorrencial é moldada pela regra da razão; e (iv) a política concorrencial está inserida na ordem econômica de uma sociedade livre e aberta. O objetivo dessas regras não é tanto maximizar a eficiência alocativa, mas limitar o poder de mercado a partir do interesse público<sup>464</sup>.

Nesse sentido, o conceito de responsabilidade especial dos agentes dominantes na construção europeia tem um caráter publicista ou intervencionista. É possível até fazer uma comparação com a sistemática brasileira, uma vez que a livre concorrência, enquanto princípio insculpido da Constituição de 1988, art. 170, IV, é mitigada pela função social da propriedade, defesa dos consumidores, repressão ao abuso do poder econômico e interesse social em geral. Na precisa assertiva de GRAU (2006, p. 214): “Embora seja assim, força é reconhecermos, de uma parte, que a livre concorrência é elevada à condição de princípio da ordem econômica, na Constituição de 1988, mitigadamente, não como liberdade anárquica, porém social”. Fato é que a defesa da concorrência, no sentido aqui adotado, afasta-se da mera busca pela eficiência no sentido proposto pela Escola de Chicago<sup>465</sup>, e passa a ser vista

---

<sup>463</sup> GORMSEN, L. Lovdahl. Article 82 EC: Where Are We Coming from and Where Are We Going to?, *The Competition Law Review* 2, nº 2 (2006):10. Disponível em: <https://www.escholar.manchester.ac.uk/api/datastream?publicationPid=uk-ac-man-scw:111389&datastreamId=POST-PEER-REVIEW-PUBLISHERS-DOCUMENT.PDF>. Acesso em: 28/01/2018.

<sup>464</sup> Para aprofundamento do pensamento ordoliberal, sugerimos, por todos, *Ordoliberalism: a new intellectual framework for competition law*. In: GERBER, D.J. *Law and Competition in Twentieth Century in Europe: Protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

<sup>465</sup> Conforme leciona SALOMÃO FILHO (2013, p. 39): “Pode-se dizer que a chamada ‘Escola de Chicago’ nasce nos anos 1950 com os trabalhos do economista Aaron Director. Seu trabalho se resume à aplicação, ainda bastante simplificada, da *price theory* ao direito antitruste em uma época em que os estudos econômicos sobre a matéria eram assistemáticos e descritivos. Nos anos 1960 e 1970 esse trabalho será desenvolvido, sobretudo, por R. Bork e R. Posner, com aplicação rigorosa da teoria marginalista a estudo do direito antitruste. A principal característica dessa escola é a ênfase dada à eficiência produtiva (significando, primordialmente, produção a baixo custo). Para esses autores a eficiência produtiva é sempre uma justificativa para obtenção ou manutenção de posições dominantes”. Para uma visão mais aprofundada sobre a evolução da Escola de Chicago, ver POSNER, Richard. *The Chicago School of antitrust analysis*. *University of Pennsylvania Law Review* 127/925 (1979).

não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para atingir certos interesses públicos<sup>466</sup>.

#### **4. Análise crítica da responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes**

A ideia de uma responsabilidade especial dos agentes dominantes, em geral, sofre duas ordens de críticas. Em primeiro lugar, em relação à correta aplicação deste ditame pelas autoridades antitrustes: a problemática definição dos deveres decorrentes desta responsabilidade especial, somada com uma desconfiança exagerada em relação aos agentes dominantes, levaria em certas circunstâncias à punição de condutas pró-competitivas ou ao dever de cooperação com algum concorrente. Outra ordem de críticas está relacionada aos desafios derivados da transferência de ônus das autoridades antitrustes para os particulares no tocante ao cumprimento do art. 102 do TFUE.

##### **4.1. Ataques relacionados à aplicação da responsabilidade especial como princípio**

Como já destacado, a política concorrencial europeia tende a ser mais intervencionista, muito devido às suas origens ordo-liberais. Por conseguinte, se compararmos com a abordagem norte-americana, veremos que esta adota uma postura mais permissiva para com o setor privado na interpretação do abuso de posição dominante (Seção 2 do *Sherman Act*). Conforme FIDELIS (2015, p. 70):

“Entre as autoridades antitruste norte-americanas, especialmente no que se refere às indústrias de alta tecnologia, constituiu-se um senso generalizado de rápida inovação, uma forte crença na tendência de autocorreção dos mercados e uma grande preocupação com o efeito inibidor do ‘excesso regulatório’ (*overdeterrence*). Consequentemente, conquanto a conduta dita exclusionária apresente uma justificativa comercial legítima, as autoridades norte-americanas tendem a apostar na eventual entrada de novos concorrentes como suficiente para constranger eventual poder de monopólio”.

---

<sup>466</sup> “[...] o antitruste já não é encarado apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas passa a ser considerado *instrumento* ou meio de que dispõe o Estado para conduzir e conformar o sistema” (FORGIONI, 2016, p. 195).

Não por outro motivo a conduta do *Google*, colocada *sub judice* perante a jurisdição norte-americana<sup>467</sup>, tomou outro contorno. A *Federal Trade Commission* (“FTC”) entendeu que a conduta do *Google* seria justificável por melhorar o serviço e a experiência dos usuários, reforçando que a missão do direito concorrencial é a proteção da concorrência e não dos concorrentes. Ademais, não há existe qualquer dever de cooperação do agente dominante para com os concorrentes perante o direito norte-americano<sup>468</sup>. Como apontado pelo juiz Posner noutra ocasião<sup>469</sup>:

“Later, as the emphasis of antitrust policy shifted from the protection of competition as a process of rivalry to the protection of competition as a means of promoting economic efficiency, it became recognized that the lawful monopolist should be free to compete like everyone else; otherwise the antitrust laws would be holding an umbrella over inefficient competitors. A monopolist, no less than any other competitor, is permitted and indeed encouraged to compete aggressively on the merits”.

Sinteticamente, utilizando as conclusões de FIDELIS (2015, p. 80), podemos traçar o seguinte quadro comparativo acerca das interpretações do abuso de posição dominante no sistema norte-americano e comunitário europeu:

<b>Seção 2 do <i>Sherman Act</i></b>	<b>Art. 102 do TFUE</b>
Tende a repelir os riscos de falsos positivos e <i>overdeterrence</i> com relação à conduta unilateral do monopolista.	Prioriza a prevenção de falsos negativos e é mais confiante na intervenção eficaz das autoridades da concorrência.
Confia no poder de autocorreção dos mercados.	Desconfia da autocorreção dos mercados e busca promover uma concorrência que seja mais palpável para os consumidores.
Não obriga o agente dominante a colaborar com os concorrentes.	Impõe ao agente dominante uma responsabilidade especial.

Dito isso, as principais críticas direcionadas à imposição da responsabilidade especial tem por fundamento as tendências interpretativas norte-americanas. Assim, sob a ótica norte-americana, a responsabilidade especial é carregada de certo ranço moralista e publicista. Nesse sentido, a ideia de criar ônus ou deveres para um agente dominante, pelo simples fato de este ser o mais eficiente, distancia-se de uma abordagem baseada nos efeitos das condutas,

<sup>467</sup> In the Matter of Google Inc., File No. 111-0163.

<sup>468</sup> MCMAHON, Kathryn. Interoperability: Indispensability and Special Responsibility. In High Technology Markets. Tulane Journal of Technology & Intellectual Property. Vol. 9, 2007, p. 49. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1523146>. Acesso em: 28/01/2018.

<sup>469</sup> *Olympia Equipment Leasing v Western Union Telegraph* 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986), parágrafo 375.

isto é, uma abordagem mais econômica, podendo ser deletéria para a concorrência e, consequentemente, para a maximização da eficiência e do bem-estar dos consumidores.

#### 4.2. Riscos relacionados ao dever de autoavaliação dos agentes econômicos dominantes

Como afirmamos, a noção de responsabilidade especial ganha maior sentido quando inserida num contexto institucional de política concorrencial. Dado que os agentes dominantes possuem, naturalmente, maiores informações sobre sua própria posição e mercado aonde se inserem, em tese, seriam capazes de verificar com mais assertividade se suas condutas são compatíveis com o art. 102 do TFUE. Desta maneira, tal qual ampliou-se o papel dos particulares na detecção das infrações ao art. 101 do TFUE, pretende-se transferir da autoridade concorrencial para os agentes dominantes, em certa medida, o ônus da análise de compatibilidade das condutas ao art. 102 do TFUE. No entanto, a transferência desse ônus é repleta de riscos<sup>470</sup>.

Em primeiro lugar, existe um risco envolvendo a deficiência de informação do agente dominante em relação aos demais concorrentes. É evidente que o agente dominante está em melhor posição do que qualquer outro ente em relação ao conhecimento de si mesmo e de suas condutas. Todavia, pode ser que ele não possua o mesmo nível de informação acerca de seus concorrentes do que a autoridade concorrencial possui ou pode adquirir por meio de investigação. Segundo LAROUCHE & SCHINKEL (2013, p. 16), este risco pode ser aliviado na medida em que o agente dominante não necessitaria impreterivelmente de informações tão profundas acerca de seus concorrentes, pois seria capaz de avaliar sua conduta com base em testes como o *As-Efficient-Competitor*<sup>471</sup> e outros semelhantes.

Outro risco relacionado à deficiência de informação do agente dominante é possibilidade deste mal interpretar os ditames do art. 102 do TFUE. Assim, como não é incomum que existam dificuldades interpretativas diante das circunstâncias fáticas de determinada conduta, os agentes dominantes podem continuar violando o referido dispositivo,

---

<sup>470</sup> LAROUCHE, Pierre; SCHINKEL, Maarten Pieter. Continental Drift in the Threatment of Dominant Firms: Article 102 TFUE in Contrast to § 2 Sherman Act. In TILEC. Discussion Paper. Maio 2013, p. 15. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2293141>. Acesso em: 28/01/2018.

<sup>471</sup> Para uma introdução ao teste *As-Efficient-Competitor* ver: EUROPEAN ECONOMIC & MARKETING CONSULTANTS. *As-efficient-competitor test*. Disponível em: <http://www.ee-mc.com/tools/dominance-abuse/as-efficient-competitor-test.html>. Acesso em: 28/01/2018.



mesmo sem haver intenção. O que mais preocupa, contudo, é o cenário oposto, no qual um agente se abstém de praticar uma conduta permitida e pró-competitiva por julgar que estaria violando o art. 102 do TFUE<sup>472</sup>. Essa possibilidade de o agente se reprimir diante do receio de violar a legislação concorrencial e vir a pagar uma multa vultuosa, ao invés de competir vigorosamente, cria um efeito que vai na contramão aos objetivos da legislação concorrencial, como apontado pela Escola de Chicago.

Esse risco pode ser abrandado por mecanismos de *soft law*, por exemplo, elaboração de guias, divulgação de notícias sobre decisões, resoluções etc<sup>473</sup>. Por meio desses tipos de comunicações, aliadas a uma jurisprudência coerente, a autoridade antitruste externa quais seriam as áreas de maior preocupação e foco do direito concorrencial, trazendo maior segurança jurídica aos administrados na escolha de suas políticas comerciais, aumentando o nível de *compliance*, resultante desta sinalização prática promovida pelas autoridades. Todavia, ainda sim, seria bastante complicado para os agentes dominantes cumprir com o dever de autoavaliação a partir da mera emissão de um novo guia ou resolução, dado que a ideia de responsabilidade especial passa por uma mudança estrutural da política concorrencial, que demanda tempo para ser assimilada.

## 5. Considerações finais

O advento de mais um precedente relevante envolvendo a noção de responsabilidade especial dos agentes dominantes traz consigo a discussão acerca do sentido e alcance deste conceito jurisprudencialmente construído. Tal como em outros casos envolvendo empresas de alta tecnologia – como no caso *Intel* e no caso *Microsoft* – a Comissão Europeia no caso *Google* não se olvidou de sublinhar que os agentes econômicos detentores de significativo *market power* possuem uma responsabilidade especial de não distorcer, por meio de condutas que fogem à concorrência no mérito, as condições de mercado existentes. Contudo, apesar da

---

<sup>472</sup> LAROUCHE, Pierre; SCHINKEL, Maarten Pieter. Continental Drift in the Threatment of Dominant Firms: Article 102 TFUE in Contrast to § 2 Sherman Act. In TILEC. Discussion Paper. Maio 2013, p. 16. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2293141>, Acesso em: 28/01/2018.

<sup>473</sup> DRAGO (2015, p. 388), inclusive, sustenta que o dever de autoavaliação deve gerar presunção relativa de efeito anticoncorrencial contra o agente dominante: “Dessa forma, se a posição dominante em que se encontra o agente econômico gera ônus de responsabilidade especial de autoavaliação de suas condutas comerciais, seu desrespeito deve gerar presunção relativa de efeito anticoncorrencial no mercado (*iuris tantum*), admitindo, portanto, prova em contrário para descaracterização da conduta.

ideia de responsabilidade especial ser frequentemente invocada, ainda pairam dúvidas sobre em que consiste, de fato, esta responsabilidade.

Como ficou evidenciado, as raízes deste conceito de responsabilidade especial – que não está expresso no art. 102 do TFUE – remontam ao pensamento ordo-liberal europeu.

“In the eyes of ordo-liberals, economic power forms the main threat to this free economic order based on markets and competition. Economic power leads to coercion, which deprives economic actors of their freedom. The ideal to be pursued by economic policy is therefore a free market without economic power, i.e. a market where the only possible form of competition is ‘competition on the merits’.” (LAROCHE & SCHINKEL, 2013, p. 9).

Nesse sentido, para os ordo-liberais, mercados livres e competitivos são um bem frágil frequentemente ameaçado pelo poder de mercado e pelo poder estatal. Assim, o direito concorrencial funcionaria como um veículo que busca equacionar o objetivo de enfraquecer o poder de mercado sem ameaçar o *free market*. Portanto, se o poder de mercado é uma ameaça, os que detêm tal poder devem estar sob vigilância.

Destarte, para-além da tipificação do abuso de posição dominante no art. 102 do TFUE, a jurisprudência europeia passou a utilizar a ideia de responsabilidade especial como uma ferramenta hermenêutica para abordar este dispositivo legal. Por conseguinte, responsabilidade especial traz uma carga principiológica no sentido de que na aplicação do art. 102 do TFUE devem ser ponderados princípios como o do interesse público e a proteção dos consumidores. Nessa linha, a noção de responsabilidade especial complementa a ideia de abuso de posição dominante.

Essa forma de interpretar e aplicar a direito concorrencial é criticada veementemente por aqueles que têm afinidade com a Escola de Chicago. Segundo esta, a lente adequada para enxergar os problemas concorrenciais é a teoria dos preços (POSNER, 1978, p. 932). Logo, “O único valor social a ser considerado seria o da ‘eficiência alocativa’, de forma que todos os problemas jurídicos e sociais devem ser ‘traduzidos’ e, portanto, considerado apenas seu viés econômico (o direito exsurge, assim, mais seguro e previsível).” (FORGIONI, 2016, p. 180). Dessa maneira, devem ser afastados conceitos abertos como o de responsabilidade especial, por ser difícil compreender seu conteúdo, e confiar mais no poder de autocorreção dos mercados sem a necessidade de intervenção do estatal.

A noção de responsabilidade especial, por outro lado, ganha maior relevância quando considerada a partir de uma perspectiva institucional. Trata-se de transferir parte do ônus pelo *enforcement* do art. 102 do TFUE para os próprios agentes econômicos dominantes, através de um dever de autoavaliação de suas próprias condutas. Segundo essa leitura, ninguém está em posição mais adequada para fazer valer o art. 102 do TFUE do que a própria firma dominante.

Conforme sublinhamos essa transferência de responsabilidade possui certos riscos. Em primeiro lugar, o agente dominante pode não ter incentivos suficiente para assumir esse dever. Em segundo lugar, o agente dominante pode não ter informações suficientes acerca de seus concorrentes, comparativamente à possibilidade de informação que pode ser obtida pela autoridade antitruste por meio de seu poder investigativo. Em terceiro lugar, o agente dominante pode ter grandes dificuldades na interpretação do art. 102 do TFUE e acabar por ou continuar abusando de sua posição dominante ou abster-se de praticar uma conduta lícita e pró-competitiva, assim, em ambos os casos, o resultado pode ser o arrefecimento da concorrência em ambos. Estes riscos podem ser minimizados, mas é difícil eliminá-los por completo.

De maneira geral, a ideia de responsabilidade especial, conquanto seja coerente com as vicissitudes do pensamento jusconcorrencial europeu, não é isenta de críticas pertinentes. Não parece, por um lado, existir conciliação entre a existência deste conceito e os obstinados fundamentos de primazia da eficiência econômica, tal qual proposto pela Escola de Chicago. Em todo caso, acreditamos que a trajetória da responsabilidade especial ainda pode amadurecer na medida em que continue a ser aplicada e discutida na jurisprudência europeia, bem como que a sua perspectiva institucional merece ser levada em consideração como instrumento útil para as autoridades concorrenciais.

## 6. Bibliografia

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed, 4ª Triagem. São Paulo: Malheiros, 2015.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases). Bruxelas, 16/08/2013. Disponível em [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures\\_102\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html). Acesso em: 28/01/2018.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Bruxelas, dez. 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Acesso em: 28/01/2018.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Comunicação da Comissão – orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. Disponível em: [https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao\\_da\\_CE\\_-\\_Aplicacao\\_Art\\_102\\_TFUE.pdf](https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf). Acesso em: 28/01/2018.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Press Release - Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service. Bruxelas, 27/06/2017. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1784\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm). Acesso em: 28/01/2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 349-2013, parágrafo 74, p. 24.

DRAGO, Bruno de Luca. Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2015.

EUROPEAN ECONOMIC & MARKETING CONSULTANTS. As-efficient-competitor test. Disponível em: <http://www.ee-mc.com/tools/dominance-abuse/as-efficient-competitor-test.html>. Acesso em: 28/01/2018.

FELICE, Flavio & VATIERO, Massimiliano. Ordo and European Competition Law. In: Luca Fiorito (ed.) A Research Annual (Research in the History of Economic Thought and Methodology. Vol. 32. Emerald Group Publishing Limited, p. 147-157. Disponível em: [www.siecon.org/online/wp-content/uploads/2013/09/Felice-Vatiero.pdf](http://www.siecon.org/online/wp-content/uploads/2013/09/Felice-Vatiero.pdf). Acesso em: 18/04/2018.

FIDELIS, Andressa Lins. Entre o “*laissez-faire*” americano e o “intervencionismo” europeu: para qual direção aponta a atual investigação do CADE sobre o mecanismo de busca do Google. Revista de Defesa da Concorrência. Vol. 3, nº 2, p. 65-86.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 9ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GERBER, D.J. Law and Competition in Twentieth Century in Europe: Protecting Prometheus. Oxford: Oxford University Press, 1998.

GORMSEN, L. Lovdahl. Article 82 EC: Where Are We Coming from and Where Are We Going to?, The Competition Law Review 2, nº 2 (206):10. Disponível em: <https://www.escholar.manchester.ac.uk/api/datastream?publicationPid=uk-ac-man-scw:111389&datastreamId=POST-PEER-REVIEW-PUBLISHERS-DOCUMENT.PDF>.

Acesso em: 28/01/2018.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

LAROUCHE, Pierre; SCHINKEL, Maarten Pieter. Continental Drift in the Threatment of Dominant Firms: Article 102 TFUE in Contrast to § 2 Sherman Act. In TILEC. Discussion Paper. Maio 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2293141>, Acesso em: 28/01/2018.

MCMAHON, Kathryn. Interoperability: Indispensability and Special Responsibility. In High Technology Markets. Tulane Journal of Technology & Intellectual Property. Vol. 9, 2007. Cópia eletrônica disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1523146>. Acesso em: 28/01/2018.

PEREIRA NETO, Caio Mário da & CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2016.

POSNER, Richard. The Chicago School of antitrust analysis. University of Pennsylvania Law Review 127/925 (1979).

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013.

VARIAN, Hal R. Intermediate Microeconomics: a modern approach. 8º Ed. New York: W. W. Norton & Company, 2010.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### UE

Processo AT.39740 – *Google Search (Shopping)*.

Processo COMP/C-3/37.792, *Microsoft Inc v. European Commission*, 2007.

Processo 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comissão das Comunidades Europeias*, 1983.

Processo 27/76, *United Brands c. Comissão*, Colect. 1978.

Proc. T-203/01, *Michelin c. Comissão*, Colect. P. II 4071, 2003.

Processo C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Comissão das Comunidades Europeias*, 1991.

Processo IV/ 36.915 – *Deutsche Post AG – Intercepção de correio transfronteiriço*, 2001.

Processo T-65/98, *Van Der Bergh Foods v. European Comission*, 2003.

EUA

*In the Matter of Google Inc.*, File No. 111-0163.

*Olympia Equipment Leasing v Western Union Telegraph* 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986)

## Novos Trustes Na Era Digital: Efeitos Anticompetitivos Do Uso De Dados Pessoais Pelo Facebook

Julia Krein<sup>474</sup>

**Resumo:** A crescente concentração de poder econômico em cinco grandes empresas de tecnologia digital tem se tornado cada vez mais evidente, sem que a análise antitruste tradicional tenha as ferramentas adequadas para mensurar potenciais riscos à concorrência das políticas empresariais dessas novas detentoras de poder econômico. Dentre essas políticas cujos efeitos ainda não são inteiramente conhecidos está o uso de dados pessoais dos usuários por plataformas de redes sociais como o Facebook. No contexto em que essas empresas operam como negócios de dois lados e o monitoramento dos usuários faz com que os dados adquiram valor econômico, torna-se cada vez mais necessária a análise das implicações concorrenciais desse uso, diante das possíveis assimetrias de informação, custos de transação e barreiras à entrada que causa, bem como eventuais incentivos para adoção de condutas anticompetitivas, tais como discriminação de preços, alavancagem e predação por plataformas dominantes.

**Palavras-chave:** defesa da concorrência, condutas anticompetitivas, Big Data, uso de dados pessoais, redes sociais, Facebook.

**Abstract:** The increasing concentration of economic power in five big digital technologies companies has become more evident over time, and antitrust analysis does not have the adequate tools to evaluate potential risks to competition posed by the commercial strategies of these new holders of economic powers. Among these strategies whose effects are not yet fully known is the use of user's personal data by social networks such as Facebook. In the context in which these companies operate as two-sided businesses and the monitoring of users gives data an economic value, it is increasingly necessary to analyze the antitrust implications of this use, due to possible information asymmetries, transaction costs and barriers to entry caused by it, as well as potential incentives for anticompetitive behavior, such as price discrimination, leveraging and predation by dominant platforms.

**Keywords:** antitrust, anticompetitive conducts, Big Data, use of personal data, social networks, Facebook.

**Classificação JEL:** K21, L42.

---

<sup>474</sup> Formada em direito na Universidade de São Paulo. Em 2015, foi integrante do grupo de pesquisa Direito e Pobreza, sob coordenação do professor Calixto Salomão Filho e Carlos Portugal Gouvea.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Facebook e sua política de dados; 3. Funcionamento das redes sociais e o papel exercido pelos dados pessoais; 3.1. Redes sociais: negócios de dois lados; 3.2. Redes sociais: serviços gratuitos para os usuários?; 3.3. A criação de valor por meio de dados pessoais: os anúncios direcionados; 4. Indicativos de existência de poder de mercado e de posição dominante; 4.2. Evidência de poder de mercado: o uso de dados pessoais como medida de ineficiência; 4.3. O ponto cego do antitruste para mercados digitais: “bem-estar do consumidor”; 5. Condutas anticompetitivas relacionadas ao uso de dados pessoais; 5.1. Exclusividade; 5.2. Barreiras à entrada, massa crítica e recusa de acesso; 5.3. Verticalização, conflitos de interesse e alavancagem; 5.4. Condutas predatórias; 5.5. Discriminação de preços sobre os usuários; 5.6. Discriminação de preços sobre os anunciantes; 6. Conclusão

## 1. Introdução

Nos EUA, no começo do século XX, o acúmulo de poder econômico nas mãos de poucas empresas, detentoras de monopólios que estendiam sobre diversos setores diferentes da economia, levantou preocupações inéditas acerca dos efeitos negativos de elevados níveis de concentração de mercado<sup>475</sup>, especialmente nos setores bancário e de infraestrutura, culminando no desenvolvimento de uma disciplina jurídica de controle e repressão ao poder econômico. Cerca de um século depois, novas empresas impulsionadas pelo desenvolvimento tecnológico se tornaram detentoras de monopólios cujo poder a defesa da concorrência não tem sido capaz de contestar<sup>476</sup>, dentre as quais plataformas digitais como a rede social Facebook<sup>477</sup>.

Grande parte dessa incapacidade pode ser atribuída à inadequação das ferramentas tradicionais da disciplina de defesa da concorrência, centradas no fator preço<sup>478</sup>, que se mostram pouco adequadas para analisar e compreender mercados digitais nos quais o acesso aos serviços se dá a preço zero. Essas ferramentas acabam por desconsiderar uma das principais particularidades do funcionamento das redes sociais: a possibilidade, trazida pela

---

<sup>475</sup> BRANDEIS, Louis. How the combiners combine. In \_\_\_\_\_. *Other people's money and how the bankers use it*. Nova Iorque: Frederick A. Stokes Company, 1914, pp. 28-50, e JOSEPHSON, Matthews. Concentration: The Great Trusts. In \_\_\_\_\_. *The Robber Barons: the great american capitalists*. Nova Iorque: Harcourt, Brace and Company, 1934, p. 268-290.

<sup>476</sup> TAPLIN, Jonathan. Não dá mais para disfarçar danos causados por Google e Facebook. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 25 de abril de 2017. Opinião. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2017/04/1878274-nao-da-mais-para-disfarcar-danos-causados-por-google-e-facebook.shtml>>. Acesso em 31 de janeiro de 2018.

<sup>477</sup> <<http://www.facebook.com>>, Acesso em 31 de janeiro de 2018.

<sup>478</sup> NEWMAN, John M. *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 164: 149, 2015.



tecnologia, de uso de dados pessoais dos usuários. Os efeitos econômicos desse uso sobre o mercado e a concorrência têm sido ignorados em grande parte das análises de autoridades antitruste, mesmo que os dados estejam se tornando a moeda de hoje em dia<sup>479</sup>.

Levando isso em consideração, o objetivo desse artigo é apresentar as principais consequências do uso de dados pessoais sobre a dinâmica de concorrência entre plataformas digitais, em especial no que diz respeito à probabilidade de abuso do poder econômico por parte das plataformas. Para isso, esse artigo se inicia com a descrição das redes sociais e da política de uso de dados pessoais do Facebook<sup>480</sup>, escolhido como exemplo empírico diante de seu amplo uso no Brasil (conforme detalhado abaixo), e também porque sua política de dados é disponibilizada publicamente pela plataforma, de forma transparente, a todos os seus usuários, facilitando seu entendimento e análise.

Uma vez descrita essa política, será apresentada uma descrição breve do funcionamento das redes sociais enquanto negócios de dois lados, e do papel econômico exercido pelos dados pessoais nesses negócios. Por fim, levando em consideração esse papel, serão expostos os potenciais efeitos negativos sobre a concorrência, particularmente no que diz respeito à possibilidade de abuso de poder econômico, decorrentes do uso de dados pessoais dos usuários pelas plataformas digitais.

## 2. O Facebook e sua política de dados

O Facebook é uma rede social que permite a qualquer indivíduo a criação de um perfil a partir de seu nome, sobrenome, endereço de e-mail, data de nascimento e sexo, acrescido de uma senha<sup>481</sup>. A partir de seu próprio perfil, o usuário pode encontrar e interagir com outros perfis, bem como acompanhar páginas que produzem conteúdo (p. ex. um site de notícias ou uma figura pública). Ao criarem seu perfil, os usuários concordam com os Termos de Serviço do Facebook<sup>482</sup> e com sua política de dados pessoais<sup>483</sup>.

Segundo essa política, os dados pessoais coletados pela empresa são relacionados a (i) atividades do usuário e informações fornecidas em seu perfil; (ii) o que outros usuários

---

<sup>479</sup> RAMIREZ, Edith, *apud* WYATT, Edward. Raising the F.T.C.'s Voice. *The New York Times*, Nova York, 22 de dezembro de 2014. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2014/12/22/business/federal-trade-commission-raises-its-voice-under-its-soft-spoken-chairwoman.html> >. Acesso em 31 de janeiro de 2018.

<sup>480</sup> <<https://www.facebook.com/>>. Acesso em 31 de janeiro de 2018.

<sup>481</sup> Conforme informações solicitadas na seção “Abra uma conta”, disponível na página inicial do site.

<sup>482</sup> FACEBOOK. *Termos de Serviço*. Jan, 2015. Disponível em: <<https://www.facebook.com/terms.php>>. Acesso em 31 de janeiro de 2018.

<sup>483</sup> FACEBOOK. *Política de dados*. 29 de setembro de 2016. Disponível em <<https://www.facebook.com/about/privacy/>>. Acesso em 31 de janeiro de 2018.

compartilham em relação a ele; (iii) suas conexões, interações e redes sociais; (iv) suas informações de pagamento, caso realize uma transação monetária (em um jogo, por exemplo); (v) atributos dos dispositivos utilizados para acessar a plataforma; (vi) atividades em sites e aplicativos de terceiros que interagem com o Facebook (p. ex. sites que incluem o botão “Curtir”) (vii) atividades em sites “parceiros”; (viii) atividades em sites de outras empresas que pertencem ao Facebook.

Nos termos da Política de Dados, essas informações são usadas de diversas formas. A primeira é melhorar a experiência do usuário, com base em experiências anteriores, de forma a fazer sugestões e personalizar o conteúdo exibido, com base tanto nas interações do usuário (p. ex. em relação ao conteúdo que o usuário prefere) quanto em dados como sua localização (p. ex. para sugestões de eventos). A segunda é para entrar em contato com o usuário, tanto para responder contatos iniciados por ele quanto para enviar “comunicações de *marketing*”. A terceira é para personalizar os anúncios que serão exibidos, aumentando sua relevância para o usuário, inclusive fora dos serviços do Facebook. A última é para garantir a segurança das contas, analisando comportamentos (p. ex. localização) fora dos padrões comuns do usuário.

Da leitura e análise dessa política, observa-se que os dados pessoais são, em primeiro lugar, o próprio pressuposto de funcionamento de uma rede social, nas quais a construção de perfis pessoais para interação com outros usuários é o centro do produto ofertado pela plataforma. Além disso, os dados são também usados para melhorar a experiência do usuário, refinando o conteúdo exibido conforme suas preferências. Por fim, os dados são usados para monetizar o acesso à plataforma, por meio da exibição de anúncios personalizados. Essa exibição de anúncios é parte essencial da rentabilidade das plataformas digitais, em virtude da estrutura de mercado que adotaram, conforme será descrito a seguir.

### **3. Funcionamento das redes sociais e o papel exercido pelos dados pessoais**

#### **3.1 Redes sociais: negócios de dois lados**

Negócios de dois lados são, na literatura econômica, aqueles nos quais uma plataforma conecta dois grupos de consumidores com interesses distintos, trazendo benefícios e diminuindo custos de transação para ambos os lados. Uma das características distintivas desses mercados é que o número de clientes de um lado da plataforma influencia as decisões e a demanda dos clientes no outro lado, fazendo com que o agente responsável por gerenciar a

plataforma busque balancear incentivos para garantir a adesão de ambos os grupos, levando em consideração ao mesmo tempo sua própria rentabilidade<sup>484</sup>.

Para que uma plataforma seja economicamente viável, os clientes de um dos lados precisam representar algum valor para os clientes do outro lado; assim, ela deve atrair, de forma mais ou menos simultânea, clientes de ambos os lados. Isso faz com que a plataforma precise conquistar o que alguns autores denominam como uma “massa crítica” de clientes de ambos os lados<sup>485</sup>, sem a qual ela implodirá e sairá do mercado. Para isso, a principal ferramenta disponível é a gestão do preço cobrado de cada um dos lados<sup>486</sup>, que raramente será feito de forma equitativa: a distribuição mais eficiente se revelou ser aquela na qual um dos lados representa pouco ou nenhum ganho monetário (o segmento subsidiado), enquanto a grande parte dos custos é suportada pelo outro lado<sup>487</sup>.

Assim, os preços cobrados pela plataforma serão arbitrados levando em consideração não apenas a demanda e os custos necessários para prestar os serviços para aquele grupo de clientes, mas também como a participação daquele grupo influenciará a elasticidade da demanda no outro lado do mercado, e os lucros advindos dessa influência<sup>488</sup>. O lado subsidiado será, provavelmente, aquele que representa o maior valor para a plataforma, e representará o gargalo competitivo para que a plataforma seja viável<sup>489</sup>: a concorrência entre diferentes plataformas se dará por meio da atração e conquista desse lado do mercado.

Redes sociais são frequentemente descritas como negócios de dois lados. As bases para esse entendimento são centradas no fato de que uma plataforma que oferece esses serviços conecta dois grupos diversos de consumidores: os usuários da rede e os anunciantes, criando externalidades de rede<sup>490</sup> tanto diretas quanto indiretas entre eles. As externalidades de rede diretas são observadas no lado dos usuários: quanto mais usuários da rede, maior o

---

<sup>484</sup> ROCHET, Jean-Charles. TIROLE, Jean° “Two-sided markets: a progress report”. The RAND Journal of Economics, Vol. 37, No. 3. 2006, pp. 645-66, e EVANS, David S. SCHMALENSEE, Richard. *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*. NBER Working Paper No. 18783, 2013.

<sup>485</sup> EVANS, David S. SCHMALENSEE, Richard. *Failure to Launch: Critical Mass in Platform Businesses*. Review of Network Economics 9.4, P. 1-26, 2010.

<sup>486</sup> CAILLAUD, Bernard; JULLIEN, Bruno. *Chicken and Egg: Competition among Intermediation Service Providers*. The RAND Journal of Economics, 34:309-328, 2003.

<sup>487</sup> ROCHET; TIROLE; op. cit.

<sup>488</sup> RYSMAN, Marc. *The Economics of Two-Sided Markets*. Journal of Economic Perspectives, Vol. 23, no. 3, 2009. pp.125-143

<sup>489</sup> ARMSTRONG, Mark; WRIGHT, Julian° *Two-Sided Markets, Competitive Bottlenecks, and Exclusive Contracts*, Journal of Economic Theory, 32(2): 2007, pp. 353-380.

<sup>490</sup> Externalidades de rede são o termo usado para descrever situações nas quais a demanda de um bem depende da demanda por outro bem. Assim, nos mercados de dois lados, foram observadas externalidades de rede (i) diretas, quando a demanda de um lado do mercado é influenciada pelo número de clientes no mesmo lado, e (ii) indiretas, quando a demanda de um lado do mercado é influenciada pelo número de clientes no lado oposto. Ver RYSMAN, Marc. *The Economics of Two-Sided Markets*. Journal of Economic Perspectives, Vol. 23, no. 3, 2009. pp.125-143

seu efeito “social”, e, portanto, maior o seu valor para os demais usuários, que são, dessa forma, o grupo essencial para garantir que a plataforma atinja a massa crítica necessária para seu sucesso. Isto é, os usuários são o “gargalo competitivo” para as plataformas, sem as quais a entrada no mercado não é possível<sup>491</sup>.

Um maior número de usuários, por sua vez, significa uma maior audiência para os anúncios, aumentando o valor da plataforma para os anunciantes (o que caracteriza externalidades de rede indiretas positivas). Contudo, enquanto a disposição dos anunciantes de acessar a plataforma (i. e. de comprar espaço publicitário nela) aumenta conforme o número de usuários também aumenta, a disposição dos usuários de usar a plataforma diminui conforme o número de anunciantes e de anúncios exibidos<sup>492</sup>, uma vez que os usuários poderão considerar uma quantidade excessiva de anúncios como irrelevante, uma distração ou um incômodo. Isso cria uma estrutura em que a plataforma terá incentivos para atribuir preço monetário zero para os usuários, e garantir sua viabilidade econômica a partir dos anunciantes, conforme afirma EVANS (2017, p. 16, tradução livre): “*enquanto as empresas derem mais valor à exibição de um anúncio do que um consumidor pagaria para evita-lo, existe espaço para estabelecer uma transação que cria valor*”.

### 3.2 Redes sociais: serviços gratuitos para os usuários?

Nessa dinâmica de funcionamento de negócio de dois lados, usuários geralmente não incorrem em custos monetários para utilizar os serviços oferecidos. Isso faz com que essa transação seja frequentemente descrita como “gratuita”, e, por esse motivo, excluída da análise antitruste, uma vez que, pela análise antitruste tradicional, sem preços, não há mercados, e, portanto, não pode haver prejuízos à concorrência ou ao bem-estar dos consumidores<sup>493</sup>. Se a premissa de que os serviços de redes sociais prestados pelo Facebook são gratuitos fosse verdadeira, os usuários não incorreriam em nenhum custo para utilizar esses serviços. Contudo, ainda que os serviços tenham preço zero (i.e., sejam transações sem valor monetário), há custos ocultos para os usuários em consequência de sua utilização dos serviços do Facebook<sup>494</sup>.

---

<sup>491</sup> EVANS, David S. SCHMALENSEE, Richard. *Failure to Launch: Critical Mass in Platform Businesses*. Review of Network Economics 9.4, P. 1-26, 2010.

<sup>492</sup> CALVANO, Emilio; JULLIEN, Bruno. *Issues in on-line advertising and competition policy: a two-sided market perspective*. Working Papers from IGIER (Innocenzo Gasparini Institute for Economic Research), Bocconi University, No 427, 2011.

<sup>493</sup> NEWMAN, John M. *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 164: 149, 2015

<sup>494</sup> HOOFNAGLE, Chris Jay; WHITTINGTON, Jan, *Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most*

Essas ofertas de produtos a preços zero, ou a preços baixos, não são, de fato, gratuitas: são meios de fazer com que os consumidores não avaliem o real preço do uso de determinado produto ao iniciar o consumo, criando posteriormente uma dependência dele ou da marca, fidelizando os consumidores. Práticas de preço zero são economicamente viáveis em situações envolvendo produtos complementares, seja por meio de vendas casadas, de negócios de dois lados, ou de outras maneiras de estabelecer uma complementariedade entre o produto ou serviço de preço zero e alguma outra forma de garantia de rentabilidade da empresa<sup>495</sup>.

Assim, embora o modelo de negócio de dois lados explique parcialmente a fonte da rentabilidade da plataforma, há outro fator que também interfere nessa rentabilidade: a transferência de um ativo não monetário dos usuários para a plataforma. Esse ativo são suas informações, ou dados, pessoais, que permitem a sua identificação e o rastreamento conforme fazem uso de serviços digitais<sup>496</sup>. Essa realidade foi reconhecida recentemente pela COMISSÃO EUROPEIA (2017, pp. 29-30, tradução livre): “*ainda que os usuários não paguem uma contribuição pecuniária pelo uso dos serviços [...], eles contribuem para a monetização do serviço ao fornecerem dados com cada uso*”. Os dados têm valor econômico porque podem ser vendidos para ou utilizados de maneiras estratégicas por empresas, tais como seu uso como insumo de produção ou para a exibição de anúncios direcionados, conforme será trabalhado adiante neste artigo.

Ademais, se a coleta de dados de usuários representa um custo para a plataforma, e se a análise desses dados é uma forma de melhorar a qualidade do serviço prestado<sup>497</sup>, deixar de analisar ou utilizar os dados dos consumidores diminuiria o custo marginal para que a plataforma atendesse um novo usuário; para compensar esse maior custo marginal, deve haver um meio não monetário pelo qual a plataforma é remunerada em troca desse uso dos dados, ou alguma forma pela qual a plataforma recupere esses custos do outro lado do mercado. Isso evidencia que, embora não haja uma transação entre usuário e plataforma em termos monetários, os usuários transferem um ativo, seus dados pessoais, para a plataforma em troca de seu uso. Essa transferência é um requisito para que os usuários tenham acesso aos serviços (no mínimo, um usuário deve fornecer seu nome e endereço de e-mail para se criar um perfil no Facebook, conforme descrito acima).

---

*Popular Price*. Los Angeles: 2014. 61 UCLA L. Rev. 606, 2014, e GAL, Michal S.; RUBINFELD, Daniel L. *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*. New York University Law and Economics Working Papers, nº 403, 2015.

<sup>495</sup> NEWMAN, op. cit

<sup>496</sup> Ibid.

<sup>497</sup> CADE. *Voto do conselheiro Fernando de M. Furlan*. Ato de Concentração nº 08012.003107/2010-62. Requerente: TNL PCS S.A., Interessada: Phorm Veiculação de Publicidade Ltda., Brasília, 2010

### 3.3 A criação de valor por meio de dados pessoais: os anúncios direcionados

Anúncios direcionados são anúncios que são exibidos com base nos comportamentos, preferências e pesquisas realizadas por cada usuário<sup>498</sup>. Um usuário que pesquisa bicicletas com frequência tem mais probabilidade de ver um anúncio de uma bicicleta do que de um carro; usuários que interagem com notícias sobre política terão mais probabilidade de encontrarem anúncios (ou conteúdo patrocinado) relacionados a esse tema que usuários que não o fazem<sup>499</sup>. Esses comportamentos chegam ao conhecimento da plataforma tanto por meio de informações voluntariamente submetidas pelos usuários ao se registrarem (i. e. nome, endereço de e-mail, localização) quanto por meio de complexas ferramentas de monitoramento que são implementadas nos computadores dos usuários quando utilizam o serviço da rede social<sup>500</sup>, principalmente por meio de *cookies*<sup>501</sup>.

Esse padrão de anúncios se tornou o centro dos negócios dos principais serviços digitais<sup>502</sup>, e tem resultado em uma parcela muito pequena de empresas ter acesso à grande maioria dos comportamentos adotados pelos usuários na internet. Assim, conforme HOOFNAGLE, SOLTANI; GOOD; WAMBACH; AYENSON (2012, p. 7):

Anunciantes têm utilizado tecnologias com as quais os consumidores não estão familiarizados, especificamente como forma de anular as configurações e preferências dos usuários. Anúncios comportamentais – e o monitoramento que os acompanha – é uma oferta que não se pode recusar, não porque são tentadores, mas porque atores sofisticados, dominantes no mercado, controlam as próprias plataformas que são utilizadas para acessar a internet.

Redes sociais são estruturadas de forma a conectar usuários a anunciantes, sendo que os usuários representam o gargalo competitivo para o seu crescimento. Isso faz com que a plataforma arbitre preço zero ao acesso dos usuários, como forma de incentivar sua adesão, ao mesmo tempo que utiliza os dados pessoais fornecidos pelos usuários como forma de aumentar a relevância dos anúncios exibidos, e assim aumentar o valor que esses anúncios representam para os anunciantes. Isso significa que o uso de dados pessoais tem consequências econômicas sobre a dinâmica de concorrência entre plataformas digitais. Esse

---

<sup>498</sup> HOOFNAGLE; SOLTANI, Ashkan; GOOD, Nathaniel; WAMBACH, Dietrich J. AYENSON, Mika D. *Behavioral Advertising: The Offer You Cannot Refuse*. Harvard Law & Policy Review (Harvard University Press) 6. 2012; pp. 273-296.

<sup>499</sup> Ver, nesse sentido, CADE. *Voto do conselheiro Fernando de M. Furlan*. Ato de Concentração n° 08012.003107/2010-62. Requerente: TNL PCS S.A., Interessada: Phorm Veiculação de Publicidade Ltda., Brasília, 2010.

<sup>500</sup> HOOFNAGLE; SOLTANI; GOOD; WAMBACH; AYENSON, op. cit

<sup>501</sup> ENGLEHARDT, Steven° NARAYANAN, Arvind. *Online tracking: A 1-million-site measurement and analysis*. Princeton University's WebTAP project

<sup>502</sup> HOOFNAGLE; WHITTINGTON, op. cit

valor econômico evidencia a possibilidade de que os dados pessoais sejam utilizados de forma a distorcer a concorrência, caso a empresa que adote a prática tenha poder de mercado. A seguir, são apresentados indicativos de que o Facebook seja detentor de poder de mercado e de posição dominante.

#### **4. Indicativos de existência de poder de mercado e de posição dominante**

##### **4.1. Existência de posição dominante**

Na análise adotada pelas autoridades de defesa da concorrência, o primeiro estágio para averiguar se determinada prática pode representar algum tipo de efeito sobre a concorrência é verificar se a empresa que a utiliza detém poder de mercado suficiente para influenciar ou afetar a situação do mercado como um todo. Para isso, é necessário, primeiramente, definir qual seria o mercado afetado.

Em atos de concentração em mercados digitais, a jurisprudência do Cade tem entendido os serviços de redes sociais como diversos dos demais serviços online<sup>503</sup>. Na ausência de substituíbilidade (utilizada para delimitar a dimensão produto do mercado<sup>504</sup>) entre uma rede social e outras funcionalidades, pelo menos sob a ótica dos usuários, pode-se constatar que essa seria uma delimitação possível do mercado relevante sob a ótica do produto. Essa segmentação de mercado relevante por redes sociais foi seguida, por exemplo, pela Microsoft Corporation ao notificar sua aquisição do LinkedIn ao Cade<sup>505</sup>.

Contudo, a essas observações se contrapõe a dificuldade de precisar a dimensão produto dos mercados relevantes envolvendo serviços digitais, como redes sociais. Isso porque diferentes serviços que podem ser descritos como “redes sociais” (p. ex. Facebook e LinkedIn) coexistem ao mesmo tempo, frequentemente com os mesmos usuários, em virtude de pequenas diferenciações em seus produtos, que dificultam a averiguação de substituíbilidade; ainda, o fato de os usuários poderem utilizar diferentes plataformas concomitantemente (“*multihoming*”) representa uma pressão competitiva relevante sobre os

---

<sup>503</sup> CADE. *Parecer nº 257/2016/CGAA5/SGA1/SG*. Ato de Concentração nº 08700.006084/2016-85. Requerentes: Microsoft Corporation e LinkedIn Corporationº Brasília, 2016a.

<sup>504</sup> Conforme metodologia exposta em CADE. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Brasília, 2016b. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

<sup>505</sup> CADE. *Parecer nº 257/2016/CGAA5/SGA1/SG*. Ato de Concentração nº 08700.006084/2016-85. Requerentes: Microsoft Corporation e LinkedIn Corporationº Brasília, 2016a

agentes desse mercado, que não necessariamente seriam capazes de adotar condutas anticompetitivas sem serem contestados por outras plataformas<sup>506</sup>.

Não obstante, uma vez que a análise completa das características econômicas e segmentações do mercado de redes sociais excede o escopo da análise que se busca desenvolver no presente artigo, será adotada uma definição de mercado relevante abrangente, envolvendo todas as redes sociais, tal como apresentada pelo Cade (CADE, 2016a, p. 4):

Um grande número de empresas oferece serviços online os quais incluem uma funcionalidade de rede social. Esses serviços são altamente diferenciados em sua natureza e foco. Por exemplo, serviços de redes sociais podem ser desenhadas para os usuários se manterem em contato com amigos e família, estabelecer contatos profissionais, reconectar com amigos de escola, compartilhar conteúdo (fotos, música etc.) ou perseguir um interesse comum. Os resultados da investigação de mercado indicam que as empresas que são as mais claramente percebidas pelos respondentes como provedores de serviços de rede social são Facebook, Google+, LinkedIn, Twitter e MySpace. Os serviços desses provedores facilitam uma experiência social rica característica de uma típica rede social, ao permitir aos seus usuários criarem suas identidades e para interagir em uma variedade de formas, refletindo suas preferências e interesses.

A partir dessa definição, busca-se identificar se o Facebook seria detentor de poder nesse mercado. O poder econômico é passível de ser identificado (i) pela participação de mercado do agente, ou (ii) por sua própria conduta: quando um agente for capaz de agir com independência dos demais, que por sua vez não poderão ignorá-lo, haverá um indício relevante de poder de mercado<sup>507</sup>.

Um raciocínio intuitivo sobre o caso que aqui se analisa parece nos apontar que sim, o Facebook deve ser detentor de alguma posição dominante. Essa conclusão pode ser extraída de alguns indicadores, como por exemplo do fato que a rede social é utilizada por cerca de metade dos brasileiros<sup>508</sup>, que é o quarto site (e a primeira rede social) mais acessado no Brasil, segundo a Alexa<sup>509</sup>, e que em 2014 possuía 58 milhões de visitantes únicos por mês, chegando a 78% do total de visitantes únicos no Brasil (COMSCORE, 2015, p. 25), conforme segue:

---

<sup>506</sup> Ver EVANS, David S. SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. NBER Working Paper No. 18783, 2013, e EVANS, David S. *Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies*. 25 de julho de 2017.

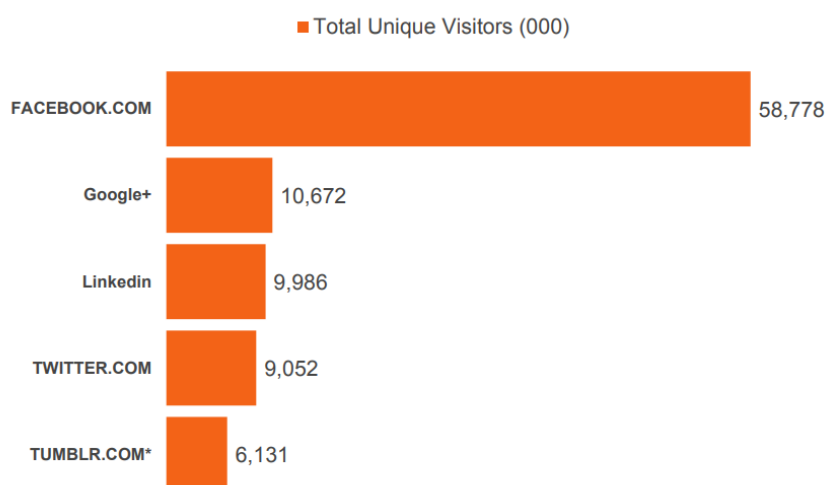
<sup>507</sup> Conforme FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, e SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>508</sup> FACEBOOK. 45% da população brasileira acessa o Facebook mensalmente. Mar, 2015b. Disponível em <<https://www.facebook.com/business/news/BR-45-da-populacao-brasileira-acessa-o-Facebook-pelo-menos-uma-vez-ao-mes>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

<sup>509</sup> Fonte: <<https://www.alexa.com/topsites/countries/BR>>. Acesso em 19 de abril de 2018.



**Figura 1 – Classificação de redes sociais por total de visitantes únicos (2014), ComScore**



Do lado dos anunciantes, NICHOLSON (2017, p. 1) observa que

o mercado de anúncios digitais se tornou efetivamente um duopólio [...] Alphabet, dona do Google e do Youtube, e o Facebook, maior rede social do mundo, produziram cada um bilhões em lucros no último trimestre e aproveitaram acentuados aumentos de receitas, enquanto rivais menores, como a Snap e Twitter lutam para manter o crescimento e reduzir perdas.

Essas elevadas participações de mercado parecem indicar que a empresa é detentora de posição dominante nesse mercado. Conforme FORGIONI (2014, p. 273), “há uma aproximação quase intuitiva entre a parcela de mercado detida pelo agente econômico e o poder dela derivado”. Tal presunção encontra também amparo na legislação brasileira<sup>510</sup>, segundo a qual presume-se que o agente que detém pelo menos 20% de determinado mercado detém posição dominante.

Além desses indicativos, o próprio comportamento da empresa pode servir de indicativo de sua posição dominante, nas situações em que ela for capaz de agir com relativa independência em relação às demais, operando, por exemplo, de forma menos eficiente do que possíveis rivais<sup>511</sup>. É a hipótese que se analisa a seguir.

<sup>510</sup> BRASIL, lei nº 12.529, 2011, art. 36, §2º: “§ 2o Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

<sup>511</sup> FORGIONI, op. cit.

#### **4.2.Evidência de poder de mercado: o uso de dados pessoais como medida de ineficiência**

Se uma das ferramentas capazes de transmitir aos consumidores informações sobre a qualidade do produto adquirido é o preço arbitrado conforme condições competitivas de mercado<sup>512</sup>, observa-se uma assimetria de informação relevante nas redes sociais, nas quais os consumidores não são capazes de adequadamente avaliar e estimar o valor dos dados pessoais que disponibilizam à plataforma. Nesse enfoque, a plataforma se beneficia de assimetrias de informação para monetizar um ativo cujo valor é desconhecido pelos seus titulares, os usuários, que acreditam estar realizando uma transação gratuita.

Existem ainda assimetrias de informação relacionadas à dificuldade para que consumidores avaliem as qualidades e desvantagens da política de dados de uma empresa, por não conseguirem acessar a totalidade do uso feito de seus dados pela plataforma, e por não conseguirem medir o valor econômico dos dados que são transferidos. Na existência dessas assimetrias de informação, as plataformas não têm incentivos econômicos para adotar políticas que sejam pró-consumidor<sup>513</sup>.

Essas assimetrias de informação entre a plataforma e os usuários são fonte de diversos custos de transação, como a necessidade (e dificuldade) de acompanhar o uso, por parte da plataforma, dos dados disponibilizados, o que traria incertezas quanto à sua segurança, e representaria custos adicionais de cancelamento, uma vez que mesmo a exclusão das contas junto às plataformas não é garantia de exclusão dos dados já armazenados ou compartilhados. Além desses custos de transação advindos das assimetrias de informação, há ainda outros custos ligados ao monitoramento dos usuários em si, que gera preocupações relacionadas à privacidade, bem como o *lock-in* dos consumidores<sup>514</sup>. Esses custos de transação são uma medida da ineficiência desse mecanismo de funcionamento das redes sociais, uma vez que poderiam ser eliminados por uma estrutura de governança diferente (p. ex. pelo retorno aos anúncios tradicionais, não comportamentais), que, por implicar em menores custos de transação, seria necessariamente mais eficiente

O argumento de que o uso de dados pessoais é ineficiente pode ser reforçado por outra observação: ainda que as posições individuais dos consumidores sobre o compartilhamento de seus dados possam variar, é razoável a presunção de que, defrontados com a possibilidade de

---

<sup>512</sup> SALOMÃO FILHO, op. cit.

<sup>513</sup> SHELANSKI, Howard A. *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 161: 1633, 2013.

<sup>514</sup> HOOFNAGLE; WHITTINGTON, op. cit.

divulgar ou não suas informações pessoais, na ausência de algum benefício ou retorno para tal, os usuários prefeririam não o fazer<sup>515</sup>. Assim, caso a qualidade do serviço prestado pela plataforma se mantenha constante, os usuários irão preferir divulgar a menor informação pessoal possível. Ou seja, o serviço mais eficiente, para uma qualidade constante, será aquele que exija o menor número de informações pessoais.

Portanto, o uso de dados pessoais pelas plataformas é fonte de assimetrias de informação entre a plataforma e os usuários, que geram custos de transação relacionados à segurança de dados, que a plataforma não tem incentivos econômicos para proteger. Esses custos são uma medida de ineficiência do mercado, e, como tal, reduzem o bem-estar do consumidor, indicando também a existência de posição dominante: caso a plataforma não fosse detentora de poder de mercado relevante, um rival mais eficiente surgiria e eliminaria a estrutura pouco eficiente. Na perpetuação do comportamento ineficiente, há um indicativo de independência da plataforma frente a seus concorrentes – e, portanto, um indício de significativo poder de mercado, conforme confirmado por TAPLIN (2017, p. 1):

O Google tem 88% de participação no mercado de publicidade vinculada a buscas, o Facebook (e suas subsidiárias Instagram, WhatsApp e Messenger) detém 77% do tráfego nas redes sociais, e a Amazon controla 74% do mercado de livros eletrônicos. Em termos econômicos clássicos, as três empresas são monopólios. Voltamos ao começo do século 20, quando argumentos sobre a "maldição da grandeza" eram defendidos por Louis Brandeis, assessor jurídico do presidente norte-americano Woodrow Wilson.

Entretanto, apesar desse indicativo da existência de poder de mercado, as grandes empresas de tecnologia não são, ainda, completamente compreendidas pela análise antitruste tradicional. Um dos principais motivos para essa falha do antitruste em reprimir o surgimento dos gigantes da internet tem sido apontado como a herança da Escola de Chicago, cuja metodologia tornou “o bem-estar dos consumidores” como maior ideal a ser conquistado pela concorrência, e tornaram por sua vez esse “bem-estar” como sinônimo de “efeitos de curto prazo sobre o preço e a oferta”. Essas preocupações centradas em aumento de preços imediatos aos consumidores são incapazes de captar as estratégias empresariais das plataformas digitais<sup>516</sup>, conforme será exposto a seguir.

---

<sup>515</sup> SHELANSKI, op. cit.

<sup>516</sup> KHAN, Lina M. *Amazon's Antitrust Paradox*. The Yale Law Journal., Vol. 126, no. 3, 2017, pp. 564-907. Disponível em: < <http://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>>. Acesso em 12 de setembro de 2017

### 4.3.O ponto cego do antitruste para mercados digitais: “bem-estar do consumidor”

A estrutura das plataformas de dois lados causa uma alteração sobre a racionalidade tradicional da escola de Chicago, segundo a qual todas as empresas atuando racionalmente buscarão maximizar seus lucros, em consequência da estrutura de dois lados e da necessidade de conquista de massa crítica, que favorece uma estratégia do tipo “vencedor leva tudo”, fazendo com que essas empresas estejam dispostas a abrir mão de lucros em troca da conquista de maior crescimento, aumentando sua parcela do mercado, e, conseqüentemente, seu poder – adotando, assim, estratégias de lucratividade a um prazo muito mais longo que as indústrias tradicionais. Por esse motivo, a análise antitruste não detecta preocupações decorrentes das elevadas participações de mercado detidas por essas empresas – porque, de fato, elas não resultam em prejuízos de curto prazo sobre os preços e oferta de produtos aos consumidores<sup>517</sup>.

A política de defesa de concorrência no Brasil, contudo, não segue os objetivos pregados pela escola de Chicago. No país, essa política é centrada na garantia da concorrência como meio apto a garantir condições justas de desempenho das atividades econômicas, que por sua vez resultariam em mais opções de escolha e mais inovação<sup>518</sup>. Não obstante, o que se observa na prática da autoridade antitruste brasileira é a utilização de métodos de análise ainda bastante centrados em efeitos de curto prazo sobre o preço e a oferta, mesmo que procurando incorporar outras preocupações, como a inovação<sup>519</sup>.

Dessa forma, a análise da autoridade concorrencial brasileira se encontra sob o mesmo ponto cego que o diagnosticado por outros autores nas autoridades estrangeiras<sup>520</sup>, uma vez que ainda utiliza metodologias de análise propostas pela escola de Chicago: na análise conduzida pelo Cade nos casos Google/DoubleClick<sup>521</sup> e Microsoft/LinkedIn<sup>522</sup>, não foram incorporadas preocupações acerca das estratégias de crescimento utilizadas pelas empresas, tampouco sobre o papel econômico que os dados pessoais recolhidos pelas empresas poderiam exercer após a integração.

---

<sup>517</sup> Ibid.

<sup>518</sup> SALOMÃO FILHO, op. cit.

<sup>519</sup> Ver, por exemplo, CADE, *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Brasília, 2016b. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.

<sup>520</sup> Ver KHAN, op. cit.

<sup>521</sup> CADE. *Voto do conselheiro Fernando de M. Furlan*. Ato de concentração nº 08012.005304/2007-11. Requerentes: Google Inc. e Click Holding Corp. Brasília, 2008.

<sup>522</sup> CADE. *Parecer nº 257/2016/CGAA5/SGAI/SG*. Ato de Concentração nº 08700.006084/2016-85. Requerentes: Microsoft Corporation e LinkedIn Corporation Brasília, 2016a.

Por outro lado, nos atos de concentração entre Phorm/Oi<sup>523</sup> e Phorm/Telefônica<sup>524</sup>, o Cade reconheceu que, embora a privacidade na internet não seja, por si só, uma preocupação concorrencial, os dados pessoais coletados dos usuários podem ter impactos significativos na concorrência, que devem ser considerados pela autoridade na medida em que forem capazes de gerar dominação de mercados.

Decorrida quase uma década desde o julgamento dos casos envolvendo a Phorm, aumenta a urgência de que dados pessoais sejam levados em consideração pelas autoridades de defesa da concorrência ao avaliarem atos de concentração e condutas anticompetitivas, uma vez que esses dados têm valor econômico e podem representar efeitos sobre a concorrência que não são capturados pela análise tradicional de preço. A seguir, serão trabalhados esses possíveis efeitos.

## **5. Condutas anticompetitivas relacionadas ao uso de dados pessoais**

Qualquer conduta unilateral de um agente econômico estará sempre sujeita a uma análise de efeitos, ou seja, a uma análise que pondere seus efeitos negativos sobre a concorrência versus seus efeitos positivos. Contudo, conforme exposto acima, por vezes a análise é focada em impactos e efeitos sobre preços, desconsiderando outros possíveis impactos também negativos, que seriam, conforme SHELANSKI, (2013, p. 1687, tradução livre), *“dar aos consumidores menos das coisas boas – serviços melhorados, produtos inovadores, e boas políticas de segurança e de uso de dados – pelas quais os consumidores podem implicitamente trocar seus dados”*.

Com base nisso, serão expostas a seguir possíveis condutas anticompetitivas que podem ser praticadas por firmas dominantes a partir do, ou envolvendo o, uso de dados pessoais de usuários. Essa lista não pretende ser exaustiva, ao deixar, por exemplo, de expandir para outros campos, como o da privacidade como objetivo antitruste, focando assim em condutas já consideravelmente estabelecidas na jurisprudência de autoridades antitruste, particularmente a brasileira.

---

<sup>523</sup> CADE. *Voto do conselheiro Fernando de M. Furlan*. Ato de Concentração nº 08012.003107/2010-62. Requerente: TNL PCS S.A., Interessada: Phorm Veiculação de Publicidade Ltda., Brasília, 2010.

<sup>524</sup> CADE. *Votos dos conselheiros Fernando de M. Furlan, Marcos Paulo Veríssimo e Ricardo M. Ruiz*. Ato de concentração nº 08012.010585/2010-29. Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda., Brasília, 2011.

### 5.1.Exclusividade

Um possível impacto sobre a concorrência relacionado do uso dos dados pessoais é a possibilidade utilização de práticas que previnam o acesso de concorrentes a bases de dados pessoais detidas por terceiros (especializados em sua comercialização), ou a ferramentas de terceiros para análise desses dados, por meio de práticas de exclusividade<sup>525</sup>. Ao assinar acordos exclusivos com provedores de dados ou com ferramentas de análise de dados, os concorrentes podem ser excluídos do mercado devido à dificuldade de acesso a esses insumos, o que caracterizaria uma prática anticompetitiva, ao aumentar as barreiras à entrada no mercado. Há, ainda, outras barreiras à entrada advindas do uso de dados pessoais, não relacionadas a práticas de exclusividade, que serão analisadas a seguir.

### 5.2.Barreiras à entrada, massa crítica e recusa de acesso

Grandes bases de dados de informações pessoais de usuários detidas por empresas dominantes podem constituir barreiras à entrada de novos concorrentes, à medida que esses dados aumentam o valor que a plataforma representa para os anunciantes, ao garantirem maior efetividade na oferta de produtos aos consumidores<sup>526</sup>. Ao mesmo tempo, perfis mais detalhados de interesses podem garantir à plataforma maior conhecimento sobre as preferências de seus usuários, utilizando esse conhecimento para refinar a qualidade do produto e a natureza das ofertas, criando dependência dos consumidores de ambos os lados do mercado<sup>527</sup>.

Essa dependência significa que as bases de dados poderiam ter o efeito de *lock-in*<sup>528</sup>, uma vez que os usuários não conseguiriam encontrar em outras plataformas serviços personalizados com base em suas preferências da mesma maneira que os serviços ofertados pela plataforma dominante – fazendo com que a qualidade dos concorrentes pareça sempre inferior à qualidade da plataforma dominante. Ao mesmo tempo, anunciantes não conseguiriam encontrar alternativas que oferecessem uma audiência tão efetiva, com uma base de consumidores tão grande, o que foi observado como problemático pelo Cade no caso

---

<sup>525</sup> EVANS, David S. *Economics of Vertical Restraints for Multi-Sided Platforms*. University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 626, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2195778>>. Acesso em 12 de setembro de 2017

<sup>526</sup> GRAEF, Inge. WAHYUNINGTYA, Sih Yuliana. VALCKE, Peggy. *Assessing data access issues in online platforms*. Telecommunications Policy, Vol. 39, No. 5, pp. 375-387, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2647309>. Acesso em 6 de agosto de 2017.

<sup>527</sup> KHAN, op. cit.

<sup>528</sup> Na defesa da concorrência, *lock-in* é o nome que se dá para a geração de dependência dos consumidores devido aos elevados custos para troca de um fornecedor ou prestador de serviços.

Infoglobo<sup>529</sup>. Esse efeito de *lock-in* pode ser ainda agravado pelas externalidades de rede diretas existentes entre usuários da mesma rede social, que só terão interesse em migrar para uma plataforma que já congregue um grupo relevante de usuários de seu interesse.

Nessa interpretação, bases de dados pessoais podem ser entendidas como importantes vantagens competitivas detidas pelas empresas que já atuam em mercados digitais, mesmo levando em consideração que os dados são não-rivais, ou seja, o fato de um agente ter acesso a eles não diminui a quantidade disponível para que outros agentes também os acessem<sup>530</sup>. Ainda que os dados de um único usuário tenham esse caráter de não rivalidade, o valor para a plataforma não somente nos dados de um único usuário, mas sim no grande volume de dados de usuários individuais que foram transferidos a ela. Assim, caso um grande número de usuários opte por utilizar apenas uma plataforma, que não comercialize suas bases de dados, o acesso por concorrentes a esse insumo (ou seja, a esse conjunto de dados de diversos usuários) pode ser dificultado.

Nesse cenário, surge a possibilidade de que as bases de dados pessoais sejam tão essenciais para o desenvolvimento de um novo negócio que constituam uma facilidade essencial (“*essential facility*”)<sup>531</sup>, fazendo com que a recusa, por parte do agente econômico, de negociar suas bases de dados com concorrentes constitua uma conduta anticompetitiva, por elevar sobremaneira os custos dos rivais, impedindo-os de atuar no mercado<sup>532</sup>.

Não obstante os custos de troca entre plataformas possam aparentar ser baixos<sup>533</sup>, existe um número limitado de produtos diferenciados que pode existir dentro de um mesmo

---

<sup>529</sup> CADE. *Voto da Conselheira Ana Frazão*. Requerimento nº 08700.005399/2012-81, referente ao Processo Administrativo nº 08012.003064/2005-58. Requerente: Infoglobo Comunicação e Participações S.A. Brasília, 2013

<sup>530</sup> BUNDESKARTELLAMT; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *Competition Law and Data*. 2016. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>>. Acesso em 12 de setembro de 2017

<sup>531</sup> A doutrina da facilidade essencial foi desenvolvida nos Estados Unidos em setores de infraestrutura ou regulados pelo governo, para justificar a obrigatoriedade que um rival teria de negociar com os demais o acesso a um bem ou insumo de sua titularidade (p. ex. os trilhos de uma ferrovia). Nesse sentido, um dos requisitos para configuração de uma facilidade essencial seria a impossibilidade de duplicação daquele bem sem incorrer em custos excessivos (no exemplo dos trilhos de trem, não há qualquer racionalidade no desenvolvimento de dois trilhos paralelos). Ver HOVENKAMP, Hebert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. 4ª ed. St. Paul: West Group, 2011.

<sup>532</sup> Essa preocupação foi levantada, mas descartada, nos casos entre Oi/Phorm e Telefônica/Phorm. Ver CADE. *Voto do conselheiro Fernando de M. Furlan*. Ato de Concentração nº 08012.003107/2010-62. Requerente: TNL PCS S.A., Interessada: Phorm Veiculação de Publicidade Ltda., Brasília, 2010, e CADE. *Votos dos conselheiros Fernando de M. Furlan, Marcos Paulo Veríssimo e Ricardo M. Ruiz*. Ato de concentração nº 08012.010585/2010-29. Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda., Brasília, 2011

<sup>533</sup> Argumentação nesse sentido foi trazida, por exemplo, em EVANS, David S. *Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies*. 25 de julho de 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3009438>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

mercado relevante, e também uma quantidade limitada de tempo e atenção de que os usuários dispõem para acessar redes sociais. Por isso, uma barreira à entrada relevante em mercados digitais é relacionada aos investimentos elevados necessários à constituição de uma marca que seja forte o suficiente para atrair usuários de uma plataforma concorrente. Segundo KHAN (2017, p. 63, tradução livre), “o investimento em plataformas digitais não é voltado a infraestruturas físicas que possam ser reaproveitadas, mas em intangíveis tais como o reconhecimento da marca”. Isso faz com que plataformas digitais se deparem com barreiras à entrada elevadas, associadas a relativamente baixos custos de saída do mercado, reforçando a tendência ao desenvolvimento de condutas anticompetitivas entre agentes desse mercado.

A principal barreira à entrada em um mercado de dois lados é identificada como a necessidade de que a plataforma atinja massa crítica, ou seja, que seja forte o suficiente para atrair consumidores dos rivais<sup>534</sup>. Assim, ainda que os custos de troca entre plataformas aparentem ser baixos, ainda há barreiras relevantes a serem transpostas por novos entrantes, tais como a diferença entre a qualidade dos serviços personalizados prestados por plataformas detentoras de bases de dados dos usuários e os serviços de novos entrantes, e a necessidade de desenvolvimento de uma marca forte que atraia a preferência dos consumidores.

Por isso, há incentivos para que plataformas dominantes adotem práticas exclusionárias e restrições verticais que visem a impedir que concorrentes potenciais atinjam massa crítica de usuários. Essas estratégias podem ser de vários tipos, dentre os quais o uso de acordos de exclusividade sobre um dos lados do mercado, exposta acima, ou condutas predatórias associadas à verticalização, que serão expostas a seguir.

### **5.3. Verticalização, conflitos de interesse e alavancagem**

Observa-se com frequência no mercado digital a existência de grandes marcas verticalizadas em mais de um mercado. No caso do Facebook, além dos serviços de rede social, são oferecidos serviços de mensagens instantâneas, ligações de voz e de vídeo (por meio do próprio Facebook Messenger e do WhatsApp), serviços de meios de pagamento e carteiras digitais, pesquisas em inteligência artificial, realidade virtual, assistentes ativados por voz, serviços de vídeo ao vivo, jogos, serviços de busca local e mapas, notícias, dentre outros<sup>535</sup>.

---

<sup>534</sup> EVANS, David S. SCHMALENSEE, Richard. *Failure to Launch: Critical Mass in Platform Businesses*. Review of Network Economics 9.4, P. 1-26, 2010

<sup>535</sup> EVANS, David S. *Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies*. 25 de julho de 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3009438>>. Acesso em 12 de



Embora não haja análises profundas dos mercados relevantes em que estão compreendidos cada um desses produtos, percebe-se não haver possibilidade de substituição entre diversos deles (p. ex. serviços de redes sociais e de meios de pagamento), o que parece apontar pelo menos a possibilidade de que alguns desses produtos integrem mercados relevantes verticalmente relacionados. Como não é possível para o usuário separar alguns desses produtos (p. ex. não é possível ao usuário utilizar o Facebook sem utilizar o Facebook Messenger), essa imposição de um segundo produto atrelado ao principal poderia ser entendida como venda casada.

A venda casada e a verticalização, além de levantarem preocupações na área de defesa do consumidor, também são vistas com cautela na defesa da concorrência em decorrência da chamada *teoria da alavancagem*, segundo a qual um agente detentor de poder de mercado, ao realizar a venda casada do produto dominante com outro produto, poderia alterar a dinâmica da concorrência no mercado relacionado. Como explicado no item 4.4, acima, estratégias de alavancagem seriam empregadas com a intenção de impedir o surgimento de um concorrente capaz de contestar o poder de mercado já detido pelo agente<sup>536</sup>.

Contudo, é necessário avaliar em que medida a experiência empírica contradiz o argumento teórico. Alguns novos entrantes que eram promissores devido à sua verticalização com empresas proeminentes em outros setores digitais falharam em atingir o sucesso, sendo o exemplo mais notável o Google+, a rede social lançada pelo Google, que não foi capaz de superar o Facebook<sup>537</sup>.

Não obstante essa observação, os incentivos para alavancagem nos mercados digitais são elevados. Os dados pessoais já coletados no mercado dominante podem ser aproveitados para o agente verticalizado (que terá acesso a essa base de dados), em detrimento dos demais agentes (que não o terão), eliminando assim uma relevante barreira à entrada. Ainda, esses dados também podem apontar dicas sobre preferências dos usuários, indicando à plataforma mercados nos quais pode ser economicamente rentável o lançamento de um novo produto, em detrimento das alternativas.

A verticalização nas plataformas também cria um efeito negativo adicional, relacionado aos chamados conflitos de interesse anticompetitivos<sup>538</sup>: ao mesmo tempo que a plataforma atua em um mercado verticalizado, seus concorrentes naquele mercado podem

---

setembro de 2017.

<sup>536</sup> FORGIONI, op. cit.

<sup>537</sup> BUNDESKARTELLAMT; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, op. cit.

<sup>538</sup> Essa é uma definição presente principalmente em KHAN, op. cit.

também utilizar a plataforma em outra instância (p. ex. anunciar ou ter uma página no Facebook). Nessa medida, a plataforma tem incentivos para limitar o acesso dos usuários ao conteúdo produzido por concorrentes em mercados verticalizados, e aproveitar-se do conhecimento adquirido, a partir dos dados pessoais, sobre as preferências dos usuários para tentar aprimorar seus produtos, tornando-os mais aptos a competir.

Exemplos relevantes de verticalização no mercado de redes sociais são as aquisições, pelo Facebook, do Instagram e do WhatsApp, que receberam pouca ou nenhuma atenção as autoridades antitruste no mundo<sup>539</sup>. Caso as autoridades tivessem levado em consideração preocupações associadas ao papel desempenhado sobre a concorrência pela integração dos dados pessoais dos usuários entre as plataformas, o escrutínio deveria ter sido muito mais intenso<sup>540</sup>, levando em consideração que plataformas verticalizadas, ao mesmo tempo que concorrem com provedores de conteúdo em uma instância, também lhes servem como portal de acesso para o gargalo competitivo essencial nesse mercado, os usuários. Essas condutas são, evidentemente, prejudiciais aos interesses desses últimos, que podem ter seu acesso ao conteúdo limitado pela plataforma.

#### 5.4. Condutas predatórias

Em virtude da estrutura das plataformas digitais, há incentivos para que uma plataforma dominante implemente condutas predatórias contra seus concorrentes, seja no mercado em que são dominantes, seja nos mercados verticalizados, como forma de garantir seu maior crescimento (mesmo que sacrificando lucros de curto prazo), eliminando os rivais e assegurando um elevado número de usuários para seus serviços<sup>541</sup>.

Um exemplo concreto de conduta predatória pode ser observado na inserção, pelo Facebook, de “*stories*” em suas redes sociais. *Stories* são mensagens de vídeo ou imagens que contam uma história sobre a rotina do usuário, disponibilizadas a todos os seus amigos (ou seguidores) pelo curto período de 24 horas. Esse modelo foi lançado pelo Snapchat (da Snap) em 2013<sup>542</sup>, e fez sucesso rápido entre os usuários devido à inovação que representava sobre

---

<sup>539</sup> Nenhuma das operações foi notificada ao Cade.

<sup>540</sup> KHAN, op. Cit.

<sup>541</sup> KHAN, op. cit.

<sup>542</sup> NEWTON, Casey. Facebook launches stories to complete its all-out assault on Snapchat. *The Verge*: 28 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2017/3/28/15081398/facebook-stories-snapchat-camera-direct>>. Acesso em 13 de setembro de 2017.

os formatos existentes à época, e era, aliado às conversas por imagens que desaparecem após serem visualizadas (mensagens efêmeras), o principal diferencial dessa rede social<sup>543</sup>

Em março de 2017, o Facebook implementou uma funcionalidade semelhante às Stories e às mensagens efêmeras no Instagram, rede social que tinha adquirido recentemente (e que antes representava um concorrente relevante). Nos meses posteriores, ele implementou as mesmas funcionalidades no WhatsApp, outro antigo concorrente adquirido, e na própria rede social do Facebook. Essa inserção nos três serviços controlados pelo Facebook teve resultados extremamente negativos sobre o Snapchat, que teve seu design diferenciado<sup>544</sup> de produto apropriado por um concorrente, o que resultou em diminuição de seu número de usuários, e conseqüentemente também à perda de fé de investidores e à perda do valor de suas ações, conforme segue:

**Figura 2 – Valor das ações da Snap na New York Stock Exchange  
(últimos três anos)**



Fonte: Business Insider<sup>545</sup>

Alguns dos motivos que levaram ao maior sucesso do serviço de *Stories* e mensagens efêmeras do Facebook, mesmo que eles já fossem oferecidos pelo Snapchat, são o maior

<sup>543</sup> ISAAC, Mike. Facebook Mirrors Snapchat (Again) With Stories Feature. *The New York Times*: Nova York, 28 de março de 2017. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2017/03/28/technology/facebook-mirrors-snapchat-again-with-facebook-stories.html?mcubz=0>>

<sup>544</sup> O uso das expressões “diferenciado” e “inovador” no presente artigo diz respeito apenas a uma perspectiva antitruste sobre inovação de produto, e não procura contemplar uma análise de propriedade intelectual sobre novidade em relação ao estado da técnica. Isso porque a doutrina antitruste reconhece que um produto pode ser inovador sob a perspectiva da concorrência sem, necessariamente, ser patenteável. Nesse sentido, ver CADE. Voto do conselheiro Carlos Emanuel Joppert Ragazzo. *Processo Administrativo nº 08012.006439/2009-65*. Representante: Associação Brasileira de Bebidas e Cervejarias Kaiser S.A. Representada: Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV, 2012b.

<sup>545</sup> Disponível em: <<http://markets.businessinsider.com/stock/SNAP-Quote>>. Acesso em 13 de setembro de 2017.

tamanho da base de usuários do Facebook, que representa um valor muito mais elevado para os anunciantes, com um faturamento por usuário muito mais elevado, em especial devido à conexão, oferecida pelo Facebook, de diversas aplicações (Facebook, Instagram e WhatsApp), que, conforme TEAM (2017, p. 1) “*auxiliam a plataforma a selecionar anúncios relevantes em sua plataforma com base no histórico do usuário e em suas conversas por mensagens*”.

O que se observa disso é que um serviço que foi introduzido por uma entrante de forma inovadora foi passível de ser apropriado por outra plataforma já dominante; esse mesmo serviço oferecido pela plataforma dominante acabou representando um valor mais elevado para os usuários que o serviço oferecido pelo novo entrante, em virtude da existência de uma base de usuários maior (externalidades de rede diretas). Esse maior valor representado para os usuários, por sua vez, representa um valor mais elevado para os anunciantes, uma vez que parte do valor representado pela plataforma dominante está na coleta maior de informações sobre os usuários, que permite um direcionamento maior dos anúncios exibidos. Isso fez com que a nova entrante sofresse danos significativos diante da conduta de seu rival, ilustrados pela desvalorização do valor de suas ações.

Portanto, plataformas dominantes têm incentivos para tentar expulsar seus rivais do mercado, uma vez que suas redes de usuários, e a respectiva base de dados sobre esses usuários, representam um valor muito mais elevado do que aqueles representados pelos novos entrantes. Os prejuízos dessas condutas predatórias, por sua vez, são evidentes: além da possível expulsão de rivais anteriormente efetivos, com subsequente concentração de mercado, é claro o desincentivo à inovação representado pela apropriação de um modelo de sucesso por um agente já consolidado, uma vez que outros agentes não verão racionalidade econômica nos investimentos necessários para inovar sem possibilidade de recuperação desses gastos.

### **5.5. Discriminação de preços sobre os usuários**

Além das condutas já descritas, extensas bases de dados mapeando as preferências dos usuários também podem facilitar condutas anticompetitivas relacionadas à discriminação de preços. Essas bases de dados podem ser usadas para medir as preferências dos usuários, com a subsequente capacidade de se conhecer o valor que cada consumidor dá a determinado

produto<sup>546</sup>. Ainda que algum tipo de filtro por audiência na exibição dos anúncios não seja uma novidade da era digital, a tecnologia permite níveis de monitoramento muito elevados e ainda não profundamente conhecidos, tais como o tempo que o consumidor deixa o *mouse* sobre determinado anúncio, ou a conexão daquele anúncio com outros *sites* visitados pelo usuário naquele dia.

A consequência desse tipo profundo de medição de preferências seria a possibilidade de discriminação de preços entre aqueles consumidores que não veem essencialidade em determinado bem, mas que estariam dispostos a comprá-lo em caso de ofertas, e aqueles consumidores que demonstram maior interesse ou mesmo necessidade daquele bem, de forma a cobrar preços mais altos desses últimos. Essa discriminação poderia chegar ao ponto de eliminar qualquer parâmetro de estabilidade de preços, com ofertas extremamente individualizadas que impedissem a análise de qual seria o preço “comum” e as ofertas “discriminatórias”.

No mercado de redes sociais, a discriminação de preços não seria necessariamente implementada por plataformas que apenas ofereçam o serviço de redes sociais a preço zero; ela seria, no entanto, passível de ser implementada por plataformas verticalizadas que ofereçam algum serviço complementar monetizado (p. ex. os jogos ofertados pelo Facebook, nos quais os usuários podem realizar compras), ou mesmo passível de ser implementada pelos próprios lojistas, caso a plataforma oferecesse ou monetizasse os conhecimentos detidos sobre cada usuário.

A discriminação será benéfica para os clientes que receberem preços inferiores em virtude dos critérios arbitrados pela plataforma, mas será prejudicial para aqueles que terão de pagar valores superiores do que pagariam caso houvesse uma única política de precificação para todos os agentes de mercado<sup>547</sup>. Contudo, a tecnologia permite práticas de discriminação tão sofisticadas, com ofertas tão individualizadas às preferências de cada indivíduo, que impedem que sejam auferidos quais são os preços “elevados” e quais são os preços “baixos” cobrados dos usuários, piorando as assimetrias de informação sobre preços que deveriam ser remediadas pela concorrência.

## **5.6.Discriminação de preços sobre os anunciantes**

---

<sup>546</sup> SHELANSKI, op. cit.

<sup>547</sup> SHELANSKI, op. cit.

Há ainda a possibilidade de discriminação de preços, pela plataforma, do lado dos anunciantes<sup>548</sup>. Isso porque as políticas de precificação para os anúncios são baseadas em complexos mecanismos regulados por algoritmos, dentre os quais o custo-por-clique (os anunciantes somente deverão pagar caso o usuário efetivamente clique no anúncio) e o custo-por-impressão (cada impressão do anúncio em uma página representa um custo). Esses algoritmos complexos não são transparentes, permitindo a discriminação de preços com base em fatores não equitativos, tais como a própria preferência dos usuários por determinado anúncio (i. e. anunciantes de mais sucesso são cobrados preços superiores, para aumentar os lucros da plataforma).

Essa possibilidade de discriminação de preços entre anunciantes, de forma a maximizar os lucros, seria decorrente do poder de mercado conferido à plataforma pelas externalidades de rede indiretas entre usuários e anunciantes. Isso porque, conforme CALVANO; JULLIEN (2011, p. 4, tradução livre) observam, *“uma vez que a plataforma tenha sido bem-sucedida em atrair uma audiência, ela se torna o único meio de acesso a esses consumidores pelos anunciantes, e pode vender esse acesso a preços de monopólio”*. Essa discriminação de preços sobre os anunciantes é potencialmente anticompetitiva porque cria uma diferenciação artificial entre as condições de negociação dos agentes, que não conseguem competir entre si em bases justas.

Os efeitos anticompetitivos de uma prática de discriminação de preços de um dos lados do mercado são reduzidos, uma vez que o impacto dessa prática sobre outro lado tende a limitar a adoção da prática: tradicionalmente, a discriminação pode acarretar uma diminuição do número de clientes do lado discriminado, e conseqüentemente reduzir o valor da plataforma para o outro lado, em virtude das externalidades de rede indiretas, reduzindo assim o tamanho da plataforma<sup>549</sup>.

Não obstante, nas redes sociais, como observado anteriormente, não há externalidades de rede indiretas, para os usuários, em decorrência do número de anunciantes, ou mesmo da exibição de anúncios em si (ainda que os usuários dependam dos anúncios para que a plataforma seja economicamente viável). Assim, discriminação de preços aplicada em face dos anunciantes seria dificilmente controlada ou limitada pela estrutura de dois lados do mercado, havendo incentivos para que as plataformas as adotem, em especial se verificada dependência por parte dos anunciantes da plataforma.

---

<sup>548</sup> CALVANO; JULLIEN, op. cit.

<sup>549</sup> EVANS, David S. SCHMALENSEE, Richard. *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*. NBER Working Paper No. 18783, 2013.

### 5.7. Efeitos positivos do uso de dados pessoais

Ponderados os possíveis efeitos negativos sobre a concorrência do uso de dados pessoais no mercado de redes sociais, passa-se a listar os possíveis efeitos positivos advindos desse uso, que devem ser ponderados frente às preocupações levantadas. De forma geral, o uso de restrições verticais por plataformas pode ser legítimo como forma de garantir uma demanda consolidada de um dos lados da plataforma, que por sua vez irá criar valor para o outro lado e, assim, aumentar o bem-estar para ambos os lados por meio da maximização de valor da plataforma<sup>550</sup>. Nesse cenário, as restrições verticais diminuem os riscos de que a plataforma não atinja massa crítica e imploda, aumentando sua liquidez (no sentido de aumentar a disponibilidade de contrapartes para fechar transações). Contudo, essa justificativa se aplica apenas ao estágio inicial de entrada da plataforma no mercado, e não a plataformas já consolidadas no mercado.

De forma específica, um dos principais efeitos positivos para os usuários que se pode listar do uso de dados pessoais é, conforme a própria política de dados do Facebook, a melhoria dos serviços prestados pela plataforma aos usuários, tanto na dimensão conteúdo quando na dimensão segurança. A exibição de conteúdo personalizado aos interesses de cada indivíduo, bem como a utilização de seus padrões e hábitos para detectar e corrigir uma falha de segurança, é evidentemente fonte de maior bem-estar para o consumidor do que a opção que não disponha dessa funcionalidade.

Nessa mesma linha, ainda que a literatura econômica discorde sobre a interpretação dos anúncios como fonte de maior utilidade para os usuários<sup>551</sup>, ou como um incômodo ou uma distração pura e simples, a exibição de anúncios direcionados aos interesses dos usuários, ainda que não agregue maior valor para os usuários, pode pelo menos representar um *incômodo menor* do que a exibição de quaisquer anúncios aleatórios. Nessa medida, mesmo o uso dos dados para personalizar os anúncios pode ser uma fonte de maior (ou pelo menos de menor perda de) bem-estar para o consumidor.

Ademais, em oposição aos possíveis efeitos anticompetitivos listados acima, a análise de mercados de tecnologia deve ser empreendida com bastante atenção ao papel central desempenhado pela inovação como central para compreender esses mercados, em especial porque a inovação é frequentemente descrita como um dos principais benefícios a serem

---

<sup>550</sup> EVANS, David S. *Economics of Vertical Restraints for Multi-Sided Platforms*. University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 626, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2195778>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

<sup>551</sup> CALVANO; JULLIEN, op. cit.

buscados pela defesa da concorrência, para que uma análise equivocada não acabe por desestimular o surgimento de novos produtos, em detrimento dos consumidores.

De forma semelhante, eventual posição dominante no mercado de plataformas online é passageira no máximo, com a ameaça constante de que novos entrantes com produtos inovadores substituam líderes anteriores de mercado. Dessa forma, considerando que os lucros de monopólio são a recompensa esperada de empresas que investem recursos em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, a penalização equivocada de empresas simplesmente em consequência de sua posição dominante pode também gerar efeitos negativos no sentido de frear a inovação.

Contudo, o exemplo recente do Snapchat apresenta evidência empírica relevante dos possíveis efeitos negativos sobre a concorrência e a inovação que podem advir de práticas predatórias adotadas por uma plataforma dominante, inclusive mitigando a ameaça competitiva representada por novos entrantes decorrente da inovação de produtos. Da mesma forma que a análise antitruste precisa ponderar a característica dinâmica dos mercados digitais e o papel desempenhado pela inovação nesses mercados, ela também precisa se adaptar às novas estratégias adotadas pelas plataformas, para as quais atitudes que poderiam parecer absolutamente irracionais em termos de efeitos de curto prazo sobre preço e oferta podem ser extremamente racionais.

Isso porque plataformas digitais desenvolvem estratégias voltadas a longos períodos de perdas, com baixos lucros, que visam a assegurar uma escala significativa, em um primeiro momento para atingir massa crítica, mas posteriormente para poderem recuperar as perdas e receberem os desejados lucros de monopólio<sup>552</sup>. A acumulação de dados pessoais representa um estado importante dessa estratégia, uma vez que garante o aumento do valor representado pela plataforma – e, conseqüentemente, aumenta seu poder de mercado. Ainda que o uso de dados pessoais possa trazer bem-estar para os consumidores, é necessário levar em consideração o poder de mercado conferido por esse uso, e os riscos dele decorrentes.

#### Conclusão

O presente artigo procurou mapear os principais efeitos sobre a concorrência advindos do uso de dados por uma plataforma digital que detenha posição dominante. Para isso, apresentou-se uma breve descrição da política de dados do Facebook e do funcionamento do mercado de redes sociais, que conecta usuários e anunciantes em uma estrutura na qual externalidades de rede permitem à plataforma arbitrar preços zero para os usuários, ao passo

---

<sup>552</sup> KHAN, op. cit.



que cobra dos anunciantes pela exibição de anúncios. Não obstante essa estrutura, contanto, observou-se que a transação não é realmente gratuita para os usuários: a transferência de seus dados pessoais para a plataforma representa a transferência de um importante ativo econômico, que adquire valor à medida que a plataforma é capaz de utilizá-lo para exibir anúncios comportamentais, baseados em ferramentas avançadas de monitoramento dos usuários, que representam maior valor econômico para os anunciantes que anúncios tradicionais.

Atestado o valor econômico dos dados pessoais, constatou-se que esses desempenham um papel importante ao garantir a rentabilidade da plataforma. Se não o fizessem, não haveria racionalidade, para ela, em continuar a efetuar sua coleta e análise, em virtude dos custos marginais associados a essa atividade. Contudo, os usuários titulares desses dados não são capazes de estimar o seu valor econômico concreto, em virtude das assimetrias de informação existentes entre os titulares dos dados e aqueles que os utilizam. Essas assimetrias de informação podem ser fonte de custos de transação para os usuários, em especial relacionados à segurança dos dados.

Esses custos de transação e assimetrias de informação representam uma medida de ineficiência no funcionamento do mercado, uma vez que poderiam ser eliminados por uma estrutura de governança diferente, como por exemplo a cobrança de taxas de adesão dos usuários com a eliminação total da exibição de anúncios. Essas ineficiências são uma maneira importante para apurar que há um funcionamento defeituoso desses serviços; ademais, elas indicam a existência de significativo poder de mercado dos agentes (plataformas) que podem agir de forma ineficiente sem serem contestadas por concorrentes.

Observou-se também a possibilidade de que os dados sejam utilizados como forma de, além de customizar os anúncios exibidos aos usuários, discriminar os preços cobrados tanto de usuários quanto de anunciantes, com base em suas preferências. Além disso, levantou-se a possibilidade de que grandes bases de dados pessoais constituam barreiras à entrada de novos concorrentes. O valor dessas bases de dados também pode conduzir a práticas exclusionárias, como a exclusividade, bem como facilitar a verticalização (e, com ela, a venda casada e a alavancagem de poder de mercado) e conduzir a práticas predatórias sobre novos entrantes, ou mesmo sobre concorrentes consolidados.

Um exemplo concreto de uma prática predatória foi apresentado a partir da observação da implementação, pelo Facebook, do design de Stories e de mensagens efêmeras criadas pelo seu rival Snapchat, que resultou em perdas significativas de valor para o Snapchat. Grande

parte do sucesso do Facebook nessa estratégia é advindo do valor que sua plataforma representa para os usuários e anunciantes, em virtude também de sua verticalização e da extensa base de dados que possui sobre esses usuários, e da maior capacidade que esses dados lhe conferem de aprimorar seus serviços e torna-los mais aptos a superar concorrentes.

Mais do que somente a preocupações sobre o bem-estar do consumidor, a constatação do valor econômico dos dados pessoais para as plataformas, bem como dos possíveis efeitos negativos do uso desses dados sobre a concorrência, deve conduzir a uma indagação sobre o papel do direito da concorrência, especialmente sobre sua incapacidade de, até o momento, representar alguma intervenção efetiva sobre o que TAPLIN (2017, p. 1) chama de os “*grandes trustes*” da atualidade. Isso porque as metodologias de análise centradas em efeitos de curto prazo sobre preços e sobre oferta não é capaz de captar estratégias adotadas por plataformas em mercados de preço zero, estratégias que poderiam ser consideradas “irracionais” pela Escola de Chicago.

É verdade que a análise antitruste deve ser conduzida com cuidado em mercados dinâmicos de elevada inovação, sob pena de engessar mercados novos sob estruturas antigas de análise. Não se discorda desse argumento; contudo, é essencial que sejam desenvolvidas novas estruturas de análise que sejam capazes de efetivamente compreender os possíveis efeitos negativos sobre a concorrência (e sobre a própria inovação) advindas do comportamento de grandes plataformas, diante do elevado valor econômico que dados pessoais representam para essas empresas. Do contrário, pode-se permitir o ressurgimento das mesmas grandes concentrações de poder econômico que o antitruste, em sua origem, procurava combater.

## **Referências Bibliográficas**

AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Restrições Verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira*. Fundação Getúlio Vargas. Escola de Economia de São Paulo. Texto para Discussão nº 264, julho de 2010.

AMELIO, Andrea; JULLIEN, Bruno. *Tying and Freebies in Two-Sided Markets*. *International Journal of Industrial Organization*º Volume 30, no. 5, 2012, pp. 436–446.

ARMSTRONG, Mark. *Competition in Two-Sided Markets*. *The RAND Journal of Economics*, Volume 37, Issue 3. 2006, pp. 668–691.

ARMSTRONG, Mark; WRIGHT, Julianº *Two-Sided Markets, Competitive Bottlenecks, and Exclusive Contracts*, *Journal of Economic Theory*, 32(2): 2007, pp. 353-380.

BRANDEIS, Louis. *How the combiners combine*. In \_\_\_\_\_. *Other people's money and how the bankers use it*. Nova Iorque: Frederick A. Stokes Company, 1914, pp. 28-50.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, compilada. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, entre outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

BUNDESKARTELLAMT; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *Competition Law and Data*. 2016. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

BUNDESKARTELLAMT. *Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules*. Comunicado à imprensa, mar. 2016. <[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02\\_03\\_2016\\_Facebook.html?nn=3591568](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?nn=3591568)>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

CADE. *Voto do conselheiro João Bosco L. da Fonseca*. Processo Administrativo nº 08000.000128/95-98 08000.16153/95-89. Representante: Empresa Folha da Manhã S.A. Representada: S.A. o Estado de São Paulo. Processo Administrativo nº 08000.16153/95-89. Representante: DPDE (de ofício). Representada: Empresa Folha da Manhã S.A.

CADE. *Voto do conselheiro Roberto A. C. Pfeiffer*. Processo Administrativo nº 08012.009991/98-82. Representante: Participações Morro Vermelho Ltda. Representadas: Condomínio Shopping Center Iguatemi e Shopping Center Reunidos do Brasil Ltda. Brasília, 2003.

CADE. *Voto do conselheiro Fernando de M. Furlan*. Ato de concentração nº 08012.005304/2007-11. Requerentes: Google Inc. e Click Holding Corp. Brasília, 2008.

CADE. *Voto do conselheiro Fernando de M. Furlan*. Ato de Concentração nº 08012.003107/2010-62. Requerente: TNL PCS S.A., Interessada: Phorm Veiculação de Publicidade Ltda., Brasília, 2010.

CADE. *Votos dos conselheiros Fernando de M. Furlan, Marcos Paulo Veríssimo e Ricardo M. Ruiz*. Ato de concentração nº 08012.010585/2010-29. Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda., Brasília, 2011.

CADE. *Nota Técnica da Secretaria de Direito Econômico*. Processo Administrativo nº 08012.003064/2005-58. Representantes: Editora O Dia S.A e Jornal do Brasil. Representado: Infoglobo Comunicação e Participações S.A. Brasília, 2012a.

CADE. *Voto do conselheiro Carlos Emanuel Joppert Ragazzo*. Processo Administrativo nº 08012.006439/2009-65. Representante: Associação Brasileira de Bebidas e Cervejarias Kaiser S.A. Representada: Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV, 2012b.

CADE. *Voto da Conselheira Ana Frazão*. Requerimento nº 08700.005399/2012-81, referente ao Processo Administrativo nº 08012.003064/2005-58. Requerente: Infoglobo Comunicação e Participações S.A. Brasília, 2013.

CADE. *Parecer nº 257/2016/CGAA5/SGAI/SG*. Ato de Concentração nº 08700.006084/2016-85. Requerentes: Microsoft Corporation e LinkedIn Corporationº Brasília, 2016a.

CADE. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Brasília, 2016b. Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf). Acesso em 12 de setembro de 2017.

CADE. *Anexo à Nota Técnica nº 25/2017/CGAA1/SGAI/SG/CADE*. Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27. Representadas: Unilever Brasil Ltda. e Nestlé S/A. Brasília, 2017.

CAILLAUD, Bernard; JULLIEN, Bruno. *Chicken and Egg: Competition among Intermediation Service Providers*. The RAND Journal of Economics, 34:309-328, 2003.

CALVANO, Emilio; JULLIEN, Bruno. *Issues in on-line advertising and competition policy: a two-sided market perspective*. Working Papers from IGIER (Innocenzo Gasparini Institute for Economic Research), Bocconi University, No 427, 2011.

CORDOVIL, Leonor. Comentários ao capítulo II, título V da lei nº 12.529/11. In:

CARVALHO, Vinícius Marques de. \_\_\_\_\_. BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 100-118.

CHOI, Jay-Pil; JEON, Doh-Shinº *A Leverage Theory of Tying in Two-Sided Markets*. Toulouse School of Economics Working Papers, no. 689, 2016.

CHOI, Jay-Pil. *Tying in Two-Sided Markets with Multi-Homing*. Journal of Industrial Economics, CESifo Working Paper No. 2073, 2007.

COMISSÃO EUROPEIA. Google/DoubleClick (Case COMP/M.4731) Commission Decision 2008/C 184/04 OJ L 162/21, 2008.

COMISSÃO EUROPEIA. Google Search (Case COMP/AT.39740). Commission Decision C(2017) 4444, 2017. Disponível em <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_14996\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf)>. Acesso em 31 de janeiro de 2018.

COMSCORE. *Digital Future in Focus Brazil*. 2015. Disponível em: <<http://www.comscore.com/por/Insights/Apresentacoes-e-documentos/2015/2015-Brazil-Digital-Future-in-Focus>>. Acesso em 13 de setembro de 2017.

ENGLEHARDT, Steven° NARAYANAN, Arvind. *Online tracking: A 1-million-site measurement and analysis*. Princeton University's WebTAP project; disponível em <<https://webtransparency.cs.princeton.edu/webcensus/>> . Acesso em 6 de agosto de 2017.

EVANS, David S. *Some Empirical Aspects of Multi-Sided Platform Industries*, Review of Network Economics, 2(3): 191-209, 2003.

EVANS, David S. *Economics of Vertical Restraints for Multi-Sided Platforms*. University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 626, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2195778>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

EVANS, David S. *Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies*. 25 de julho de 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3009438>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

EVANS, David S. SCHMALENSEE, Richard. *Failure to Launch: Critical Mass in Platform Businesses*. Review of Network Economics 9.4, P. 1-26, 2010.

EVANS, David S. SCHMALENSEE, Richard. *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*. NBER Working Paper No. 18783, 2013.

FACEBOOK. *Termos de Serviço*. Jan, 2015a. Disponível em: <<https://www.facebook.com/terms.php>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

FACEBOOK. *45% da população brasileira acessa o Facebook mensalmente*. Mar, 2015b. Disponível em <<https://www.facebook.com/business/news/BR-45-da-populacao-brasileira-acessa-o-Facebook-pelo-menos-uma-vez-ao-mes>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

FACEBOOK. *Política de dados*. 29 de setembro de 2016. Disponível em <<https://www.facebook.com/about/privacy/>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

FACEBOOK. *Facebook para empresas: anúncios no Facebook*. 6 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.facebook.com/business/products/ads>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GAL, Michal S.; RUBINFELD, Daniel L. *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*. New York University Law and Economics Working Papers, nº 403, 2015.

GERARDIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. *Restrições Verticais Adotadas por Empresas Dominantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRAEF, Inge. WAHYUNINGTYA, Sih Yuliana. VALCKE, Peggy. *Assessing data access issues in online platforms*. Telecommunications Policy, Vol. 39, No. 5, pp. 375-387, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2647309>. Acesso em 6 de agosto de 2017.

HOOFNAGLE, Chris Jay; WHITTINGTON, Jan, *Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price*. Los Angeles: 2014. 61 UCLA L. Rev. 606, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2235962>. Acesso em 6 de agosto de 2017.

HOOFNAGLE, Chris Jay; SOLTANI, Ashkan; GOOD, Nathaniel; WAMBACH, Dietrich J. AYENSON, Mika D. *Behavioral Advertising: The Offer You Cannot Refuse*. Harvard Law & Policy Review (Harvard University Press) 6. 2012: pp. 273-296.

HOVENKAMP, Hebert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. 4ª ed. St. Paul: West Group, 2011.

ISAAC, Mike. Facebook Mirrors Snapchat (Again) With Stories Feature. *The New York Times*: Nova York, 28 de março de 2017. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2017/03/28/technology/facebook-mirrors-snapchat-again-with-facebook-stories.html?mcubz=0>>

JOSEPHSON, Matthews. *Concentration: The Great Trusts*. In \_\_\_\_\_. *The Robber Barons: the great american capitalists*. Nova Iorque: Harcourt, Brace and Company, 1934, p. 268-290.

KAYE, Kate. *Mastercard, AmEx Quietly Feed Data to Advertisers*. Abril 16, 2013. Disponível em <<http://adage.com/article/dataworks/mastercard-amex-feed-data-marketers/240800/>> Acesso em 12 de setembro de 2017.

KHAN, Lina M. *Amazon's Antitrust Paradox*. The Yale Law Journal., Vol. 126, no. 3, 2017.pp. 564-907. Disponível em: < <http://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. São Paulo: 2014. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2014/ix-premio-seae-2014/tema1-3lugar-MM.pdf>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

MCLEOD, Robert. *Novel But a Long Time Coming: The Bundeskartellamt Takes on Facebook*. Journal of European Competition Law & Practice 7 (6): 2016, pp. 367-368.

NICHOLSON, Lucy. Google e Facebook mostram poder de duopólio de anúncios enquanto rivais perdem força. *Reuters*. San Francisco, jul. 2017. <<http://br.reuters.com/article/internetNews/idBRKBN1AD2HF-OBRIN>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

NEWMAN, John M. *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 164: 149, 2015.

NEWTON, Casey. Facebook launches stories to complete its all-out assault on Snapchat. *The Verge*: 28 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2017/3/28/15081398/facebook-stories-snapchat-camera-direct>>. Acesso em 13 de setembro de 2017.

RAY, P. and TIROLE, J. *A Primer on Foreclosure*. In: Armstrong, M. e Porter, R (Org.) *Handbook of Industrial Organization III*. North Holland, 2007, pp. 2145-2220.

ROCHET, Jean-Charles. TIROLE, Jean° “*Platform Competition In Two-Sided Markets*”. *Journal of the European Economic Association (Wiley)* 1, no. 4. 2003, pp. 990-1029

ROCHET, Jean-Charles. TIROLE, Jean° “*Two-sided markets: a progress report*”. *The RAND Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3. 2006, pp. 645-66

RYSMAN, Marc. *The Economics of Two-Sided Markets*. *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 23, no. 3, 2009. pp.125-143.

RODRIGUEZ, Salvador. Snapchat shares plunge 17% as losses deepen amid competition from Facebook and Instagram. *The Independent*. 11 de agosto de 2017. Disponível em <<http://www.independent.co.uk/news/business/news/snapchat-shares-drop-17-per-cent-facebook-instagram-social-media-messaging-snap-app-a7887551.html>>. Acesso em 13 de setembro de 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SHELANSKI, Howard A. *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 161: 1633, 2013.

TAPLIN, Jonathan. Não dá mais para disfarçar danos causados por Google e Facebook. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 25 de abril de 2017. Opinião. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2017/04/1878274-nao-da-mais-para-disfarcar-danos-causados-por-google-e-facebook.shtml>>. Acesso em 13 de setembro de 2017.

TEAM, Trefis. Why Facebook Will Maintain Its ARPU Advantage Over Snapchat. *Forbes*. 24 de maio de 2017. Disponível em <<https://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2017/05/24/why-facebook-will-maintain-its-arpu-advantage-over-snapchat/#226f4aa527b9>>. Acesso em 13 de setembro de 2017.

WOTTON, John° *Are Media Markets Analyzed as Two-Sided Markets?* *Competition Policy International Journal* 3, no. 1, 2007, pp. 237-247.

WYATT, Edward. Raising the F.T.C.'s Voice. *The New York Times*, Nova York, 22 de dezembro de 2014. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2014/12/22/business/federal-trade-commission-raises-its-voice-under-its-soft-spoken-chairwoman.html>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.



## Cooperação e Concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos

Anna Binotto<sup>553</sup>

**Resumo:** Este artigo pretende contribuir para a delimitação do conceito de “contrato associativo” trazido pela Lei nº. 12.529/2011. Diante, principalmente, da recém editada Resolução Cade nº. 17/2016, busca-se delinear as hipóteses em que acordos de cooperação ganham relevância para o controle preventivo (controle de estruturas) do Cade, e identificar em que medida o posicionamento da autoridade – através de sua função normativa, e de suas decisões – atendeu ao que a doutrina jurídica e econômica sugere qualificar como contratos associativos. Nesse sentido, este artigo, discute como alguns casos recentemente analisados pelo Cade podem ser relevantes para delinear o novo entendimento da autoridade sobre esta modalidade de ato de concentração, especificamente (i) os casos no mercado de transporte de cargas marítimas, que ilustram os distintos graus de cooperação entre concorrentes; (ii) o contrato de fornecimento de alumínio, que ilustra a possibilidade de contratos “verticais” configurarem contratos associativos; e (iii) os contratos de *codeshare* entre linhas aéreas, que ilustram a alteração de posicionamento do Cade após a entrada em vigor da Resolução Cade nº. 17/2016.

**Palavras-chave:** Cade; Controle de estruturas; Contratos associativos, Contratos de cooperação.

**Abstract:** This article aims at contributing to the discussion around the concept of “associative agreements” under Law no. 12,529/2011. Following the recent enactment of Resolution Cade no. 17/2016, this article intends to outline the cases in which cooperative agreements become relevant to the antitrust pre-merger control in Brazil, and to identify whether Cade’s new resolution and recent decisions have been able to meet what legal and economic scholarship suggest qualifies as “associative agreements”. Therefore, this article discusses recent cases assessed by Cade that may be relevant to outline the authority’s view on this specific type of act of economic concentration, specifically: (i) the cases involving shipping contracts in the ocean freight market, which illustrate the different levels of cooperation among competitors; (ii) an aluminum supply agreement, which illustrates that “vertical” agreements may qualify as associative agreements; and (iii) the cases involving codeshare agreements, which illustrate the change in Cade’s decisions following the implementation of Resolution Cade no. 17/2016.

**Keywords:** Cade; Pre-merger control; Associative agreements; Cooperative agreements.

---

<sup>553</sup> Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogada. E-mail: anna.binotto@gmail.com

## 1. Introdução.

Desde o regime instaurado pela Lei nº. 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência”) os negócios jurídicos que se enquadrem no conceito legal de “ato de concentração” devem ser apresentados à avaliação do Cade antes de sua consumação, o que constitui o elemento central do controle prévio de estruturas da autoridade brasileira de defesa da concorrência<sup>554</sup>.

Um dos pontos mais sensíveis da definição legal de “ato de concentração”, constante no Art. 90 da Lei de Defesa da Concorrência, se encontra na previsão dos chamados “contratos associativos” (inciso IV). A confusão em torno do enquadramento legal de negócios jurídicos nesta categoria parece ser devida, em grande parte, a uma má-compreensão do núcleo econômico-jurídico daqueles contratos que seriam relevantes para o controle prévio de estruturas da autoridade antitruste. A recente entrada em vigor da Resolução nº. 17/2016 serviu para parcialmente enfrentar esta má-compreensão, e a jurisprudência que se constrói em torno dessa nova regulamentação tem auxiliado em seu esclarecimento.

Nesse sentido, este artigo pretende contribuir para os debates em torno da nova definição regulamentar de “contrato associativo”. Na Parte 2, procura-se delinear qual seria a função econômica por trás dessa figura jurídica. Na Parte 3, apresenta-se uma possível compatibilização entre esta função econômica e o conceito concorrencial de contrato associativo. Na Parte 4, os argumentos apresentados são ilustrados através de alguns casos recentemente apreciados pela autoridade, especificamente (i) os casos no mercado de transporte de cargas marítimas, que ilustram os distintos graus de cooperação entre concorrentes; (ii) um contrato de fornecimento de alumínio, que ilustra a possibilidade de contratos “verticais” configurarem contratos associativos; e (iii) os contratos de *codeshare* entre linhas aéreas, que ilustram a alteração de posicionamento do Cade após a entrada em vigor da Resolução Cade nº. 17/2016..

## 2. Contratos de cooperação.

Se o objeto imediato do direito da concorrência é a tutela do abuso do poder econômico<sup>555</sup>, seu desdobramento direto é a interação entre os sujeitos que exercem este

---

<sup>554</sup> As penas aplicáveis às partes que descumprirem este mandamento são (i) a anulação do negócio jurídico; (ii) a abertura de processo de processo administrativo; e (iii) a aplicação de multas de R\$60mil a R\$60 milhões, conforme Art. 88, §3º, da Lei nº. 12.529/2011.

<sup>555</sup> FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do Antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

poder, colocando na fronteira desta disciplina a compreensão das várias (e novas) formas de interação econômica.

Naturalmente, o direito antitruste volta-se à concentração empresarial. Mas, cada vez mais, a cooperação empresarial tem chamado a atenção das autoridades de defesa da concorrência. Este movimento surgiu principalmente entre as décadas de 1970 e 1980 nos Estados Unidos, diante da percepção de que as normas antitruste seriam excessivamente restritivas à cooperação entre concorrentes, e que, portanto, enfraqueceriam os relevantes efeitos econômicos da cooperação empresarial<sup>556</sup>, especialmente relacionados a iniciativas de inovação tecnológica<sup>557</sup>.

Caracterizada pela uniformização de comportamentos relevantes entre empresas para realização de uma atividade conjunta<sup>558</sup>, a cooperação empresarial se diferencia da concentração empresarial na medida em que não implica, como no caso da última, alterações à estrutura interna das empresas (via de regra, de caráter societário), mas sustenta-se em instrumentos contratuais diversos que fazem com que, na prática, agentes distintos comportem-se economicamente como um só<sup>559</sup>.

Bem verdade, a cooperação constitui um campo intermediário entre verticalização de processos dentro da estrutura hierárquica empresarial e contratação direta com terceiros no mercado<sup>560</sup>. Seria, assim, uma “terceira via de realização da atividade econômica, que conjuga

---

<sup>556</sup> Thomas Piriano Jr destaca que especialmente em setores intensivos em tecnologia, a cooperação entre agentes econômicos é indispensável para fazer frente, por exemplo, à pressão competitiva de agentes externos, e aos elevados custos de pesquisa e desenvolvimento e lançamento comercial de novos produtos (PIRIANO JR, Thomas A. Reconciling Competition and Cooperation: A New Antitrust Standard for Joint Ventures. In: William & Mary Law Review, v. 35, 1994, p. 871 e seguintes). No mesmo sentido, David Teece e Thomas Jorde afirmam que o processo de inovação e pesquisa e desenvolvimento de novos produtos é mais eficiente em “organizações menores” que a macroempresa de estrutura hierarquizada, e dentre estas organizações menores, incluem os contratos cooperativos entre empresas (JORDE, Thomas; TEECE, David. Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust, In: Journal or Reprints for Antitrust Law and Economics, v. 28, 1998, pp. 735 e seguintes). Para os autores, há uma série de desdobramentos para a análise concorrencial de operações envolvendo contratos de cooperação entre empresas. Eles destacam, por exemplo que “*market definition should be tailored to the context of innovation and should focus primarily on the market for know-how; specific product markets become relevant only when commercialization is included within the scope of the cooperative agreement. Even then, the extent of appropriability should be factored in when analyzing product market issues. The geographic market should be presumed to be worldwide, with the burden upon the challenger to demonstrate otherwise*”.

<sup>557</sup> CASAGRANDE, Paulo L. Inovação, Cooperação e Concorrência: Desafios para a Política Antitruste no Brasil. Universidade de São Paulo, Tese (Doutorado), 2014, p. 48.

<sup>558</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 297.

<sup>559</sup> Segundo Ana Frazão, a cooperação “*pressupõe que os entes participantes conservem a sua individualidade jurídico-econômica e que mantenham certa autonomia econômica e organizativa entre elas. Deste modo, na medida em que partes independentes se relacionam (...). Um acordo de cooperação pode ser definido, nesta linha, como qualquer relação interempresarial que se localiza entre as formas extremas de contratos de curto prazo e a completa concentração empresarial entre duas ou mais empresas*” (FRAZÃO, Ana de O. Joint Ventures Contratuais. In: RIL Brasília a. 52 n. 207 jul./set. 2015 p. 51).

<sup>560</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 125.

a flexibilidade que o atual cenário econômico exige com padrões mínimos de estabilidade e menores custos de transação”<sup>561</sup>.

Oliver Williamson<sup>562</sup> identifica como justificativa econômica para a adoção dessa “terceira via” o enfrentamento da incerteza, dos custos de transação, e dos investimentos específicos necessários para cada transação. A identificação de cada um destes fenômenos, se traduziria em diferentes estruturas de governança das transações econômicas<sup>563</sup>, isto é, em diferentes ordenamentos privados estruturados pelos contratantes para regular suas transações econômicas de forma relativamente estável<sup>564</sup>.

Mas, a tradução da teoria econômica à uma disciplina jurídica certamente não é simples. Sobre o desafio de fazê-lo em termos de uma teoria jurídica da empresa, Cassio Cavali destaca que é necessário “demonstrar como o direito é capaz e incorporar o dado teórico econômico na tarefa de elaboração de um conceito (...) juridicamente relevante operacionalizável”<sup>565</sup>. No caso dos contratos objeto deste artigo, a tradução do dado econômico adjacente às transações será extremamente relevante para a construção do conceito de contrato organização e, mais adiante, do conceito de contrato associativo. A moderna teoria dos contratos empresariais tem buscado refletir tal tradução através da sugestão de critérios de classificação dos vínculos contratuais entre empresas<sup>566</sup>.

---

<sup>561</sup> FRAZÃO, Ana de O. Joint Ventures Contratuais. In: RIL Brasília a. 52 n. 207 jul./set. 2015 p. 187-211

<sup>562</sup> WILLIAMSON, Oliver E. The economic institutions of capitalism. Journal of Law and Economics, Vol. 22, No. 2 (Oct., 1979), pp. 233-261.

<sup>563</sup> Para os contratos cooperativos, típicos da terceira-via, o autor identifica uma estrutura de *governança “transaction specific”*, que leva em consideração a longa duração do vínculo contratual, a existência de custos específicos às transações, e a frequência das trocas entre as partes. Vale notar que Williamson preocupa-se a atribuir dimensões às transações (i.e., unidades de análise), utilizando elementos objetivos e observáveis que permitissem a identificação de comportamentos oportunistas de uma ou mais partes, e seus efeitos sobre os custos da transação e, conseqüentemente, da escolha da forma organizacional responsável pelo governo dessa transação. O principal elemento para essa análise é a especificidade de ativos – “Se uma transação implica investimentos que lhe são específicos – não podendo ser utilizados de forma alternativa sem uma perda considerável – a parte que arcou com esses investimentos fica em uma posição especialmente sujeita a uma ação oportunista”, pois gera renda excedente para a parte que não os emprega, gerando, nesses casos, aumento dos custos de contratar, e incentivo à integração vertical intra-firma. (Ver também FARINA, Elizabeth et. al. Competitividade: mercado, estado e organizações. São Paulo, Singular, 1997).

<sup>564</sup> WILLIAMSON, Oliver. The lens of contract: private ordering. The American economic review, Vol. 92, No. 2, 2012, pp. 438-443.

<sup>565</sup> CAVALI, Cassio Machado. Empresa, Direito e Economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico.

<sup>566</sup> Trata-se de tradução jurídica do instrumental teórico oferecido pela Economia dos Custos de Transação, inaugurada por Ronald Coase em seu *The nature of the firm* de 1937, e posteriormente desenvolvida de forma a colocar a transação no centro da análise econômica. Para Williamson (The economic institutions of capitalism... ,p. 68 e seguintes), as transações variam de acordo com o grau de incerteza, frequência e especificidade dos ativos que ela emprega. Partindo dos pressupostos econômicos de oportunismo e racionalidade limitada, Williamson sugere que diferentes tipos de transações implicam diferentes estruturas de governança: mercado (marcado por baixos custos de transação e baixo oportunismo, diante da baixa especificidade dos ativos transacionados), hierarquias (marcados por alta especificidade de ativos, e altos custos de transação, o que aumenta a incerteza das transações e leva as empresas a internalizarem determinados processos como forma de controlar tal incerteza), e por fim, os contratos ou formar híbridas.

Entre tantas classificações possíveis, merecem destaque aquelas que distinguem os contratos por (i) o grau de vinculação ou integração entre as partes contratantes; e (ii) o seu interesse principal na contratação. Em relação à primeira classificação, Paula Forgioni<sup>567</sup> distingue contratos com maior ou menor grau de vinculação futura e controle sobre a atividade da contraparte. De um lado, estariam os contratos tipicamente societários, de outro os contratos imediatos (*spot*), e, entre eles, os contratos híbridos ou de cooperação.

Em relação à segunda, a mesma autora divide os contratos entre aqueles cujo objetivo principal é estabelecer termos para prestações, e aqueles que visam a estruturar uma relação entre as partes. Os contratos híbridos<sup>568</sup> (e os societários) se enquadrariam nesta segunda categoria, em que a cooperação futura das partes serviria “não apenas para o cumprimento do que foi firmado, mas também para o planejamento extensivo de atividades substantivas da relação”<sup>569</sup>, enquanto à primeira categoria se enquadrariam os contratos de troca ou permuta.

Pode-se ver, portanto, que uma das principais formas de classificar contratos empresariais é identificar se existe entre eles algum grau de cooperação. Segundo Galgano é a presença do fenômeno associativo que distingue contratos com comunhão de escopo dos contratos de troca ou permuta, pois “nos últimos, as partes perseguem escopos contrapostos e a prestação de cada uma vai exclusivamente e diretamente de encontro à vantagem da outra, enquanto que nos contratos associativos a prestação de cada uma é preordenada para a obtenção do escopo comum a todas elas”<sup>570</sup>.

Em algumas hipóteses, entretanto, a cooperação e/ou estruturação de um vínculo relacional não é suficiente para explicar a função econômica por trás da celebração do contrato. Ao mesmo tempo, nem sempre contratos de permuta ou troca típicos (como o

---

<sup>567</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 49.

<sup>568</sup> A categoria de “contratos híbridos” é ampla e engloba contratos de cooperação *lato sensu* e os contratos associativos, em que as partes têm como função econômica adjacente a estruturação de uma atividade econômica ulterior. Segundo Ana Frazão “*nos contratos híbridos lato sensu, a cooperação é intensa e típica dos contratos relacionais, mas não chega necessariamente ao ponto de se traduzir em empresa comum com identidade de propósito entre os contratantes. Já nos contratos associativos, a cooperação corresponde à própria prestação ou aos deveres principais assumidos pelas partes, o que se traduz na própria consecução do fim comum*” (FRAZÃO, Ana. *Joint ventures contratuais*. Revista de informação legislativa. Brasília. Ano 52, n. 207, 2015, p. 195).

<sup>569</sup> PORTO MACEDO JR, Ronaldo. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 155. A estabilidade dos contratos costuma ser indicada como característica dos contratos relacionais: “*First, the exchange relationships extend over time. It is not a ‘spot’ market deal. (...) Second, because of the extended duration parts of the exchange cannot be easily measured or precisely defined at the time of contracting*” (SPIEDEL, R. *The characteristics and challenges of Relational contracts*. Northwestern University Law Review, v. 94, n. 3, 2000, p. 823).

<sup>570</sup> GALGANO, F. *Il Negozio giuridico*, 2ª ed, Milano, Guiffirè, 2002, pp. 89-90, *apud*, DUARTE MAIELLO, A. L., *Aspectos Fundamentais do Negócio Jurídico Associativo*, Universidade de São Paulo: Tese (Doutorado), 2012, p. 110

contrato de compra e venda, e todas as suas variantes) corresponderão à intenção de realizar prestação obrigacional “*spot*”, podendo, também, estruturar uma relação contínua e estável de cooperação, sem que sua função econômica deixe de ser a regulação de uma verdadeira permuta entre as partes.

Nesse sentido, a sugestão de Tulio Ascarelli<sup>571</sup> é de que a função instrumental de alguns contratos não se esgota na execução das prestações definidas, pois a sua execução constitui premissa para a realização de uma atividade econômica ulterior. Estes corresponderiam a contratos de organização: neles o fim último partilhado por todas as partes é estruturar o desenvolvimento dessa atividade<sup>572</sup>. É importante notar que não basta o escopo comum (diferente de escopos contrapostos) para identificar o contrato organização: seria necessário que a função econômica desse escopo comum visasse à estruturação de uma específica atividade econômica, a ser realizada conjuntamente pelas partes contratantes.

Apesar de relevante, a temática é demasiadamente ampla, e, sem dúvidas, mereceria investigação específica. Nesta Parte 2, este artigo buscar apenas delinear a discussão da teoria dos contratos empresariais relevante para a identificação do conceito concorrencial de “contrato associativo”. A grande dificuldade encontrada é de traduzir para conceitos objetivos relações contratuais complexas e variadas em grau de cooperação.

Os contratos de cooperação embora visem, de maneira geral, a estruturar uma relação comercial contínua e estável (inerente à ideia de cooperação), podem, por vezes, visar a organizar e estruturar o desenvolvimento de uma atividade econômica independente, em que as partes contratantes atuam de forma conjunta. Mas, eles podem também, traduzir transações econômicas que não ultrapassam a simples permuta (como a compra e venda, a distribuição, o licenciamento, etc.), em que as partes têm, apesar do ímpeto cooperativo, escopos contrapostos.

O primeiro tipo de contrato de cooperação é aqui designado como Contrato de Cooperação (1), o segundo, como Contrato de Cooperação (2). A Tabela 1, abaixo, sumariza estas distinções, sendo importante a ressalva de que essas categorias não são de qualquer forma estanques.

---

<sup>571</sup> ASCARELLI, Tulio. O contrato plurilateral. In: Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva, 1945.

<sup>572</sup> Estes contrapõem-se, portanto, aos contratos de permuta, cuja função econômica se exaure na execução das obrigações/prestações pactuadas.

**Tabela 1 – Contratos Empresariais**

<u>Intenção das partes</u>	Estruturar Relação	Estruturar execução de Prestações/Obrigações
<u>Função econômica</u>		
<b>Organização</b>	Contrato de Sociedade Contrato de Cooperação (1)	n/a
<b>Permuta</b>	Contrato de Cooperação (2)	Contrato Imediato ( <i>spot</i> )

Fonte:

Elaboração própria.

Conforme será detalhado na Parte 3, abaixo, o controle de estruturas do direito antitruste brasileiro deverá preocupar-se, principalmente, com os Contratos de Cooperação (1). Nos parece que estes contratos, que se incluem no que Ascarelli designou como contrato organização, e, portanto, cuja função econômica principal é estruturar o desenvolvimento de uma atividade econômica, correspondem ao que a Resolução Cade nº. 16/2017 regulamentou como contratos associativos.

### 3. A relevância para o direito antitruste.

A cooperação entre agentes de mercado tem, em maior ou menor grau, relevância concorrencial. Segundo o documento *Antitrust Guidelines for Collaboraton Among Competitors*<sup>573</sup>, a despeito de seus potenciais efeitos positivos, quando estruturada entre concorrentes, a cooperação pode levar ao compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis para além do escopo e objeto do contrato, e pode também criar incentivos para a adoção de conduta colusiva e discriminatória a terceiros<sup>574</sup>. Estes indicativos

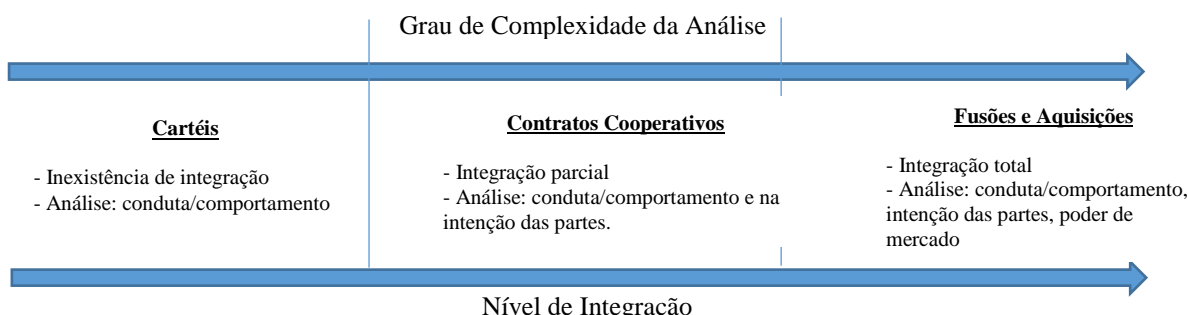
<sup>573</sup> Estados Unidos, Federal Trade Commission/Department of Justice, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000.

<sup>574</sup> Estas questões foram expressamente suscitadas pelo Cons. João Paulo Resende no voto proferido por ocasião da Consulta nº. 08700.007192/2015-94 (CGMP/Connectcar). Em relação à primeira preocupação, o Conselheiro destaca que “em um contexto em que na fosse permitida a prestação do referido serviço a terceiros ou não se garantisse as mesmas condições contratuais, as Consulentes poderiam impor barreiras à replicação do modelo de contratação, por meio, por exemplo, de preços exorbitantes”. Ademais, o Conselheiro destacou que a identificação

colocam a cooperação entre agentes no centro do controle repressivo das agências antitruste, isto é, no controle de condutas<sup>575</sup>.

Para Thomas Piriano Jr, a restrição da concorrência é uma inevitável consequência econômica da cooperação entre agentes<sup>576</sup>, pelo menos no mercado imediatamente afetado pelo contrato<sup>577</sup>. Por outro lado, da cooperação podem surgir importantes eficiências econômicas, decorrentes da integração de recursos, do compartilhamento de riscos, da complementariedade e eliminação da duplicidade dos investimentos realizados. Essas eficiências, destaca, são comparáveis àquelas resultantes de operações de integração societária, muito embora o efetivo nível de integração atingido por cada uma dessas operações difira. Para o autor, isso faz com que o grau de complexidade da análise empreendida pela autoridade antitruste, em um ou outro caso, possa variar, conforme explicitado na Figura 1, abaixo.

**Figura 1**



Fonte: Elaboração própria, adaptada de PIRIANO JR (1994).

Em termos de política de defesa da concorrência, a cooperação entre agentes econômicos ocupa uma posição intermediária entre os casos tipicamente submetidos ao controle de condutas e ao controle de estruturas. É necessário entender, portanto, quando incide um ou outro, criando bases para delimitação da incidência do controle preventivo<sup>578</sup>.

---

e eventual punição de conduta colusiva entre as concorrentes no bojo do contrato objeto da consulta caberia à atuação repressiva do Cade.

<sup>575</sup> Para Thomas Piriano Jr, a análise antitruste tradicional considera irreconciliáveis a cooperação e a competição.

<sup>576</sup> PIRIANO JR, Thomas. *Reconciling Competition and Cooperation...*, p. 880.

<sup>577</sup> Para o autor isso pode ser especialmente preocupante quando a cooperação se dá em mercados à jusante, em que variáveis como preço e vazão afetam diretamente consumidores finais (em contraposição à mercados à montante – como pesquisa e desenvolvimento e inovação, em que os efeitos sobre os consumidores seria apenas indireto). A redução potencial da concorrência em outros eventuais mercados em que as partes atuem pode ser analisada por meio da análise dos efeitos coordenados. O Cade inseriu essa previsão no Guia de Análise de AOs de Concentração Horizontal, publicado em 2016.

<sup>578</sup> Para o Conselheiro do Cade, João Paulo Resende, “a não ser que houvesse flagrante aumento do poder de



Conforme descrito na Parte 2, acima, os contratos de organização são contratos de comunhão de fim, isto é, em que o interesse das partes contratantes não é colidente ou contraposto, mas comum. Seu representante mais característico é o contrato de sociedade, mas diante das tendências atuais de adoção da chamada “terceira via”, tem-se identificado cada vez mais contratos de cooperação dos quais também resulta essa organização. Estes caracterizariam os atos de concentração por cooperação<sup>579</sup>, que coexistiriam com os atos de concentração puros (ou de concentração societária).

A categorização dos contratos empresariais em função da intenção das partes contratantes, do grau de vinculação resultante e, sobretudo, de sua função econômica (cf., Parte 2, acima) pode representar importante caminho para responder à necessidade, de se delimitar o campo de atuação da face preventiva do direito antitruste a contratos disciplinando cooperação entre concorrentes.

### **3.1. O contrato associativo como contrato-organização.**

A principal tese ora sustentada é que os contratos associativos previstos na regulação concorrencial brasileira correspondem à categoria dos contratos de cooperação em que predomina, como função econômica, caráter organizativo - isto é, correspondem a contratos-organização. Para Ana Frazão este caráter organizativo seria identificável sempre que entre as partes houvesse um objetivo comum de desenvolverem uma atividade econômica ulterior.

Em termos concorrenciais, esta organização se traduziria na coordenação da influência recíproca exercida pelas partes contratantes, uma sobre a dinâmica de competição da outra<sup>580</sup> ou, em outras palavras, na “aquisição de influência relevante do ponto de vista concorrencial”<sup>581</sup>. A identificação de uma perda relativa de autonomia entre as partes como agentes competitivos<sup>582-583</sup> importaria, pois, na medida em que compartilham de um objetivo

---

coordenação decorrente do contrato, não cabe realizar o rigoroso controle prévio de conduta”. Voto proferido por ocasião da Consulta nº. 08700.007192/2015-94 (CGMP/Connectcar).

<sup>579</sup> CAIXETA, Deborah B. Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. Revista de Direito da Concorrência, v. 4, n. 1, maio 2016, pp. 95-132, p. 103.

<sup>580</sup> CAPATANI, Marcio. F. Os Contratos Associativos. In VALLADÃO, Erasmo (org). Direito Societário Contemporâneo I. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 88-103.

<sup>581</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial...*, p. 298.

<sup>582</sup> Em linha com o documento *Antitrust Guidelines for Collaboraton Among Competitors*, “The nature of the agreement is relevant to whether it may cause anticompetitive harm. For example, by limiting independent decision making or combining control over or financial assets in production, key assets, or decisions on price, output, or other competitively sensate variables an agreement may crate or increase market power or facilitate its exercise by the collaboration, its participant or both. (...) An agreement may also increase the likelihood of an exercise or market owe by facilitating explicit or tacit collusion, either through facilitating practices such as exchange of competitively sensitive information or through increased market concentration”.

comum, as partes criam uma nova unidade capaz de concorrer no mercado e, portanto, de alterar sua dinâmica competitiva<sup>584</sup>.

Assim, por trás dessa organização residiria um verdadeiro ímpeto de concentração empresarial, razão pela qual estes contratos passam a ser objeto de controle preventivo pela autoridade antitruste. Seria, portanto, pela identificação deste propósito comum que se diferenciariam os contratos associativos dos demais contratos de cooperação e relação<sup>585</sup>.

Os breves comentários apresentados acima permitem concluir que, para fins do controle preventivo do controle de estruturas, são relevantes os contratos localizados no primeiro quadrante da Tabela 1, apresentada na Parte 2, acima, ou seja, contratos de Sociedade e Contrato de Cooperação (1). Estes são os contratos que organizam um novo agente para exercício de uma atividade econômica específica: os primeiros, através da união de centros decisórios e da criação de uma nova personalidade jurídica, e os segundos, através do alinhamento de centros decisórios e da utilização dos chamados contratos “híbridos”.

Os contratos designados como Contrato de Cooperação (1) correspondem, na verdade, ao que a Resolução Cade nº. 17/2016 regulamentou como contrato associativo. Conforme se detalhará na Parte 4, abaixo, esta nova regulamentação designa o propósito ou escopo comum como “empreendimento comum”, e a delimitação o alcance dessa expressão é o que importará para classificar, para fins do controle prévio de estruturas, um contrato de cooperação como associativo.

### 3.2. As Resoluções do Cade.

Um dos parâmetros empregados pelo Cade para identificação do elemento organizativo nos contratos associativos foi a identificação de um “empreendimento comum”<sup>586</sup> como objeto/resultado do contrato. Esta foi, inclusive, a expressão empregada nas

---

<sup>583</sup> Em outras palavras no “desenvolvimento de atividade econômica autônoma (...) com correlatos elementos de institucionalização para conferir à atividade algum grau de estabilidade ao longo do tempo” (PEREIRA NETO, Caio Mario; CASAGRANDE, Paulo L. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, São Paulo: Saraiva, 2016).

<sup>584</sup> CAIXETA, Deborah B. *Contratos associativos...*

<sup>585</sup> FRAZÃO, Ana de O. *Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas*, Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, p. 210, e seguintes.

<sup>586</sup> Nesse sentido, Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72 (Cons. Relator Alessandro Octaviani): “(...) podemos descrever os caracteres dos tipos contratuais elencados pelo inciso IV do artigo 90 da Lei n. 12.529/2011 como (i) a *comunhão de interesses comerciais* e (ii) o *exercício de empreendimento comum por meio da* (iii) *coordenação de atividade empresariais*, com o devido (vi) *compartilhamento de riscos dessa atividade*”. Em relação ao compartilhamento de riscos, ver Consulta nº. 08700.007192/2015-94 (Cons. Relator João Paulo Resende): “(...) *este não é um caso de compartilhamento de riscos entre as partes: como elas não se associam para construir conjuntamente os ativos (...) necessários à prestação do serviço, nenhuma das partes está obrigada a compartilhar lucros e prejuízos com a outra, caso o investimento nessa infraestrutura se torne rentável ou deficitário, respectivamente. (...) não há compartilhamento de ativos, receitas ou prejuízos entre as*

duas oportunidades em que a autoridade enfrentou essa discussão no exercício de seu poder normativo, *i.e.*, na edição da Resolução nº. 10/2014<sup>587</sup> que introduziu uma primeira conceptualização dos contratos associativos, e, mais recentemente, na edição da Resolução nº. 17/2016, que a reestruturou. Na primeira, a noção de “empreendimento comum” era ofuscada por outros critérios regulamentares, o que levou o Cade a qualificar como associativos diversos contratos em que este elemento não era latente. Mas, na mais recente resolução, este critério ganhou centralidade e passou a ser discutido em maior profundidade pela autoridade em suas decisões.

Segundo a primeira norma, seriam associativos, para fins de controle concorrencial, os contratos (i) com duração superior a 2 anos; e (ii) em que houvesse (ii.1) compartilhamento de riscos que acarretassem relação de interdependência; ou (ii.2) cooperação horizontal entre partes cujo *market share* no mercado objeto do contrato somasse mais que 20%; ou (ii.3) cooperação vertical entre partes cujo *market share* no mercado objeto do contrato somasse mais que 30%, ou implicasse relações de exclusividade.

A Resolução nº. 17/2016, que entrou em vigor em 18 de outubro de 2016, alterou substancialmente estes critérios. Sua redação indica quatro requisitos que devem ser atendidos por contratos para se enquadrarem na hipótese do art. 90, IV, da Lei nº. 12.529/2011: (i) duração do contrato superior a 2 anos; (ii) as partes *concorrentes* no mercado relevante objeto do contrato; (iii) estabelecimento de *empreendimento comum* para exploração de atividade econômica; e (iv) compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica.

De fato, a previsão de patamares de *market share*, excluída na nova regulamentação, não servia para indicar a existência ou inexistência de um escopo ou *empreendimento comum* entre as partes, de forma que era inadequada para determinar seu enquadramento como contrato associativo e, conseqüentemente, como ato de concentração<sup>588-589</sup>. Este critério dava

---

*partes na medida em que o interesse de cada uma das consulentes, em cada contrato, é oposto (...). Da mesma forma, as receitas advindas das atividades fim das consulentes, bem como aquelas oriundas das remunerações pecuniárias previstas nos contratos são percebidas e apropriadas exclusivamente por cada parte”.*

<sup>587</sup> Em março de 2014, o Cade submeteu a proposta de Resolução à consulta pública. As contribuições apresentadas à época foram unânimes ao indicar que a expressão “contrato associativo” prevista no inciso IV, do art. 90, da Lei nº. 12.529/2011 seriam demasiadamente amplas, sugerindo a necessidade de se adotar critérios qualitativos que indicassem a necessidade de submissão ao controle prévio da autoridade antitruste (Caixeta, 2016, p. 116).

<sup>588</sup> CAIXETA, Deborah B. *Contratos associativos...* Importante notar que esta previsão aproximava-se do sistema de isenções legais previsto na regulamentação da Comissão Europeia, através principalmente do Regulamento nº. 330/2010.

<sup>589</sup> Foram diversas as sugestões, no âmbito da Consulta Pública nº. 01/2016 que teve como objeto a redação da Resolução 17/2016. Nesse sentido, a contribuição do CECORE/OAB “[O critério] gera insegurança jurídica e tem o potencial de criar dificuldades para a alocação de responsabilidades em caso de descumprimento do dever de notificar o contrato ao Cade. (...) na prática não funciona e não deve voltar a ser adotado”.

mais relevo à existência ou inexistência de potenciais riscos concorrenciais, que à definição dos contratos associativos em termos de sua função econômica<sup>590</sup>.

Assim, hoje, diante do novo comando regulamentar, abandona-se a indicação antes existente de que era a sobreposição efetiva entre as atividades das partes que delimitava os contratos relevantes para análise antitruste, passando-se a olhar para a natureza do contrato. Este posicionamento pode ser encontrado, inclusive, em caso julgado recentemente, em que restou claro que a caracterização de um empreendimento comum não exige a existência de sobreposições horizontais entre as partes do contrato no mercado objeto<sup>591</sup>.

Além disso, com a nova resolução, abre-se espaço para o entendimento de que contratos cuja função econômica não seja a de organizar uma atividade econômica (como, genericamente, contratos de permuta), não seriam mais objeto de controle preventivo pelo Cade.

#### 4. O “empreendimento comum” como unidade de análise concorrencial.

Os casos decididos após a entrada em vigor da Resolução nº. 17/2016 reforçam a percepção de que, para decidir sobre o enquadramento ou não de alguma figura como contrato associativo, o foco atual da autoridade não recai sobre (i) a relação de concorrência entre as partes (*i.e.*, não é suficiente que elas concorram no mercado objeto do contrato)<sup>592</sup>; (ii) a mera

---

<sup>590</sup> FRAZÃO, Ana de O. *Direito da Concorrência...*, p. 225.

<sup>591</sup> Isso foi expressamente reconhecido no Ato de Concentração entre Ares e Pfizer (AC nº 08700.003575/2017-55) em que as partes pugnaram pelo não-conhecimento da operação em decorrência do caráter *greenfield* do contrato firmado entre elas. Na ocasião a SG determinou que “além de gerar um empreendimento comum entre as partes, na acepção da palavra (pois produzirão e comercializarão um novo produto juntas), a operação estabelece o compartilhamento de riscos e resultados”, permitindo interpretação no sentido de que a formação um aspecto não é condição *sine qua non* para a existência de outra.

<sup>592</sup> Ver, por exemplo, Ato de Concentração nº. 08700.008484/2016-25 (Medley/Aurobindo), em que houve decisão de não-conhecimento de um contrato de distribuição firmado entre concorrentes que não configurava empreendimento comum na medida em que “*estipula apenas obrigações comuns a um contrato de revenda de produtos, no caso medicamentos genéricos. As atividades das partes permanecem independentes, (...) sem importar em exclusividade (...), não implica ingerência de uma parte sob a outra ou mesmo de atuação conjunta das partes para comercialização dos produtos, ou seja, não ultrapassa uma relação de fornecimento. Outrossim, as partes não irão coordenar suas atividades (seja total, seja parcialmente) para a exploração de atividade econômica em decorrência do Contrato em análise*”. Ver também, Consulta nº. 08700.006858/2016-78 (HSDG), em que se afastou a qualificação do contrato como associativo, pois as partes “*continuarão a manter separadas as atividades de comercialização do serviço de transporte marítimo internacional regular de cargas em contêineres, sem interferência de uma nas atividades da outra, (...) continuarão operando separadamente seus canais de venda, política de precificação, comercialização, (...). Ademais, destaca-se que o Contrato não envolve troca de informações concorrencialmente sensíveis*”. No caso do Ato de Concentração nº. 08700.006533/2017-76 (Serasa/Boa Vista), as requerentes também eram concorrentes, mas a SG decidiu pelo não conhecimento da operação, descaracterizando o caráter associativo do contrato notificado diante da constatação de que “*as atividades das partes permanecem formalmente independentes, que a operação não resultará em alterações na estrutura societária ou de controle da Boa Vista e Serasa Experian e que o Contrato não implica ingerência de uma parte sob a outra ou mesmo de atuação conjunta das partes para oferta de serviços, o que reforça um caráter de uma relação de fornecimento. Outrossim, as partes não irão coordenar suas atividades (seja total, seja parcialmente) para a exploração de atividade econômica em decorrência do*

existência de cooperação entre as partes (*i.e.*, não é suficiente que do contrato decorra interdependência ou exclusividade)<sup>593</sup>; ou (*iii*) o compartilhamento de infraestrutura para realização de atividade econômica<sup>594</sup> (*i.e.*, não é suficiente que as partes desenvolvam sua atividade econômica utilizando os mesmos fatores de produção).

O foco da autoridade parece ser, de fato, a identificação do caráter organizativo do contrato, verificável na estruturação de um novo “agente” (mesmo que despersonalizado) para concorrência no mercado, ou seja, a organização dos fatores de produção na busca de um objetivo comum<sup>595</sup>, para o exercício conjunto de uma empresa (*i.e.*, de uma atividade econômica específica)<sup>596</sup>. Este foco se traduz da delimitação do conceito de “empreendimento comum”.

Em algumas oportunidades recentes o Cade enfrentou a definição dessa expressão, e indicou alguns parâmetros para sua identificação. Alguns deles são (*i*) a impossibilidade de criação do resultado econômico pretendido pelas partes fora do âmbito do contrato<sup>597</sup>; (*ii*) a maior complexidade jurídica do contrato, gerando maior interdependência entre as partes<sup>598</sup>; (*iii*) o alinhamento suficiente para definir conjuntamente “toda a oferta” do produto ou serviço

---

*Contrato em análise, mas tão somente prevê o compartilhamento de custo de certos insumos das atividades desenvolvidas pelas partes, com previsão de contraprestação decorrente da aquisição desse insumo”.*

<sup>593</sup> Ver, por exemplo, a Consulta nº. 08700.008419/2016-08 (Warner Bros/EA), cujo objeto era a qualificação de um contrato de licenciamento de exclusivo para manufaturar *videogames*, em que o Cade decidiu pela não configuração de contrato associativo, na medida em que “*as Consulentes não partilham as decisões qualitativas e quantitativas da oferta sobre o mercado de jogos (...) as atividades de marketing e propaganda permanecem segregadas*”.

<sup>594</sup> Nos Ato de Concentração nº. 08700.006533/2017-76 (Serasa/Boa Vista) e nº. 08700.002276/2018-84 (Tim/Oi), o Cade decidiu pelo não-conhecimento das operações, pois os contratos objeto previam apenas o compartilhamento de infraestrutura para prestação de serviços de *forma independente*. No primeiro, as empresas compartilhariam registros públicos de inadimplência mantidos por cartórios de protestos de títulos e registros empresariais mantidos por juntas comerciais. No segundo, as empresas realizariam cessão recíproca de meios de rede de telecomunicações (*ran-sharing*). Em ambos os casos, as empresas contratantes continuariam a explorar suas respectivas atividades econômicas de forma independente. No segundo caso, o Tribunal Administrativo do Cade avocou o processo, diante da relevância do tema, e porque poderia configurar um *leading case* sobre a configuração de contratos associativos (Despacho Decisório nº. 3/2018/GAB5/CADE).

<sup>595</sup> Ato de Concentração nº 08700.006989/2017-36 (Instituto Jorge Limpo), Parecer da Superintendência-Geral.

<sup>596</sup> Segundo a Superintendência-Geral, os contratos associativos permitem a “*seus signatários se organizarem para, conjuntamente, explorar uma atividade econômica. Trata-se, como escrito na norma, de um empreendimento comum, semelhante ao exercício conjunto de uma “empresa” (na correta conceituação do direito societário, em que “empresa” é a atividade e não a pessoa física ou jurídica que a exerce, que é o “empresário”), só que por uma via contratual e não por laços societários*”. Parecer nº. 4/2017/CGA4/SGA1/SG, Ato de Concentração nº. 08700.002529/2017-39.

<sup>597</sup> Consulta nº. 08700.008081/2016-86 (CMA CGM/HSDG), Voto-vogal Cons. Paulo Burnier da Silveira. Ver também Ato de Concentração nº. 08700.003575/2017-55 (Ares/Pfizer): “além de gerar um empreendimento comum entre as Partes, na acepção da palavra (pois produzirão e comercialização em conjunto um novo produto), a Operação estabelece o compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica”.

<sup>598</sup> Idem. Segundo trecho do Voto-vogal, o contrato em análise “possui uma complexidade jurídica maior (...) decorrente de uma relação de certa interdependência entre as partes contratantes, o que corrobora a existência de um empreendimento comum”

em questão<sup>599</sup>; e, especificamente em relação ao compartilhamento de riscos e resultados, (iv) a existência de efetiva finalidade lucrativa decorrente da operação<sup>600</sup>; e (v) a possibilidade de, dentro do bojo do contrato, as partes compensarem seus riscos comerciais<sup>601</sup>.

O movimento de abandono do conceito vago de “contrato associativo” e dos critérios previstos da Resolução nº. 10/2014, pela construção interpretativa da nova Resolução nº. 17/2016 (*i.e.*, da alteração do comando regulamentar de “cooperação ou compartilhamento de riscos que acarretam relação de interdependência” para “empreendimento comum para exploração de atividade econômica”), pode ser ilustrado por alguns casos recentemente apreciados pela autoridade concorrencial. Abaixo destaca-se três deles, que podem ser relevantes para delinear o núcleo do tipo “contrato associativo”.

#### 4.1. O caso dos contratos transporte de cargas marítimas.

Duas consultas apresentadas ao Cade ainda em 2016, tendo como objeto contratos firmados em um mesmo mercado relevante (o mercado de transporte regular de cargas marítimas<sup>602</sup>), e tendo em comum uma das partes, a *Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts Gesellschaft KG* (“HSDG”), foram importantes para que a autoridade

---

<sup>599</sup> Consulta nº. 08700.008081/2016-86 (CMA CGM/HSDG), Voto Cons. Relator João Paulo Resende: “as signatárias do VSA estarão definindo, em conjunto, a quantidade (se não toda, parte relevante) e a qualidade da oferta nesse mercado. Definem a frequência da rota, os portos e os terminais de parada, o número, a capacidade e a qualidade dos navios. Ou seja, definem conjuntamente todo o lado da oferta do mercado”.

<sup>600</sup> Ato de Concentração nº 08700.006989/2017-36 (Instituto Jorge Limpo), Parecer da Superintendência-Geral. No caso, o Ato de Concentração tinha como objeto a ampliação do escopo de atuação do Instituto Jorge Limpo, uma associação sem fins lucrativos atuante na gestão de resíduos sólidos, para incluir a atividade de gestão da logística reversa de óleos lubrificantes contaminados. A Superintendência-Geral emitiu parecer pelo não-conhecimento do ato de concentração, por não satisfação do requisito presente no art. 2º, I, da Resolução Cade nº. 17/2016, pela ausência do compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica, justamente pela natureza jurídica do Instituto ser de associação sem fins lucrativos.

<sup>601</sup> Consulta nº. 08700.008081/2016-86 (CMA CGM/HSDG). Para o Conselheiro Resende “*a prática revela que é possível que empresas operem assumindo apenas os riscos operacionais, e não os riscos comerciais do transporte de cargas. (...) o contrato traz claras provisões (...) para a redistribuição de espaço entre as signatárias caso uma tenha maior demanda que a outra. Essa sistemática envolve claramente um compartilhamento de riscos e resultados, pois a perda de demanda de uma pode ser suprida naturalmente pela outra, e os custos se compensam*”.

<sup>602</sup> Os contratos de cooperação estratégica e consórcios em geral são bastante comuns no setor de transporte marítimo de cargas. Segundo a OCDE há diversos fatores indutores de cooperação no setor. Entre os indutores de eficiência (*efficiency drivers*), incluem-se a redução geral dos riscos econômicos e comerciais e da pressão financeira sobre as empresas, além da redução do risco de excedentes, do aproveitamento de economias de escala, e do aumento do poder de barganha dos armadores com os terminais portuários. Entre os indutores de mercado (*market drivers*), incluem-se a majoração da cobertura geográfica de cada empresa e o aumento da frequência de prestação dos serviços de carga. Entre os indutores de know-how (*knowledge drivers*) incluem-se melhor conhecimento das estratégias econômicas, financeiras e comerciais dos parceiros contratuais (Ver OCDE. Working Party No. 2 on Competition and Regulation. Competition Issues In Liner Shipping -- Note by the Secretariat -- 19 June 2015. DAF/COMP/WP2(2015)3. Disponível em [245](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2(2015)3&docLangu age=En, p. 26)</a>,</p></div><div data-bbox=)

começasse a delinear os elementos centrais à identificação de um contrato associativo sob a vigência da Resolução nº. 17/2016.

A primeira questionava o Cade acerca da obrigatoriedade de notificação de contratos de cessão onerosa de espaço de navios para colocação de contêineres para transporte marítimo internacional, conhecidos como *Slot Charter Agreements* (“SCA”)<sup>603</sup>. Segundo a OCDE, estes contratos são os mais recorrentemente celebrados entre empresas do setor, porquanto representam níveis mínimos de envolvimento entre os contratantes, uma vez que cada um opera seus navios de forma independente<sup>604</sup>.

Segundo a consulente, as atividades de comercialização e os canais de venda, bem como as políticas de precificação, comercialização, contratação de modais alternativos, não sofreriam qualquer ingerência da sua contraparte. Ainda, as partes continuariam a utilizar seus próprios contêineres para cargas de seus respectivos clientes, e ficariam responsáveis pelo procedimento de carga e descarga, bem como pelo pagamento de quaisquer taxas portuárias exigíveis<sup>605</sup>.

O Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, relator do caso, entendeu que o contrato não satisfazia os requisitos trazidos pela Resolução nº. 17/2016, sobretudo no que se relaciona à existência de um empreendimento comum entre as partes, uma vez que estas manteriam suas atividades completamente separadas. De fato, as atividades acima descritas, não englobadas pelo escopo do contrato, constituem etapas essenciais do serviço de transporte marítimo internacional de cargas em contêineres. O objeto do SCA compreenderia, portanto, apenas uma das etapas desse serviço.

Algumas semanas após a decisão da primeira consulta, a HSDG voltou a questionar o Cade a respeito da obrigatoriedade de notificação prévia de mais um contrato, em sede da Consulta nº 08700.008081/2016-86 (HSDG/CMA CGM). Neste caso, o objeto da consulta era um contrato de compartilhamento de navios e a operação conjunta de uma linha regular de navios porta-contêineres, denominado *Vessel Sharing Agreement* (“VSA”).

A OCDE qualifica estes contratos como “a forma mais intensa de acordo”<sup>606</sup> no setor. Segundo os termos do contrato notificado, as partes definiriam em conjunto diversas variáveis

---

<sup>603</sup> O contrato foi celebrado e notificado ainda sob os últimos dias da vigência da precedente Resolução nº. 10/2014, no entanto, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, relator do caso, decidiu pela aplicação da Resolução nº. 17/2016 porquanto “os contratos, mesmo se celebrados antes da entrada em vigor da Resolução, devem ser notificados se forem considerados contratos associativos pelos termos da nova Resolução, caso ainda não tenham atingido ou ultrapassado 2 (dois) anos. Ou seja, aplica-se a nova norma para examinar se este contrato se enquadra no conceito de contrato associativo notificável”.

<sup>604</sup> OCDE, *Competition Issues In Liner Shipping*..., p. 27.

<sup>605</sup> Informações retiradas da Petição inicial apresentada pela Consulente.

<sup>606</sup> OCDE, *Competition Issues In Liner Shipping*..., p. 27.

relevantes para a operação da linha regular que ligava a Costa Leste da América do Sul e o Oeste e Sul da África, tais como os portos e terminais atendidos e a programação das viagens, os requerimentos exigidos dos navios utilizados, bem como o número de navios ofertados por cada parte, e o espaço alocado pelos contêineres de cada uma nos terminais<sup>607</sup>.

Na petição formulada, as partes defendiam que, por se tratar de um contrato de “característica notadamente operacional”, o VSA não preveria cláusulas dispendo sobre compartilhamento de riscos e resultados, e tampouco representaria um empreendimento comum para exploração de atividade econômica. Destacavam que as frentes efetivamente comerciais da atividade, tais como a negociação com clientes, o recebimento e acomodação das cargas, a contratação de serviços logísticos e do terminal portuário, bem como o pagamento de todos os custos associados à operação dos navios, e ao embarque e desembarque dos contêineres próprios seriam realizados de forma independente entre as partes. O contrato tampouco envolveria a troca de informações concorrencialmente sensíveis<sup>608</sup>.

Por outro lado, as partes destacam que as empresas habilitadas para operar embarcações e promover transporte marítimo regular de contêineres teriam liberdade para definir as características das linhas, tais como as rotas, a programação e os tipos de navios utilizados. Percebe-se que o contrato disciplinava múltiplas etapas da prestação do serviço de transporte marítimo de cargas, incluindo aquela de definição de variáveis estrategicamente relevantes para a consecução da atividade econômica final das empresas. Em última análise, portanto, e conforme reconheceu o Conselheiro João Paulo Resende, relator do caso, a partir do contrato celebrado, HSGD e CMA CGM passariam a poder definir “conjuntamente todo o lado da oferta do mercado”<sup>609</sup>, comportando-se, pelo menos na definição de parcelas relevantes de sua estratégia operacional, como um só agente para fins de concorrência.

---

<sup>607</sup> O VSA traria previsões sobre portos atendidos, duração da viagem e eventuais, requerimentos mínimos dos navios utilizados e o número de navios utilizados por cada parte, regras para a retirada temporária de navios para manutenção e reparos, critérios para avaliação da qualidade do serviço prestado, terminais a serem utilizados em cada porto, custos comuns a serem compartilhados pelas partes, coordenação dos calendários, e padronização de procedimentos.

<sup>608</sup> Informações retiradas da Petição inicial apresentada pelas partes.

<sup>609</sup> Segundo Voto do Relator, Conselheiro João Paulo Resende. Para o Conselheiro, a expressão “atividade econômica” prevista na Resolução nº 17/2016 corresponderia à “oferta de serviço no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que seja a atividade possa, mesmo que **em tese**, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro” e que, portanto, mesmo que o contrato trouxesse previsões de caráter essencialmente operacionais, não seria “desarrazoado supor que é possível, em tese, que uma empresa apenas realize a travessia, com sua embarcação e tripulação, e cobre um valor fixo de terceiros, mais exatamente negociadores de transporte de carga, para realizar esse serviço, sem que essa própria empresa hipotética venha a negociar com os clientes finais”, o que em tese implicaria exploração conjunta da atividade econômica.



Diferentemente do SCA, o VSA estabelecerá uma “cooperação reforçada” entre as contratantes, advinda da “criação de um resultado final novo que não seria possível sem essa atuação conjunta”<sup>610</sup>. Este resultado econômico final seria verificável, justamente pela operação conjunta pelas partes da linha objeto (o que não ocorreria em um contrato do tipo SCA).

Em 2018, a Superintendência-Geral voltou a debruçar-se sobre o mercado de transporte regular de cargas marítimas, analisando mais um contrato típico. Dessa vez o objeto de análise era o *Sailing Frequency Agreement* (“SFA”), cujo objeto principal era o compartilhamento eventual de embarcações entre as contratantes, voltado a assegurar que sempre uma das empresas operaria na rota objeto do contrato, podendo embarcar a carga dos clientes da outra empresa mediante afretamento oneroso do espaço utilizado<sup>611</sup>. Neste acordo, haveria apenas a definição da frequência mínima e do tipo de navio a ser operado, o que racionalizaria a utilização da capacidade de volume transportado pelas contratantes. Diferentemente do SCA, não haveria a necessidade de pré determinação de espaço interno dos navios de uma empresa para utilização pela outra, ou seja, o nível de cooperação seria ainda menos intenso.

Segundo a Superintendência-Geral, o SFA representa grau menos intenso de cooperação entre os concorrentes, não sendo suficiente para configurar um empreendimento comum entre as partes. O SCA representaria cooperação em grau intermediário e o VSA em alto grau. Apenas o VSA, portanto, traria grau suficiente de cooperação para configurar um contrato associativo. Na ocasião do Ato de Concentração nº 08700.001565/2018-66 (que analisou o SFA), a Superintendência-Geral produziu o seguinte quadro comparativo dos contratos de cooperação entre empresas do setor de transporte marítimo internacional:

---

<sup>610</sup> Segundo o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira: “a criação da linha, em especial a determinação da sua frequência, é resultado de uma cooperação entre as partes para a criação de um resultado final novo que não seria possível sem essa atuação conjunta das partes”.

<sup>611</sup> Segundo o Parecer da Superintendência-Geral o SFA “*prevê tão somente a obrigação das signatárias disponibilizarem ao menos um navio para percorrer a rota por elas pré-determinada ao longo dos meses do ano. Os custos são de responsabilidade do operador do navio e não há marketing ou oferta conjunta do serviço de transporte entre as partes, permanecendo individualizada e independente a atuação das partes. Ou seja, o Contrato busca garantir tão somente que haverá ao menos um navio na rota todos os meses, operado por alguma das partes da forma como lhes convier acordado*”. Não haveria “*alocação pré-determinada de espaço interno em navios garantida à outra parte, tampouco definição precisa do número ou capacidade dos navios a serem operados (...) [ou] obrigação de disponibilização de capacidade ociosa em navios de uma parte para a outra*” mediante “*o pagamento de contraprestação pecuniária*”.

**Tabela 2 – Cooperação no Transporte Marítimo Internacional**

Tipo de Cooperação	VSA	SCA	SFA
Frequência	Decisão Conjunta	Decisão Individual	Decisão Conjunta
Disponibilização de <i>Slots</i>	√	√	X
Operação conjunta de linha/serviços	√	X	X
Seleção de portos atendimentos	Decisão Conjunta	Decisão Individual ou Operador do Navio	Decisão Individual ou Operador do Navio
Seleção de terminais e negociação de contratos de serviços	Decisão Conjunta	Decisão Individual ou Operador do Navio	Decisão Individual ou Operador do Navio

Fonte: Parecer nº. 09/2018/CGAA3/SGA1/SG/CADE

A Tabela 2 ilustra como os diferentes tipos contratuais traduzem funções econômicas distintas, apesar de o elemento cooperação ser comum a todos eles. Assim, retomando-se a Tabela 1, da Parte 2 deste artigo, o SCA e o SFA poderiam ser enquadrados como Contrato de Cooperação (2), com função econômica de estruturar uma permuta entre as partes, enquanto o VSA ilustraria o Contrato de Cooperação (1), com função econômica de estruturar o desenvolvimento de uma específica atividade econômica (correspondendo, portanto, a um contrato associativo)<sup>612</sup>.

#### 4.2. O caso do contrato de fornecimento.

Outro ponto interessante na disciplina dos contratos associativos reside na suposta dispensa de controle também para os contratos ditos “verticais”<sup>613</sup>, na medida em que a Resolução nº. 17/2016 exige que as partes contratantes sejam *concorrentes*. É bem verdade que os contratos tipicamente verticais, como de fornecimento, licenciamento ou distribuição são clássicos contratos de permuta. Mas, por outro lado, nada impede que variações destes

<sup>612</sup> Seguindo esta decisão, o Cade conheceu e aprovou o Ato de Concentração nº 08700.005266/2017-10, destacando que “[u]m VSA, ao contrário do que ocorre em uma fusão, não resulta na integração das atividades comerciais das partes envolvidas. Ainda assim, com a operação conjunta de uma linha do mercado de transporte marítimo regular de contêineres, surgem preocupações concorrenciais principalmente no que diz respeito à possibilidade de suavização da rivalidade entre os concorrentes que passam a atuar de forma cooperativa”. Também conheceu e aprovou o Ato de Concentração nº 08700.006750/2017-66, cujo objeto era a renovação de um VSA, de forma que seu prazo superaria os 2 anos exigidos pela Resolução Cade nº. 17/2016.

<sup>613</sup> Nesse sentido, para alguns a Resolução 17/2016 “explicitamente exclui da definição de contrato associativo os acordos tipicamente verticais. (...) encerra (ou se propõe a encerrar) discussão de mais duas décadas sobre se e em que circunstâncias os contratos verticais deveriam ser obrigatoriamente comunicados ao Cade. De agora em diante, os contratos verticais estarão sujeitos ao crivo do Cade apenas sob a perspectiva do controle comportamental (ou repressivo), como conduta anticompetitiva, quando eventualmente tiverem o potencial de restringir significativa e injustificadamente a concorrência”. BOTELHO, R., SANTOS, A. A Nova Resolução do Cade sobre Contratos Associativos. Artigos Jota. Disponível em: <https://jota.info/artigos/nova-resolucao-cade-sobre-contratos-associativos-20102016>.

contratos estabeleçam relações de cooperação suficientes para organizar o desenvolvimento de uma atividade econômica, e portanto, a criação de um empreendimento comum<sup>614</sup>.

Assim, se de um lado, poderia ser apontada a inadequação de prever apenas contratos celebrados entre *concorrentes* como associativos<sup>615</sup>, de outro, mais inadequado seria indicar que essa previsão excluiria do controle de condutas os contratos de caráter vertical<sup>616-617</sup>, pois, para a nova resolução essa distinção entre contratos verticais ou horizontais parece, inclusive, irrelevante<sup>618</sup>.

Um caso recentemente apreciado pelo Cade permite identificar a existência de contornos do “empreendimento comum” exigido pela autoridade em um contrato que disciplinava uma relação jurídica de caráter essencialmente vertical. No Ato de Concentração nº. 08700.005948/2017-22 entre a Nexans Brasil e a Companhia Brasileira de Alumínio – CBA, o contrato notificado estabelecia que a CBA forneceria alumínio líquido para a Nexans Brasil que, fabricaria, a partir desse insumo (e na fábrica da CBA), vergalhões de alumínio<sup>619</sup>.

Se em outras oportunidades, já sob a vigência da Resolução nº. 17/2016, o Cade reconheceu que contratos de fornecimento típicos estariam, a princípio, excluídos do conceito legal e regulamentar de contrato associativo<sup>620</sup>, nesse caso isso não se verificou.

---

<sup>614</sup> FRAZÃO, Ana de O. *Direito da Concorrência...*, p. 225.

<sup>615</sup> Vale notar que o texto original da resolução submetido à consulta pública ainda previa a distinção entre contratos celebrados entre partes atuantes em mercados vertical ou horizontalmente relacionados, mas a redação final aprovada restringiu a definição de “contrato associativo” àqueles contratos cujas partes fossem “concorrentes no mercado objeto”). Dentre as contribuições à Consulta Pública 01/2016, destaca-se aquela trazida pela ABA sobre a exclusão desse item “*Sections also recommend that vertical agreements with a purely economic relationship, even if they involve some type of exclusivity, should not fall within the scope of notifiable associative agreements unless the agreement involves a transfer or change in control in a business with a current presence in the marketplace, such as a long-term exclusive license that involves the transfer of a revenue-generating business*”.

<sup>616</sup> Exemplifica-se: se o contrato entre Ambev e PepsiCo em que “*Pepsico vende concentrado de certas bebidas não alcoólicas (i.e. bebidas carbonatadas e isotônicos) para a Ambev, que realiza, com exclusividade, o engarrafamento, distribuição, marketing e venda desses produtos que fazem parte do portfólio do Grupo Pepsico*” fosse notificado no contexto atual, ele deveria ser conhecido? Acredito que sim, na medida em que estabelece termos e condições para *organizar* a oferta de produtos em um mercado específico, no qual as partes atuam em torno de um *objetivo* comum (i.e., não atuam separadamente). Parecer emitido no Ato de Concentração nº. 08700.000540/2015-01 (Ambev/Pepsicola).

<sup>617</sup> Esse entendimento está em linha com aquele externado pela Conselheira Christiane Junqueira em seu voto proferido em sede da Consulta n. 08700.008419/2016-08: “*meu ver, o inciso II do art. 2º da referida Resolução [nº. 17/2016] não se limita somente aos casos de concentração horizontal, abrangendo, também, os casos de concentração vertical*”.

<sup>618</sup> Segundo o entendimento do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira externado no Voto da Consulta n. 08700.006858/2016-78 (HSDG), “*Resolução nº 17/2016 é aplicável ao Contrato objeto desta Consulta. Nesse sentido, a questão acerca da existência de relação econômica vertical entre as partes de um Slot Charter Agreement não é mais relevante para examinar a obrigatoriedade de notificação do Contrato*”

<sup>619</sup> Informações retiradas do Formulário de Notificação apresentado pelas partes. Ressalta-se que parte substancial das previsões contratual foi apresentada apenas na versão de acesso restrito ao Cade e às requerentes, de modo que qualquer conclusão aqui apresentada sobre o contrato é necessariamente incompleta.

<sup>620</sup> É o caso, por exemplo, do Ato de Concentração nº. 08700.005637-2015-00 (Klabin/Fibria) identificado como contrato associativo mesmo diante da assertiva de que “*o ato de concentração em apreço se constitui em um*

Especificidades do contrato em questão permitiam identificar a estruturação de uma específica forma de produção de insumos, cuja destinação também era disciplinada pelo contrato. Essa produção se baseava na utilização de capacidade ociosa e matéria-prima de uma empresa, e da força produtiva de outra, estruturando, por fim uma relação de fornecimento. Não se tratava, portanto, da execução de prestações ou obrigações, seja de forma instantânea e imediata, seja de forma cooperativa e estável. Ao se identificar a existência de empreendimento comum entre as partes, acertou o Cade em conhecer o ato concentração, apesar da natureza essencialmente vertical da relação contratual.

A justificativa econômica apresentada pelas requerentes também foi interessante. Elas atribuíam à elevação do custo dos insumos do setor de alumínio um movimento de verticalização e ampliação da capacidade fabril interna para produção de vergalhões de alumínio pelas empresas produtoras de cabos, que antes adquiriam estes produtos em mercado. As requerentes informaram ainda que a Nexans já fabricava vergalhões para seu consumo próprio, e pretendia, através do negócio avençado, expandir sua capacidade produtiva<sup>621</sup>.

Ou seja, a decisão estratégica da Nexans e da CBA surgiu justamente como uma alternativa intermediária entre a verticalização e internalização do processo produtivo de insumos, e da sua aquisição direta em mercado. Trata-se, portanto, de uma verdadeira ilustração da sugestão de Williamson, que delinea os principais traços dos contratos cooperativos, conforme sugerido na Parte 2, acima. Nesse caso, ainda, a regulação da produção e destinação específica dos insumos, permitia afirmar que as partes se comportavam, conjuntamente, como uma “empresa”<sup>622</sup> criando, portanto, um contrato organização. O exemplo é interessante justamente por ilustrar a criação de um

---

*contrato de fornecimento, não havendo nenhum tipo de sociedade ou de atividade conjunta. O Contrato firmado pelas partes prevê que as Requerentes mantenham atuação independente uma da outra, com gestão e controle independentes”.*

<sup>621</sup> Segundo informações apresentadas no Formulário de Notificação: “ a Parceria resultará na criação de sinergias resultantes da maximização do uso da capacidade de produção da linha de laminação de vergalhões da CBA que, como mencionado, tem capacidade ociosa. Especificamente, pelo lado da Nexans Brasil, a implementação da Parceria Proposta assegurará um preço competitivo de alumínio primário (alumínio líquido) e uma redução no custo de energia por operar uma instalação cujo processo se inicia com alumínio líquido evitando a necessidade de refundir os lingotes e, pelo lado da CBA, a implementação da Parceria Proposta aumentará e assegurará os volumes de venda de alumínio, mantendo a comercialização de vergalhões de alumínio e se beneficiando de uma melhor rentabilidade pela absorção de custos fixos em decorrência de maiores cargas de produção resultantes da soma dos volumes de vergalhões de ambas as empresas. Por fim, a Parceria Proposta, quando implementada, representará uma redução no consumo de energia e emissão de poluentes gerando impactos positivos do ponto de vista socioambiental por evitar a necessidade de refundição de lingotes pela Nexans Brasil”

<sup>622</sup> Empresa“(…) na correta conceituação do direito societário, em que “empresa” é a atividade e não a pessoa física ou jurídica que a exerce, que é o “empresário”), só que por uma via contratual e não por laços societários” (Ato de Concentração nº 08700.002529/2017-39)

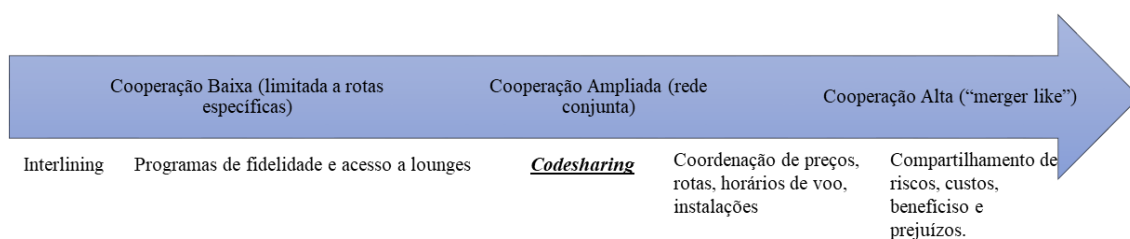
empreendimento comum e, conseqüentemente, de um contrato associativo, de caráter vertical (*i.e.*, baseado em uma relação de fornecimento).

### 4.3. O caso do *codeshare*.

Assim como no caso do transporte de cargas marítimas, os contratos de cooperação entre concorrentes são bastante comuns no mercado de transporte aéreo de passageiros. Segundo a própria Superintendência-Geral do Cade, “as empresas aéreas estabelecem acordos de cooperação por diversas razões – ampliar o alcance de sua rede, melhorar conectividade, reduzir riscos e custos de entrada em determinadas rotas, entre outras”<sup>623-624</sup>. Os termos desses acordos podem variar em grau de cooperação, englobando alianças táticas (cujo objetivo principal é aumentar a conectividade das redes de operação das companhias aéreas) e alianças estratégicas (em geral, de caráter multilateral, podendo envolver atuação conjunta e coordenação direta de instalações, rotas, preços, horários de voo, etc.).

A figura abaixo foi adaptada do Parecer nº. 108/2013/SG/Cade para ilustrar a graduação da cooperação entre empresas do setor de aviação.

**Figura 2 – Graduação da cooperação entre companhias aéreas**



Fonte: Parecer nº. 108/2013/SG/Cade

<sup>623</sup> Parecer Técnico 118/2013/SG/Cade, emitido em sede do Ato de Concentração nº. 08700.010858/2012-49 (Tam/American Airlines): “A literatura indica que acordos desse tipo podem ter diversos efeitos positivos para os consumidores e para as companhias: Para o consumidor, tais efeitos seriam facilidades de planejamento da viagem; eventuais aumentos na frequência de voos; maior conforto durante a viagem (por exemplo, consumidor fica livre de desembarque e embarque adicionais, manejo de bagagem, emissão de novo cartão de embarque, etc.); maior segurança nas conexões (já que as empresas assinantes do acordo se responsabilizam por efetivar a conexão do passageiro de um voo para outro, embora operado por companhias distintas); e possibilidade de redução de preço da passagem (o passageiro, por exemplo, paga apenas uma tarifa de embarque e uma de conexão, ao invés de duas tarifas de embarque, mais custosas). Para as companhias, os acordos podem elevar ganhos, pois permite racionalização de custos, elevação da densidade no uso da rede e obtenção de tráfego de ligações secundárias e terciárias (*feeder traffic*) de localidades não servidas. A título de exemplo, a empresa pode compensar a sua ausência em um determinado aeroporto oferecendo conexões com uma parceira de *codeshare* que lá opere”.

Os acordos que mais ocuparam a análise do Cade nos últimos anos são os contratos de *codeshare*. Estes são acordos através dos quais duas companhias aéreas compartilham seus códigos de voo, de forma que uma possa emitir e comercializar bilhetes da outra. Segundo o documento *Competition impact of airline code-share agreements*, a principal motivação econômica das companhias ao assinar estes acordos estaria relacionada à possibilidade de ampliar sua oferta de rotas e de diminuir os custos envolvidos em conexões pontuais com outras companhias<sup>625</sup>.

Durante alguns anos, tornou-se entendimento praticamente sedimentado que os contratos de *codeshare* seriam de notificação obrigatória ao Cade, porque configuravam uma cooperação horizontal<sup>626</sup>, e porque implicariam o compartilhamento de algumas informações operacionais das companhias aéreas (como marcação de assentos, refeições, bagagens, horários de atendimento nos balcões, franquia de bagagem)<sup>627</sup>.

No Ato de Concentração nº. 08700.002529/2017-39 (Tam/Qatar Airlines), entretanto, a autoridade alterou seu entendimento, indicando que acordos de *codeshare* típicos não se caracterizariam como “contratos associativos” nos termos da nova Resolução nº. 17/2016. Segundo a Superintendência-Geral, o fato de que as partes teriam “plena liberdade para descontinuar ou iniciar unilateral e isoladamente novos voos e rotas” e que não haveria “qualquer ingerência de uma parte sobre a outra”, tornaria inexistente o “compartilhamento de riscos e resultados”, e estando descaracterizado o chamado “empreendimento comum”, restaria afastado seu enquadramento aos termos da Resolução nº. 17/2016.

Esta posição foi, de certa forma, corroborada pela decisão emitida em sede do Ato de Concentração nº. 08700.003715/2017-95 (Latam/American Airlines). Neste caso, o contrato notificado ao Cade era um *Joint Business Agreement* (“JBA”), cujo objeto seria a operação conjunta da malha aérea coberta pelas duas companhias com base no princípio de *metal neutrality* (neutralidade de metais), segundo o qual as aeronaves de uma companhia poderiam ser operadas pela outra. Na ocasião, a Superintendência-Geral destacou que o grau de

---

<sup>625</sup> Ao aumentarem a “presença” da companhia aérea, estes contratos surtem efeitos positivos nas estratégias de marketing e vendas nas rotas objeto de acordo. Ademais, estes contratos fortalecem a confiança das companhias junto a seus clientes e canais de distribuição, o que indiretamente fortalece suas marcas. Cf., Ato de Concentração nº. 08700.000517/2015-16 (VRG/Aerolineas Argentina/Austral).

<sup>626</sup> A análise do poder de mercado das partes baseou-se na definição de mercados relevantes adotada para fusões e aquisições nesse setor (*i.e.*, rotas de transporte regular de passageiros. Curioso notar que a adoção desse específico critério para delimitação do mercado relevante para acordos de *codeshare* aproxima a análise concorrencial daquela realizada nas fusões (ou concentrações de ordem societária) entre companhias aéreas. Na prática, portanto, embora houvesse entendimento expresso de que os acordos de *codeshare* não implicavam unificação de centros decisórios, para os específicos mercados afetados por cada operação, a análise da SG tratava-os como se unidos fossem.

<sup>627</sup> Department of Transportation, “Transatlantic Airline Alliances: Competitive Issues and Regulatory Approach.

cooperação objetivado pelos JBAs, na medida em que estes contratos teriam como “premissa a coordenação de seus signatários em diversas variáveis concorrencialmente sensíveis”, era substancialmente mais profundo que aquele de *codeshares* típicos, e nos JBAs, sim, poderia ser identificado um empreendimento comum entre as partes.

De fato, em acordos de *codeshare*, o compartilhamento de riscos e resultados não é amplo, mas se resume às receitas auferidas a partir da comercialização dos bilhetes aéreos entre as companhias<sup>628</sup>. A maior parte da renda das companhias aéreas nos mercados objeto dos acordos (*i.e.*, nas rotas) advém da prestação de serviços de forma independente, e não como resultado da cooperação econômica<sup>629</sup>, o que já foi suscitado pelo Cade para afastar a existência de compartilhamento de resultados entre concorrentes<sup>630</sup> em outra oportunidade.

Além disso, no contrato de *codeshare* que suscitou a decisão de não-conhecimento não eram identificáveis (i) previsões sobre reserva conjunta de assentos; (ii) qualquer forma de ingerência de uma parte sobre a outra (incluindo em relação à estipulação de tarifas dos bilhetes, cronogramas, serviços, estratégias comerciais e matérias similares); (iii) cláusulas potencialmente restritivas da concorrência; nem (iv) troca de informações concorrencialmente sensíveis<sup>631-632</sup>.

Vale notar que na maioria dos casos anteriormente analisados pelo Cade<sup>633</sup>, a preocupação da autoridade estava mais relacionada à probabilidade de atuação coordenada das partes, pela criação de incentivos para diminuição dos ímpetus competitivos, ou para a

---

<sup>628</sup> Costumam ser objetos típicos desses contratos o compartilhamento de código de identificação de voo; a possibilidade de uma companhia vender e emitir bilhetes da outra; e a coincidência ou complementariedade de rotas, conforme parecer emitido pela SG em sede do Ato de Concentração nº. 08700.006488/2013-26 (VRG/Airitalia): “*tais operações são de notificação obrigatória, sem qualquer distinção entre acordos com rotas coincidentes e aqueles com rotas complementares, o que é matéria de mérito*”.

<sup>629</sup> Cf., trecho retirado do Formulário de Notificação do Ato de Concentração nº. 08700.010858/2012-49 (Tam/American Airlines): “*Apesar da relação existente entre as Partes, tais benefícios, como em todas as relações de codeshare, são limitados: para voos em codeshare em que uma das Partes atua como vendedora (mas não como operadora), essa Parte tem o direito de receber, nos termos do acordo vigente, uma mera comissão. Fora essas comissões, as Partes não auferem receita aquém e além do tráfego transportado pela aeronave da outra Parte. Como cada Parte auferir a maior parte de sua receita em serviços prestados nas suas próprias aeronaves, cada uma procura preservar e maximizar o tráfego nos voos que opera. Consequentemente, as Partes não têm incentivos para promover plenamente os voos uma da outra, ou para realizar grandes investimentos no desenvolvimento de tráfego proveniente do continente de origem da outra companhia, ou ainda para cooperar da forma mais ampla e profunda que poderiam se seus incentivos fossem alinhados para maximizar os benefícios ao consumidor*”.

<sup>630</sup> Cf., Consulta nº. 08700.007192/2015-94 (CGMP/Connectcar) “*Da mesma forma, as receitas advindas das atividades fim das consulentes, bem como aquelas oriundas das remunerações pecuniárias previstas nos contratos são percebidas e apropriadas exclusivamente por cada parte*”.

<sup>631</sup> Cf., Ato de Concentração nº. 08700.002529/2017-39 (Tam/Qatar Airlines).

<sup>632</sup> Cf., também, Ato de Concentração nº. 08700.009104/2015-99 (Tam/Passaredo).

<sup>633</sup> Ver, por exemplo, Ato de Concentração nº. 08700.010858/2012-49 (Parecer da Superintendência-Geral): “*esses acordos também levantam questionamentos sobre o arrefecimento da concorrência entre as empresas instaladas, pois pode, a depender do caso, diminuir o interesse em explorar novos nichos de mercado ou potencializar ligações de baixa demanda. Além disso (...), pode levantar dúvidas sobre a possibilidade de coordenação de frequências de voos e tarifas*”.

coordenação entre suas condutas comerciais para além do objeto do contrato<sup>634</sup>, que à probabilidade de exercício abusivo de poder de mercado. Este é mais um indicativo de que o tipo de cooperação que estes contratos estabelecem não cria uma nova organização para concorrer no mercado, não devendo ser objeto do controle preventivo de estruturas.

Se analisarmos os parâmetros que vem sendo aplicados pelo Cade desde a Resolução nº. 17/2016 na identificação de “empreendimento comum”, a decisão de não-conhecimento do *codeshare* não é estranha. As partes continuam majoritariamente independentes, definem os termos de oferta de seus serviços de forma autônoma, o resultado econômico visado é apenas potencializado pelo contrato (dele não dependendo para existir), e os termos dos contratos permitem que eventuais resultados positivos ou deficitários sejam compensados ou aproveitados pelas partes individualmente, sem que os riscos comerciais sejam assumidos em conjunto.

A mudança de interpretação do Cade quanto à qualificação dos acordos de *codeshare* parece ser acertada e ilustra bem a aplicação dos novos critérios introduzidos pela Resolução nº. 17/2016. Estando ausentes elementos de organização conjunta de uma atividade econômica específica, resta afastado o empreendimento comum entre as partes, que poderia ser verificável, no entanto, no exemplo dos contratos JBA. Os contratos de *codeshare* constituiriam, então, Contratos de Cooperação (2) (cf., Tabela 1, na Parte 2, deste artigo) e são justamente exemplo dos contratos que foram excluídos do âmbito de controle preventivo do Cade após a edição da Resolução nº. 17/2016.

## 5. Conclusões.

A Lei nº. 12.529/2011, após intensos debates, introduziu entre as hipóteses de concentração econômica, os contratos associativos. Desde então o Cade vem buscando delimitar materialmente seu conteúdo diante das consequências que esse conceito traz para seu controle preventivo de estruturas.

Com a introdução da Resolução nº. 17/2016 o Cade limitou o escopo de controle de de estruturas aos contratos de cooperação do tipo “concentração por cooperação”, isto é, àqueles contratos cuja função econômica é estruturar o desenvolvimento de uma atividade econômica ulterior (indicados como Contratos de Cooperação (1), na Tabela 1, da Parte 2, acima). Restariam excluídos, portanto, os contratos de cooperação simples ou “contratos híbridos”,

---

<sup>634</sup> GAYLE, P. Airline Code-share Alliances and their Competitive Effects, 2006.



cuja função econômica seria a de estruturar uma simples permuta entre as partes contratantes (indicados como Contratos de Cooperação (2), na Tabela 1, da Parte 2, acima).

A expressão “empreendimento comum”, presente no *caput* do Art. 2º da Resolução Cade nº. 17/2016, passa a ser a unidade de análise do impacto concorrencial desses contratos. Os casos apresentados na Parte 4, acima, indicam que a jurisprudência em construção desde a entrada em vigor da nova resolução sobre contratos associativos tem corroborado a tese de que esta modalidade de ato de concentração depende da identificação, no contrato notificado, da identificação de elementos capazes de estruturar a organização de uma atividade econômica ulterior ao objeto imediato do contrato.

Estes elementos de organização exigem um grau especial de cooperação entre agentes, o que faz com que contratos de cooperação entre concorrentes não necessariamente configurem contratos associativos.

É o que parecem indicar as recentes decisões no mercado de transporte de cargas marítimas (item 4.1), e no mercado de aviação civil (item 4.3). Na verdade, a existência de maior interdependência entre as partes de um VSA, em comparação com o que se verifica em um SCA ou um SFA, no caso dos contratos de cargas marítimas, ou em um JBA ou *codeshare*, no caso dos contratos de aviação, serviria, na verdade, apenas para corroborar a existência de um empreendimento comum, pois este não se perfaz na colaboração entre empresas concorrentes, sendo, na verdade, o caráter organizacional ulterior que marca a existência ou inexistência de “empreendimento comum” entre as partes. O caso no mercado de alumínio (item 4.2) serviu para ilustrar que contratos que seriam tipicamente classificados como de permuta ou verticais, podem também, a depender do conteúdo de suas cláusulas, configurar contratos organização e, portanto, contratos associativos.

De qualquer forma, o decorrer dos meses de vigência da Resolução Cade nº. 17/2016 não diminuiu o número de decisões de não-conhecimento de atos de concentração notificados como contratos associativos. Embora a incerteza existente sob a regulamentação anterior pareça ter sido mitigada, ela certamente não foi superada. Os termos da nova resolução são mais claros e parecem refletir mais adequadamente o que a doutrina designa como contratos associativos, mas ainda há espaço para que, por meio de suas decisões, o Cade especifique e delinieie o conteúdo da regulamentação.

## **Bibliografia**

ASCARELLI, Tulio. O contrato plurilateral. In: Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva, 1945.

BOTELHO, R., SANTOS, A. A Nova Resolução do Cade sobre Contratos Associativos. Artigos Jota. Disponível em: <https://jota.info/artigos/nova-resolucao-Cade-sobre-contratos-associativos-20102016>.

CADE, Superintendência Geral, Parecer Técnico 118/2013/SG/Cade, emitido no Ato de Concentração nº. 08700.010858/2012-49 (Tam/American Airlines), 2013.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 11/2015/CGAA4/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração nº. 08700.000517/2015-16 (VRG/Aerolineas Argentina/Austral), 2015.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 13/2015/CGAA4/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração nº. 08700.009104/2015-99 (Tam/Passaredo), 2015.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 197/2015/CGAA5/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração nº. 08700.000540/2015-01 (Ambev/Pepsicola), 2015.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 23/2015/CGAA1/SGA1/SG emitido no Ato de Concentração nº. 08700.005637/2015-00 (Klabin/Fibria), 2015.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 17/2017/CGAA5/SGA1/SG emitido no Ato de Concentração nº. 08700.008484/2016-25 (Medley/Aurobindo), 2017.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 180/2017/CGAA5/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração nº 08700.003575/2017-55 entre (Ares/Pfizer), 2017

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 4/2017/CGAA4/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração nº. 08700.002529/2017-39 (Tam/Qatar Airlines), 2017.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 342/2017/CGAA5/SGA1/SG emitido no Ato de Concentração nº. 08700.006533/2017-76 (Serasa/Boa Vista), 2018.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 07/2018/CGAA3/SGA1/SG/CADE, emitido no Ato de Concentração nº 08700.005266/2017-10 (HLAG/NYK/MSC), 2018.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 2/2018/CGAA4/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração nº 08700.006989/2017-36 (Instituto Jogue Limpo e outros), 2018.

CADE, Superintendência-Geral, Nota Técnica nº. 7/2018/CGAA3/SGA1/SG/CADE, emitida no Ato de Concentração nº 08700.006750/2017-66 (Mercosul Line/Log-In), 2018.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 09/2018/CGAA3/SGA1/SG/CADE, emitido no Ato de Concentração nº. 08700.001565/2018-66 (MOL/NYK), 2018.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 103/2018/CGAA5/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração nº. 08700.002276/2018-84 (Tim/Oi), 2018.

CADE, Tribunal Administrativo, Consulta nº. 08700.007192/2015-94 (CGMP/Connectcar), Voto do Conselheiro Relator João Paulo Resende, 2015.

CADE, Tribunal Administrativo, Consulta nº. 08700.007192/2015-94, Voto do Conselheiro Relator João Paulo Resende, 2015.

CADE, Tribunal Administrativo, Consulta nº. 08700.006858/2016-78 (HSDG), Voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira, 2016.

CADE, Tribunal Administrativo, Consulta nº. 08700.008081/2016-86 (CMA CGM/HSDG), Voto Conselheiro Relator João Paulo Resende, 2016.

CADE, Tribunal Administrativo, Consulta nº. 08700.008081/2016-86 (CMA CGM/HSDG), Voto-vogal Cons. Paulo Burnier da Silveira, 2016.

CADE, Tribunal Administrativo, Consulta n. 08700.008419/2016-08 (EA/Warner Bros), Voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2017.

CADE, Tribunal Administrativo, Despacho Decisório nº. 3/2018/GAB5/CADE, Ato de Concentração 08700.002276/2018-84, 2018.

CAIXETA, Deborah B. Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 4, n. 1, maio 2016, pp. 95-132, p. 103.

CAPATANI, Marcio. F. Os Contratos Associativos. In VALLADÃO, Erasmo (org). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 88-103.

CASAGRANDE, Paulo L. Inovação, Cooperação e Concorrência: Desafios para a Política Antitruste no Brasil. Universidade de São Paulo, Tese (Doutorado), 2014.

CAVALI, Cassio Machado. Empresa, Direito e Economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Tese (Doutorado), 2012.

DUARTE MAIELLO, A. L., Aspectos Fundamentais do Negócio Jurídico Associativo, Universidade de São Paulo: Tese (Doutorado), 2012.

ESTADOS UNIDOS, Department of Transportation, “Transatlantic Airline Alliances: Competitive Issues and Regulatory Approach.

ESTADOS UNIDOS, Federal Trade Commission/Department of Justice, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, 2000.

FARINA, Elizabeth et. al. Competitividade: mercado, estado e organizações. São Paulo, Singular, 1997).

FORGIONI, Paula A. Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

FRAZÃO, Ana de O. Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas, Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

FRAZÃO, Ana de O. Joint Ventures Contratuais. In: RIL Brasília a. 52 n. 207 jul./set. 2015.

GAYLE, P. Airline Code-share Alliances and their Competitive Effects, 2006.

JORDE, Thomas; TEECE, David. Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust, In: Journal or Reprints for Antitrust Law and Economics, v. 28, 1998.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

OCDE. Working Party No. 2 on Competition and Regulation. Competition Issues In Liner Shipping -- Note by the Secretariat -- 19 June 2015. DAF/COMP/WP2(2015)3. Disponível em

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2\(2015\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2(2015)3&docLanguage=En), p. 26),

PEREIRA NETO, Caio Mario; CASAGRANDE, Paulo L. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, São Paulo: Saraiva, 2016.

PIRIANO JR, Thomas A. Reconciling Competition and Cooperation: A New Antitrust Standard for Joint Ventures. In: William & Mary Law Review, v. 35, 1994.

PORTO MACEDO JR, Ronaldo. Contratos relacionais e defesa do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013.

SPIEDEL, R. The characteristics and challenges of Relational contracts. Northwestern University Law Review, v. 94, n. 3, 2000.

WILLIAMSON, Oliver E. The economic institutions of capitalism. Journal of Law and Economics, Vol. 22, No. 2 (Oct., 1979), pp. 233-261.

WILLIAMSON, Oliver. The lens of contract: private ordering. The American economic review, Vol. 92, No. 2, 2012, pp. 438-443.