

**2020**  
**DEZEMBRO**

VOLUME 8  
NÚMERO 2  
ISSN 2318-2253

# REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO CADE

# REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 8 – Dezembro 2020 – ISSN 2318-2253

Periodicidade semestral

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

## CONSELHO EDITORIAL

Amanda Athayde Linhares Martins, UnB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UnB, Brasília, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão, UnB, Brasília, Brasil.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Dênis Alves Guimarães, UCB, Brasília, Brasil.

Diogo R. Coutinho, USP, São Paulo, Brasil.

Edmond Schlumberger, Université Paris 8, Paris, França.

Eduardo Molan Gaban, PUC, São Paulo, Brasil.

Eleanor Fox, NYU, Nova York, Estados Unidos da América.

Gesner José de Oliveira Filho, FGV, São Paulo, Brasil.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, FGV, Brasília, Brasil.

Guilherme Ribas USP, São Paulo, Brasil.

Ivo Gico Junior, UniCeUB, Brasília, Brasil.

Laurence Idot, University Paris II Panthéon-Assas, Paris, França.

Leonardo Peixoto Leal, UNIFOR, Ceará, Brasil.

Leonor Cordovil, São Paulo, Brasil.

Marcio de Oliveira Júnior, UnB, Brasília, Brasil.

Marcos Vinícius Torres, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Paulo Burnier da Silveira, UnB, Brasília, Brasil.

Paulo Furquim de Azevedo, INSPER, São Paulo, Brasil.

Saulo Bichara Mendonça, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Vinicius Marques de Carvalho, USP, São Paulo, Brasil.

William Kovacic, Columbia University, Columbia, Estados Unidos da América.

## EDITOR-CHEFE

Luis Henrique Bertolino Braido: doutor em Economia pela Universidade de Chicago, mestre em Economia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e pela Universidade de Chicago e graduado em Economia pela Universidade de São Paulo. É professor associado da FGV, na Escola de Pós-graduação em Economia e Finanças. É Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

## **COORDENAÇÃO EDITORIAL**

Braulio Cavalcanti Ferreira

Caio Carvalho Correia Barros

Déborah Lins e Nóbrega

Iara do Espírito Santo

Keila de Sousa Ferreira

Paulo Eduardo Silva de Oliveira

## **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

Site: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia>

## **PARECERISTAS**

Adriano Camargo Gomes, USP, São Paulo, Brasil.

Alexandre Ditzel Faraco, UFPR, Curitiba, Brasil.

Alexandre Santos de Aragão, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Amanda Athayde Linhares Martins, UNB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UNB, Brasília, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão, UNB, Brasília, Brasil.

Ananda Portes Souza, UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Andrea Moreira da Fonseca Boechat, UEM, Maringá, Brasil.

Arthur Villamil Martins, UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Beatriz Malerba Cravo, FGV, São Paulo, Brasil.

Bernardo Macedo, Unicamp, Campinas, Brasil.

Bruno de Castro, UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Caio Mário Pereira Neto, USP, São Paulo, Brasil.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Carolina Saito da Costa, USP, São Paulo, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Daniel Boson, UniCeuB, Brasília, Brasil.

Daniel Favoreto Rocha, FGV, São Paulo, Brasil.

Dênis Alves Guimarães, UCB, Brasília, Brasil.

Denise Junqueira, NYU Law School, Nova York, EUA.

Diogo R. Coutinho, USP, São Paulo, Brasil.

Eduardo Jordão Vieira, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Eduardo Molan Gaban, PUC, São Paulo, Brasil.

Eduardo Nunes Sousa, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Felipe Comarela Milanez, UFOP, Ouro Preto, Brasil.

Fernanda Garibaldi, USP, São Paulo, Brasil.

Fernando Amorim, UNB, Brasília, Brasil.

Fernando de Magalhães Furlan, UNB, Brasília, Brasil.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, FGV, Brasília, Brasil.

Guilherme Ribas, USP, São Paulo, Brasil.

Guilherme Teno Castilho Misale, USP, São Paulo, Brasil.

Humbero Cunha dos Santos, USP, São Paulo, Brasil.

Ivo Teixeira Gico Júnior, UniCeuB, Brasília, Brasil.

Juliana Maia Daniel Pinheiro, Sciences Po, Paris, França.

Leonor Cordovil, USP, São Paulo, Brasil.

Lilian Manoela Monteiro Cíntra de Melo, USP, São Paulo, Brasil.

Lucas Campio Pinha, UFRRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Luís Alberto da Costa Araujo, PUC, Belo Horizonte, Brasil.

Luis Henrique Bortolai, UniMETROCAMP, Campinas, São Paulo.

Luis Nagalli, NYU Law School, Nova York, EUA.

Marcelo Calliari, USP, São Paulo, Brasil.

Marcio de Oliveira Júnior, UNB, Brasília, Brasil.

Marcos Vinícius Torres, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Maria Cecília Andreade, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.

Maria Fernanda Caporale Madi, Erasmos University, Rotterdam, Holanda.

Mônica Tiemy Fujimoto, UNB, Brasília, Brasil.

Osvaldo Agripino, UFSC, Florianópolis, Brasil.

Ottoni Ferreira Filho de Oliveira, FGV, São Paulo, Brasil.

Paula Forgioni, USP, São Paulo, Brasil.

Paulo Leonardo Casagrande, USP, São Paulo, Brasil.

Pedro Florêncio, IBMEB, Brasília, Brasil.

Priscila Brolio Goncalves, USP, São Paulo, Brasil.

Raphael Chaia, UniDBSCO, Curitiba, Paraná.

Raquel Santana, UFSC, Florianópolis, Brasil.

Renata Oliveira, UFRN, Natal, Brasil.

Sérgio Goldbayn, FGV, São Paulo, Brasil.

Sílvia Fagá de Almeida, FGV, São Paulo, Brasil.

Tainá Leandro, UNB, Brasília, Brasil.

Vicente Bagnoli, Mackenzie, São Paulo, Brasil.

Vinicius Marques de Carvalho, USP, São Paulo, Brasil.

Vivian Terg, USP, São Paulo, Brasil.

# SUMÁRIO

Apresentação	7
Pandemia e a Cooperação entre Concorrentes: a Excepcionalidade no Direito Concorrencial Brasileiro.	8
A proteção de dados pessoais à luz do Direito Concorrencial: Portabilidade de dados, Infra estruturas essenciais e Open Banking	31
Novas Tecnologias e Concorrência: desigual é desleal? O caso Claro/Topsports/Fox	54
Acordos no Direito da Concorrência	78
Atos de concentração e cartéis nos setores mais protegidos por medidas antidumping	104
Considerações de interesse público no controle de concentrações	123
Definindo sanções ótimas a práticas anticompetitivas e corruptas: a punição a indivíduos por meio de mecanismos alternativos	144
Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do Cade	164
Parâmetros de análise do cartel hub-and-spoke no Direito Brasileiro	177

# APRESENTAÇÃO

A Revista de Defesa da Concorrência (RDC) lança seu segundo e último número de 2020. A 16ª edição conta com nove artigos inéditos, de conteúdo relevante e selecionados por pareceristas qualificados.

Neste ano fomos surpreendidos pela pandemia no novo coronavírus. As duas edições da RDC foram publicadas neste cenário de controle da disseminação da doença. Ainda assim, nossas atividades continuaram ininterruptamente e ousamos realizar significativas melhorias. Dentre elas, destacamos a nova identidade visual do periódico, com nova capa e novo leiaute interno.

O projeto envolveu muitas pessoas e contou com apoio de designer especializado que elaborou propostas de capa, as quais foram postas para votação interna no CADE. Apresentamos, nesta edição, a arte escolhida. Objetivamos modernizar a Revista de Defesa da Concorrência, preservando a essência visual mantida nos últimos oito anos. Nessa mesma linha, a nova editoração torna a leitura mais agradável e confortável. Esperamos que apreciem o novo leiaute!

Ainda, neste ano, fizemos intenso trabalho de chamamento de pareceristas e assim nomes ascendentes na área se tornaram colaboradores. O número de estudiosos que avaliaram artigos nesse segundo semestre triplicou, comparativamente ao mesmo período do ano anterior. Buscamos, com essa ação, ampliar nossa base de avaliadores para que tenhamos especialistas nas mais variadas regiões, filiações institucionais e temáticas do antitruste.

Deferimos sincero reconhecimento aos que passaram pela COVID-19 ou perderam entes queridos. Entendemos que a ciência é fundamental para o controle dessa doença e para os demais desenvolvimentos necessários na nossa sociedade. A continuidade dos trabalhos da RDC neste ano não ocorreu sem esforços, mas foi impulsionada pela importância da contribuição à comunidade acadêmica.

Iniciamos esta edição com artigo sobre a pandemia e as excepcionalidades do direito concorrencial na relação entre concorrentes. Em seguida, temos análise da proteção de dados pessoais à luz do direito concorrencial, abordando a portabilidade de dados, infraestruturas essenciais e *open banking*. Também apresentamos trabalho sobre novas tecnologias e concorrência, analisando o caso Claro, Topsports e Fox. O estudo sobre acordos no direito da concorrência estabelece um panorama comparativo sobre os quatro tipos de acordos previstos no CADE. Veiculamos, também, trabalho sobre atos de concentração e cartéis em setores de maior preocupação *antidumping* e outro sobre considerações de interesse público na análise de operações. O penúltimo artigo versa sobre punição de indivíduos por prática anticompetitiva utilizando mecanismos alternativos e o último, sobre a jurisprudência do CADE em casos de abuso de posição dominante.

Desejamos a todos uma boa leitura!

**Alexandre Barreto de Souza**

Presidente do CADE

**Luis Henrique B. Braidó**

Editor-chefe da RDC

# PANDEMIA E A COOPERAÇÃO ENTRE CONCORRENTES: A EXCEPCIONALIDADE NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

*Pandemic and cooperations between competitors: The exception in the Brazilian antitrust law*

Micaela Barros Barcelos Fernandes<sup>1</sup>

Vinicius Klein Correio<sup>2</sup>

## RESUMO

O trabalho analisa os reflexos da pandemia de coronavírus na interpretação e aplicação da legislação brasileira de defesa da concorrência e a possível necessidade de superação das categorias analíticas disponíveis para tratamento dos acordos de cooperação entre competidores. A reflexão se dá no contexto das alterações pontuais e temporárias promovidas por meio da Lei 14.010/2020 à Lei 12.529/2011, tanto com relação a condutas quanto estruturas. As considerações feitas partem da premissa de que o direito brasileiro não contempla isenções antitruste, devendo qualquer interpretação, ainda que atenta e sensível às circunstâncias especiais decorrentes da pandemia, se equilibrar na ponderação entre urgência e prudência.

**Palavras-chave:** Cooperação entre concorrentes; Isenção antitruste; Teoria da *failing firm*; Restrições concorrenciais; Regime jurídico emergencial e temporário.

## ABSTRACT

The work analyzes the consequences of the coronavirus pandemic in the interpretation and application of the Brazilian antitrust legislation and the possible need to overcome the analytical categories available for the treatment of cooperation agreements between competitors. This reflection takes place in the context of the temporary changes promoted by the Law no. 14.010/2020 to the Law no. 12.529/2011, with relation to conducts and structures. The considerations made are based on the premise that Brazilian law does not include antitrust exemptions, and any interpretation, even if attentive and sensitive to the special circumstances resulting from the pandemic, should balance the

1 Doutoranda em Direito Civil pela UERJ, Mestre em Direito da Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ, Mestre em Direito Internacional e da Integração Econômica pela UERJ, Pós-graduada em Direito da Economia e da Empresa pela FGV/RJ, Graduada em Direito pela UFRJ, Advogada e Professora no Rio de Janeiro, Membro da Comissão de Direito da Concorrência da OAB - Seção RJ, Membro da Comissão de Direito Civil da OAB - Seção RJ. E-mail: mibbf@yahoo.com.br.

2 Doutor em Direito Civil pela UERJ, Doutor em Desenvolvimento Econômico pela UFPR. Visiting Scholar na Universidade de Columbia/EUA em 2012, Procurador do Estado do Paraná, Professor Adjunto no Departamento de Economia da UFPR, lecionando a disciplina de Economia e Direito no curso de graduação em economia e de Economia e Estado no mestrado profissional em desenvolvimento econômico. E-mail: viniciusklein78@yahoo.com.br.

balance between urgency and prudence.

**Keywords:** Pandemic; Cooperation between competitors; Antitrust exemption; Failing firm defense; Ancillary restraints; Emergency and temporary legal regime.

**Classificação JEL:** K21; K41; K42.

**Sumário:** Introdução – 1. A Excepcionalidade da Situação de Pandemia e o Direito Concorrencial Brasileiro 2. A Experiência Comparada 3. A Cooperação entre Concorrentes e a Necessidade de Novos Standards 4. A Legislação Emergencial para o Enfrentamento da Covid-19 – Conclusão – Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 trouxe enormes problemas e desafios para todos os países do mundo, e tem impactado de forma significativa as relações sociais e econômicas. A pandemia, além de tirar, dramaticamente, a saúde e a vida de milhares de pessoas, atinge, do ponto de vista econômico, a todos. Como um tsunami que se impõe sobre uma ilha e a varre pela metade, deixando menos terra à disposição de seus habitantes, a Covid-19 reduz, ainda que não se saiba de antemão em qual proporção exatamente, riquezas existentes, bem como a capacidade de produção e circulação de novas riquezas, ao menos temporariamente. No que diz respeito aos seus efeitos econômicos, a Covid-19 está gerando inúmeras dificuldades para diversas cadeias produtivas. No caso brasileiro, em especial, que se encontrava, mesmo antes da chegada da pandemia, em lenta recuperação após longos meses de recessão, a situação se tornou ainda mais delicada.

As medidas adotadas desde o início de 2019 para a retomada e a aceleração da atividade econômica envolveram ajustes no arcabouço jurídico-regulatório brasileiro com o intuito de promover a atividade econômica, principalmente no sentido de diminuir a burocracia e ampliar incentivos à iniciativa privada, por meio do seu fortalecimento. Um exemplo que se destaca é a Lei 13.874 (BRASIL, 2019), a chamada Lei da Liberdade Econômica, que instituiu (não sem instaurar controvérsias entre os intérpretes e operadores do Direito), a declaração de direitos de liberdade econômica, bem como estabeleceu princípios e regras que buscaram densificar as garantias de livre mercado previstas na Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), alterando importantes diplomas legais do nosso ordenamento jurídico, como o Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), a Lei das Sociedades por Ações (BRASIL, 1976), a Lei de Registros Públicos (BRASIL, 1973), a Consolidação das Leis de Trabalho (BRASIL, 1943), dentre outros.

Ao esforço de desburocratização, soma-se, a partir do primeiro trimestre de 2020, a necessidade de agentes públicos e privados lidarem também com questões extras que surgiram com a pandemia do coronavírus, especialmente para dar respostas urgentes e efetivas no combate à Covid-19, tanto de forma preventiva, por exemplo, no desenvolvimento de vacinas ou quaisquer tecnologias de controle de transmissão, quanto reparatória, na descoberta de tratamentos eficazes, ou ao menos que minimizem os impactos da doença, tanto sanitários quanto econômicos. Mas não só.

No aspecto econômico, especificamente (mas que não se isola de outras questões, como a

sanitária, a social, e a política) a pandemia tem gerado bastante embate em fóruns públicos de discussão sobre as medidas que devem ser tomadas para evitar as piores consequências, ou antes, tem gerado discussão inclusive sobre quais são as piores consequências. Há, portanto, discussão sobre meios e sobre fins das políticas públicas mais adequadas tanto no cenário de enfrentamento da pandemia quanto para o momento posterior que se espera de recuperação econômica.

Independente da resposta a estas questões, é inegável o cenário de piora nos já frágeis números apresentados no cenário brasileiro nos últimos anos, com ocorrência de novo desaquecimento em segmentos de indústria e comércio que pouco a pouco estavam se recuperando. Alguns agentes, ainda que estejam com demanda aumentada, enfrentam problemas como falta de insumos, dificuldades logísticas, entre outros. Assim, na esteira do que tem ocorrido em outros países que começaram a enfrentar o coronavírus um pouco antes que o Brasil, os órgãos públicos brasileiros passaram a atuar em diversas frentes, em medidas de prevenção e contenção de danos.

No que se refere ao Direito da Concorrência, sempre orientado pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico destaca-se a edição da Lei 14.010 de 10 de junho de 2020 (BRASIL, 2020b) que institui o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período de pandemia, e que no artigo 14 trata do regime concorrencial, que será analisado neste trabalho.

Para tanto, este artigo tem quatro seções. Na primeira será apresentado como o Direito Concorrencial brasileiro tem tratado situações excepcionais de crise econômica, como a constatada na pandemia. Na seção seguinte serão exploradas as respostas do direito comparado. Na terceira seção aborda-se questão mais desafiadora que é a colaboração entre concorrentes, que se por um lado pode permitir arranjos econômicos úteis na pandemia, por outra perspectiva pode gerar efeitos anti-competitivos de longa duração. Por fim, na quarta seção busca-se analisar criticamente a adequação dos *standards* existentes para o tratamento da cooperação entre concorrentes no contexto da pandemia.

## **1. A EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO DE PANDEMIA E O DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO**

Dentre as muitas iniciativas tomadas para minimização dos efeitos da pandemia de Covid-19 pelas diferentes esferas de atuação pública, destacam-se também as legislativas, pelas quais, no âmbito de sua esfera de competência, o Congresso estabeleceu medidas de regulação, inclusive econômica, algumas transitórias outras não.

Neste contexto, foi aprovada a Lei 14.010, de 10 de Junho de 2020 (BRASIL, 2020b), que resultou de projeto de autoria do Senador Antonio Anastasia, assistido por professores e juristas brasileiros, e que passou por alguns ajustes no curso da tramitação legislativa, sofrendo, também, alguns vetos quando da sanção presidencial. Com o declarado objetivo de enfrentar algumas questões atinentes às relações jurídicas de direito privado, o texto final aprovado prevê, em seu artigo 14, medidas que afetam especificamente a disciplina do direito antitruste brasileiro.

Este artigo traz algumas considerações na expectativa de contribuir para discussões técnicas

e interpretação da Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), sob perspectiva que promova sua integração ao sistema brasileiro de defesa da concorrência, estruturado pela Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência, ou LDC) (BRASIL, 2011), e ao ordenamento jurídico como um todo. Tem-se por norte buscar uma interpretação que se coloque como de ponderação entre a medida de urgência tomada em face da crise econômica agravada pelo coronavírus, e a necessidade da prudência para evitar flexibilizações que, ao contrário de ajudar, podem agravar o ambiente de competição brasileiro.

De início, ressalve-se, como panorama geral, que mesmo em situações extraordinárias o Direito Concorrencial no Brasil se consolidou como refratário à imunidade antitruste, de maneira que qualquer eventual excepcionalização da aplicação de controles da defesa econômica deve ser vista como medida inovadora e que deve ser considerada com cautela. Afinal, não existe menção no texto constitucional a possibilidade de imunização de determinado setor de forma definitiva ou temporária da aplicação do Direito Concorrencial<sup>3</sup>.

Tampouco existe em nosso ordenamento previsão legal para isenções antitruste em bloco, adotadas, por exemplo, em países europeus e já utilizadas por algumas jurisdições em função da pandemia<sup>4</sup>. A título comparativo, a autoridade concorrencial norueguesa<sup>5</sup> concedeu uma isenção antitruste de três meses para o setor de transporte, e a autoridade concorrencial islandesa (COVID-19..., 2020) concedeu uma isenção limitada a algumas circunstâncias para a distribuição de remédios e agências de viagens em função da pandemia.

No caso brasileiro, além da ausência de previsão legal para exceções em bloco, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão máximo de defesa da concorrência no âmbito administrativo, é contrária à aceitação de cartéis de crise, mesmo em situações de dificuldade significativas em um setor de atividade econômica. Nesse sentido, um dos casos emblemáticos na experiência brasileira foi a tentativa de criação de um cartel de crise em função de problemas ocorridos no setor de álcool carburante, quando, em função do encerramento de programas governamentais de incentivo, agentes atuantes em referido mercado tiveram que lidar com a superprodução acompanhada de redução da demanda, Atos de Concentração 8012.004117/1999-67 (BRASIL, 1999) e 08012.002315/1999-50 (BRASIL, 2000).

Naquela oportunidade ainda estava em vigor a Lei 8.884/1994 (BRASIL, 1994). Mas nos aspectos que aqui interessam a Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011), atualmente em vigor no ordenamento brasileiro, a norma não promoveu mudanças que possam afastar por si só o entendimento construído na legislação anterior. É verdade que no caso do setor de álcool, como em outros que já foram objeto de análise pelo CADE, o julgamento foi realizado em um contexto de crise em mercados específicos, e não de um choque generalizado e da magnitude de uma pandemia.

Na pandemia de coronavírus, diferentemente, não há apenas um setor impactado, mas todos, ainda que alguns sejam mais afetados que outros. Toda a cadeia de suprimentos, e não apenas

3 Nesse sentido ver Salomão Filho (2002, p. 218-223).

4 A inexistência de previsão explícita na Constituição Federal e em legislação infraconstitucional não afasta a possibilidade de leis específicas que venham a restringir a aplicação da legislação concorrencial ou mesmo afastar a competência do SBDC. Para uma defesa da possibilidade de isenções em bloco por meio de legislação ordinária ver Forgioni (2007, p. 126-134).

5 A resposta da autoridade concorrencial norueguesa pode ser consultada em Forskrift (2020).

em âmbito nacional, sofre com algum tipo de desafio. Especialmente diante de um mundo cada vez mais globalizado, e dependente de fornecedores com atuação transnacional, os agentes podem ser impactados de maneira a sofrer abalos em suas atividades em várias etapas da produção.

A maior parte das indústrias enfrenta alguma dificuldade ou atraso para chegar à conclusão dos seus produtos finais, diante do desafio da irregularidade de entrada de insumos e bens que se incorporam em sua própria linha de produção. De outro lado, também vários compradores não têm demanda, afetando mesmo os fornecedores que são capazes de entregar pontualmente. Portanto, os dois lados que impactam na concorrência de mercado encontram-se em situação de anormalidade.

Há, também, desafios enormes de liquidez (problemas de caixa, que afetam a capacidade de cumprimento de obrigações a curto e médio prazo) e de solvabilidade (problemas de desencontro entre ativo e passivo, que afetam a capacidade de pagamento em qualquer prazo). Todos atraem a busca de soluções coletivas. Isto porque nenhum agente econômico é capaz de se blindar totalmente aos efeitos da crise.

Daí a importância de regras gerais sobre como as soluções podem ser buscadas por todos os agentes. Algumas passarão por ajuda direta do Estado, sejam através de resgates, ou autorização para adiamentos ao cumprimento de certas obrigações, por exemplo, de ordem tributária. Outras passam por planos de reestruturação de dívidas, inclusive há iniciativas legais para ampliação das hipóteses abarcadas pela Lei 11.101/2005.

Mas, em muitas situações, o que há é necessidade de renegociação de prazos e condições, bem como de cooperação entre os próprios agentes privados. Fornecedores e compradores, no exercício de sua autonomia privada, devem ter meios de se (re)organizar e focar na otimização de suas ações.

Por exemplo, se não há a possibilidade de entrega de alguma matéria-prima além de certo percentual inicialmente contratado, um fornecedor, ao invés de atender à demanda de apenas parte de seus compradores, pode negociar coletivamente o atendimento de atender todos, porém abaixo das demandas existentes – nestes casos, pode ser importante que a renegociação seja ajustada de modo coletivo.

Mas um acordo desta natureza pode gerar preocupações concorrenciais, entre outros desafios. Qual o limite para os acordos? Antes mesmo de se definir o seu limite, é preciso saber, ao menos estimar, até quando os efeitos da pandemia existirão. E ainda, até quando os efeitos do acordo subsistirão. Há estimativas possíveis, mas nenhuma será precisa o suficiente para dar segurança aos tomadores de decisão sobre quais os melhores caminhos, tanto do ponto de vista da técnica da administração de cada negócio, quanto do ponto de vista jurídico, isto é, sobre a viabilidade das soluções pensadas em conformidade ao ordenamento brasileiro, na medida em que algumas podem ter racionalidade econômica, porém apresentar efeitos anticoncorrenciais vedados por nossa ordem jurídica.

A depender da linha de pensamento adotada quanto ao papel e aos objetivos do Direito Concorrencial, a ausência de fundamento expresso na legislação concorrenciais em vigor e na jurisprudência do CADE para este tipo de situação, que é de fato inédita, pode ser vista como um comprometimento forte do ordenamento jurídico brasileiro com a solução concorrenciais para ajustes

setoriais de oferta e demanda, ou mesmo como uma visão limitada do Direito Concorrencial como mecanismo de realização de política pública.

Ao menos uma parcela da literatura<sup>6</sup> aponta para a ineficiência de medidas de imunidade ampla da legislação concorrencial, referindo-se a situações em que cartéis de crise foram mantidos com ineficiências significativas no longo prazo. Por outro lado, a possibilidade de isenção concorrencial em uma situação em que o interesse público seja favorecido pode ser benéfica à sociedade, desde que a negociação não seja anticompetitiva no cenário pós-crise, ou que ao mesmo tempo sejam adotadas medidas capazes de mitigar ou afastar os efeitos anticompetitivos. Nesse sentido afirma Fox (2020, p. 278):

*It may be a lot to ask something extra of developing countries' competition authorities in this time of stress when they are stretched, especially thin and wanting in resources, but a small and discrete extra step will help them and their communities in both the short and longer terms. Here is the advice: in granting clearances, exemptions, or other approvals in this emergency, make the effort to analyse whether the transaction is good or bad for competition, and if it harms competition, whether it is needed in the public interest and why.*

Recentemente, em função dos desafios trazidos pela economia digital, os objetivos do direito antitruste já vinham sendo objeto de reavivada discussão<sup>7</sup>, considerando sobretudo a alta concentração em alguns mercados específicos. Em função da crise do coronavírus, talvez sejam reforçadas as razões para revisitação dos conceitos e fundamentos do antitruste, bem como suas relações com outras áreas do Direito.

Por exemplo, questões como a defesa de mercados nacionais, se o Direito da Concorrência deve ser instrumento de política industrial, ou se deve se manter adstrito à proteção do bem estar do consumidor devem ganhar força. Hoje, tal como hoje previsto na legislação nacional, a posição prevalente é mais restritiva do alcance do Direito da Concorrência, adstrito ao conceito do bem estar do consumidor. Entretanto, mesmo este conceito já é bastante sujeito a controvérsias, pois nele cabe não apenas a garantia de acesso à informação e à livre escolha de bens e serviços, mas pode caber também a proteção à sua privacidade, entre outras tutelas que podem ser adicionadas ao que seja definido como o bem estar do consumidor.

Em termos legislativos, no atual cenário de crise sistêmica parece se encontrar justificada a necessidade de uma norma legal para prever condições diferenciadas para a aplicação da legislação concorrencial no período ou em função da pandemia. A Lei 14.010/20 (BRASIL, 2020b) foi editada neste intuito, mas não tem o alcance de resolver muitas das questões que surgirão.

6 *"It is not the first time that law has deviated from normal rules of competition to help deal with a crisis. Cartels of various forms have been allowed during times of war and were permitted during the Great Depression of the 1930s. The academic studies in this period in history are too numerous to list here, but generally suggest that allowing coordination during times of crisis is a bad idea"* (ORMOSI; STEPHAN, 2020, p. 299).

7 Neste sentido, por exemplo, reportagem editorial na The Economist (WHAT MORE, 2020) e Frazão (2020).

A lei que institui o regime jurídico emergencial e transitório deve se integrar, no que tange ao antitruste, ao sistema brasileiro de defesa da concorrência, e embora preveja a necessidade de um olhar atento para as circunstâncias excepcionais trazidas pela pandemia, não dará conta de questões que talvez tenham sido aceleradas pela crise econômica, mas que já estavam, em alguma medida, colocadas.

Sem prejuízo destas considerações, no que se refere especificamente a consequências da crise de oferta e demanda, deve-se lembrar de que não foi opção do legislador a isenção antitruste. Propostas de isenções mais amplas ensejam diversos riscos, em especial em situações de um choque adverso que não é adstrito a um setor econômico, mas a toda a economia.

## 2. A EXPERIÊNCIA COMPARADA

Apesar de a amplitude de medidas fazer sentido em função da magnitude dos efeitos da pandemia, a adoção de remédios excepcionais com relação a diversos setores aumenta também a extensão dos riscos de oportunismo. Nesse sentido, observe-se, por exemplo, que nos Estados Unidos o DOJ e a FTC (órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no território norte-americano) emitiram um comunicado conjunto datado de 24/03/2020 (DOJ, 2020) indicando que as circunstâncias excepcionais seriam levadas em conta nas decisões e que neste período as colaborações entre competidores seriam analisadas em 07 dias úteis, de forma a dar segurança jurídica para as medidas necessárias em função da epidemia.

Referido comunicado conjunto também indicou critérios para a aprovação de atos de cooperação entre competidores durante a pandemia. Além de reafirmar o conteúdo de documentos anteriores, em especial o *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (FEDERAL..., 2000), e o *Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care*, de 1996, e tratar dos processos de consulta e de revisão expedita em função da pandemia, o comunicado indica que condutas uniformes e/ou colaborativas necessárias em função das circunstâncias especiais da pandemia para desenvolver, produzir ou distribuir produtos utilizados para atender pacientes, consumidores e comunidades em resposta a pandemia serão lícitas, desde que sejam limitadas em termos de duração e escopo. Assim, processos colaborativos que sejam necessários para aumentar ou garantir a eficiência da produção e/ou distribuição de bens que se tornaram essenciais em função da pandemia não serão vistos pela FTC e pelo DOJ como contrários a legislação concorrencial.

Por outro lado, informaram os agentes estatais que a legislação concorrencial continua válida, sendo que cartéis de preço continuam puníveis *per se*, e quaisquer abusos quanto à duração temporal e ao escopo dos acordos seriam punidos.

Por sua vez, em 08/04/2020 a Rede Concorrencial Europeia (formada pela Comissão Européia, pela *EFTA Surveillance Authority* e pelas Autoridades Concorrenciais Nacionais) lançou uma Estrutura Temporária de análise de atos em função da pandemia (EUROPEAN 2020) que segue a mesma linha das autoridades norte-americanas, indicando critérios específicos de análise para as operações realizadas em função da pandemia e comprometendo-se a fornecer cartas de conforto (*comfort letters*) com a urgência necessária para colaborações entre competidores necessárias para o enfrentamento da pandemia.

Assim, não houve uma suspensão geral da aplicação da legislação concorrencial, mas também um procedimento mais rápido para dar segurança a operações necessárias no contexto da pandemia, no entanto sem se afastar a análise da legislação concorrencial, ou mesmo a oportunidade de punir abusos. Neste sentido, algumas autoridades nacionais deram isenções antitruste setoriais (e não amplas para todos os setores da atividade econômica), mas mantiveram alguns controles concorrenciais.

Além dos setores farmacêutico e de produtos mais diretamente ligados ao combate a pandemia, como máscaras de proteção, pode-se observar exemplos de isenções em setores bem específicos. Por exemplo a autoridade concorrencial da Islândia conferiu isenção no setor de turismo através das Decisões nº 9/2020 (ISLÂNDIA, 2020a) e nº 12/2020 (ISLÂNDIA, 2020b). Ainda, a autoridade antitruste australiana<sup>8</sup> permitiu a cooperação no setor financeiro para empréstimos aos consumidores e a pequenas empresas (CO-OPERATION, 2020). Por sua vez, a autoridade antitruste norueguesa definiu uma isenção de três meses no setor de transportes (TRANSPORTATION, 2020).

Ainda, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 30 de abril publicou comunicado (*COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities*) (OECD, 2020b), no qual também aponta para a necessidade de manutenção das preocupações concorrenciais mesmo no cenário atual. E, em 26 de Maio publicou comunicado direcionado ao tema da cooperação entre concorrentes (*Co-operation between competitors in the time of COVID-19*) (OECD, 2020a) e no qual examina, entre outras questões, situações nas quais a cooperação entre concorrentes pode ser considerada legal ou pró-competitiva, bem como discute os principais desafios que as autoridades da concorrência enfrentam na análise desses casos.

Dentre os pontos principais do primeiro documento, destacam-se diretrizes de ações para os governos, baseadas na aprendizagem obtida em crises econômicas pretéritas, no sentido de que o *enforcement* concorrencial contribui para a resiliência e a mais rápida retomada da economia. Assim, medidas estatais de suporte não devem deixar de levar em conta os princípios concorrenciais, e devem evitar o protecionismo e o fechamento de mercado.

Também foram abordadas ações específicas das autoridades antitrustes, destacando-se aquelas de orientação a governos e órgãos de Estado sobre a busca de soluções pró-competitivas na intervenção em mercados (portanto em reforço à advocacia da concorrência, na medida em que não apenas agentes privados podem agir em prejuízo da competitividade, mas também agentes públicos, ainda que bem intencionados), a monitoração de mercados inclusive para atuar em situações de preços abusivos (aumentos não justificados na racionalidade econômica), e a orientação aos agentes de mercado com informações e guias que possam permitir a realização de atos cooperativos para o enfrentamento da crise sempre em consonância com a legalidade concorrencial.

Ademais, o comunicado da OCDE apontou a necessidade da contínua análise dos atos de concentração que possam ter impacto nas estruturas de mercado, em particular quando relacionados a sociedades em crise, bem como o cuidado do uso mínimo de exceções de política pública, restritas a situações em que não há alternativas mais pró-competitivas.

Já o segundo documento, o comunicado específico referente à cooperação entre concorrentes

8 Para uma apresentação das medidas da autoridade concorrencial australiana ver: Sims (2020, p. 264-266).

tes em tempos de Covid-19, reforça que diferentes modalidades de colaboração podem existir, várias em conformidade com a lei, apontando referências de boas práticas já adotadas por alguns países, bem como de pronunciamentos de órgãos públicos com guias gerais sobre cooperação (tendo como norte, sempre, o bem estar do consumidor, e sendo ressalvada a duração limitada das colaborações). Dentre os desafios específicos enfrentados pelas autoridades antitruste, o comunicado aponta a necessidade da pronta emissão de orientações e da rápida tomada de decisões, bem como a determinação sobre a necessidade ou não de acordos de cooperação, e ainda, sobre o seu prazo, em consonância com objetivos de eficiência, em cotejo com os riscos respectivos ao mercado.

Aqui pode-se afirmar que as isenções setoriais, mas em grau maior uma ampla suspensão da análise concorrencial, mesmo que sujeita a restrições temporárias e a algumas condutas, geram riscos significativos. Um exemplo seria o comportamento oportunista de constituição de cartéis desnecessários do ponto de vista da crise ou acordos colaborativos necessários, mas que tenham uma ampliação de escopo e duração que gere efeitos anticompetitivos desnecessários.

Ainda, deve-se observar que pode haver uma persistência dos efeitos anticoncorrenciais dos atos que inicialmente se fazem necessários em função de mudanças futuras do contexto da pandemia.

### 3. A COOPERAÇÃO ENTRE CONCORRENTES E A NECESSIDADE DE NOVOS STANDARDS

Cabe, portanto, a reflexão acerca da capacidade de o Direito Concorrencial de lidar com questões como essa com as categoriais atualmente disponíveis. Afinal, a colaboração entre concorrentes é um dos mais complexos do Direito Concorrencial e a situação atual de pandemia pode servir para mostrar a insuficiência das categoriais tradicionais para lidar com a questão, em especial a mais utilizada nestes assuntos que é a divisão entre restrições concorrenciais puras (*naked restraints*) e restrições auxiliares (*ancillary restraints*).

A classificação entre *naked e ancillary restraints* remonta à opinião do Chief Justice Willian Howard Taft no caso *Addyston Pipe*<sup>9</sup> em 1899, mesmo que tenha ganhado maior notoriedade após a sua disseminação por Bork (1959), tanto que a sua versão atual pode ser creditada à opinião dele no caso *Rothery*<sup>10</sup>. Outro caso emblemático para este tema é de 1986, o caso *Dagher*<sup>11</sup>, em que foram diferenciadas as atividades contratuais e as extracontratuais, acrescentando-se mais complexidade à questão. Em linhas gerais, uma restrição *naked* tem por racionalidade e objetivo único a redução de rivalidade ou a exclusão de rivais, ou seja, o objetivo do acordo é puramente anticoncorrencial<sup>12</sup>. Já as restrições *ancillary* seriam aquelas anticompetitivas, mas que aparecem em um acordo que não

9 *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899)

10 A definição dada por Robert H. Bork é a seguinte: “*To be ancillary, and hence exempt from the per se rule, an agreement eliminating competition must be subordinate and collateral to a separate, legitimate transaction. The ancillary restraint is subordinate and collateral in the sense that it serves to make the main transaction more effective in accomplishing its purpose.*” (*Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, 224 (D.C. Cir. 1986)). Para uma análise do papel da questão na jurisprudência mais atual ver Werden (2007, p. 17-27).

11 *Texaco Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1, 7-8 (2006).

12 Para uma análise desta distinção no Direito Brasileiro ver Gaban e Domingues (2016, p. 195-198).

tem um objetivo principal que possa ser caracterizado como anticompetitivo, ou seja, são restrições auxiliares para um acordo que não é puramente anticoncorrencial.

Uma leitura superficial desses instrumentos poderia levar à conclusão de que os acordos necessários para o enfrentamento do COVID seriam classificados como *ancillary restraints* e, portanto, lícitos, ou como *naked*, portanto ilícitos. Mas referida classificação promove apenas uma estrutura inicial de análise, ao invés de uma resposta definitiva<sup>13</sup>, já que a caracterização de uma ou outra passa, necessariamente, pela regra da razão. Aliás, a complexidade da caracterização acaba por tornar a diferenciação pouco útil na redução da discricionariedade da decisão da autoridade concorrencial.

Aqui cabe uma observação: apesar das críticas aos conceitos de regra *per se* e regra da razão<sup>14</sup>, e das propostas de revisão<sup>15</sup>, a classificação para fins deste estudo é relevante. A diferença entre o uso da regra da razão e da regra *per se* diz respeito à necessidade de informação necessária para a comprovação de uma prática anticoncorrencial. A regra *per se* é definida por Hovenkamp (2005) como composta de dois conceitos: a ilegalidade independe da existência de poder de mercado ou da estrutura do mercado e estão vedadas as apresentações de algumas defesas ou justificações para a conduta ou ato de concentração.

A seu turno, a regra da razão se caracteriza pela necessidade de se analisar tanto a estrutura dos mercados relevantes quanto pela possibilidade ampla de apresentação de justificativas e defesas, em especial aquelas baseadas em eficiência. Dentre as críticas à regra da razão, destaca-se a sua complexidade e a possibilidade de discricionariedade na sua aplicação<sup>16</sup>. Poder-se-ia afirmar que as restrições *naked* estariam sujeitas à regra *per se*, e as *ancillary* à regra da razão, todavia em realidade ambas estão sujeitas à regra da razão. Isto porque para que se compreenda a função da restrição é necessário que se conheça o processo cooperativo. Assim, ambas as classificações não são suficientes para dar a previsibilidade e objetividade necessárias para a análise da colaboração entre concorrentes na pandemia.

Afinal, em um acordo entre concorrentes no contexto da pandemia os efeitos futuros potenciais podem ser significativos, mesmo que a restrição à concorrência seja um mero efeito colateral do acordo. É verdade que em alguns assuntos como pesquisa e desenvolvimento bem como em alguns

13 Nesse sentido afirma Hovenkamp (2018, p. 140): “The ancillary restraints doctrine is not a comprehensive method for applying the rule of reason, but rather an early stage decision about which mode of analysis should be applied”.

14 A centralidade da regra da razão no Direito Concorrencial é bem traduzida por Carrier (2009, p. 827): “One of the most amorphous rules in antitrust is the rule of reason. One of the most important rules in antitrust is the rule of reason. One of the most misunderstood rules in antitrust is the rule of reason”.

15 Por exemplo a necessidade de reestruturação da regra da razão no âmbito dos mercados digitais, nesse sentido ver Schrepel (2017, p. 103-131).

16 Nesse sentido: “The new economic wisdom would obliterate the Roberts and Rehnquist Courts’ dated and empirically weak Chicago School social policies, without necessarily improving the rule of reason’s accuracy and administrability or yielding greater consistency, objectivity, or transparency. Consequently, this Part offers three suggestions for reorienting antitrust’s legal standards toward rule-of-law ideals. First, the Court should refrain from announcing new competition policies based on its perception of “modern” economic theory, and instead return to the Sherman Act’s legislative aims. Second, the Court should endeavor to cast more intelligible standards that are consistent with these legislative aims. Third, to assist the Court toward that end, the U.S. competition authorities should step up and undertake more empirical analyses to better comprehend how markets operate and evolve.” (STUCKE, 2009, p. 1480).

tipos específicos de acordos já existe jurisprudência no sentido da sua licitude<sup>17</sup>.

Por outro lado, no contexto atual questões como o compartilhamento de informações no contexto da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) e um eventual prolongamento da crise o nível bastante elevado de incerteza permite afirmar que em ambientes com menor rivalidade podem haver efeitos indesejados tanto de uma *naked* quanto de uma *ancillary restraint*.

Ainda, com a sinalização de autoridades concorrenciais no sentido de respostas mais rápidas que o usual, a utilização de um nível elevado de regra da razão pode tornar-se inviável. Nesse sentido, o período de pandemia pode ser relevante para pensar em *standards* que capturem de forma mais precisa as nuances necessárias para uma decisão adequada, em especial os efeitos da transmissão de informação entre os concorrentes em um cenário de incerteza, mas buscando-se a manutenção de um nível adequado de rivalidade e o atendimento das necessidades de enfrentamento da pandemia.

Para reduzir esse espaço e aumentar a previsibilidade dentre as propostas existentes poder-se-ia afastar a diferenciação entre *naked* e *ancillary restraints* e se concentrar em pontos centrais dos acordos entre competidores que têm como consequência muito provável efeitos anticompetitivos ou não. Afinal, a exigência de produção probatória e complexidade adicional somente são racionais quando capazes de produzir decisões melhores. Assim, quando se está diante de uma restrição que tem alta probabilidade de produção de efeitos anticompetitivos, a aplicação da regra *per se* é justificável, como também quando se está diante de uma conduta com baixa probabilidade de produção destes efeitos, a legalidade é a regra.

Esta abordagem inclusive é adotada por autoridades antitruste, por exemplo, por meio da Resolução nº 17 de 18 de outubro de 2016 do CADE. Ao tratar da notificação de contratos associativos, nos termos do inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), a Resolução entende que apenas os contratos com prazo superior a 2 anos devem ser notificados, sem que se tenha que tratar da definição de *ancillary* ou *naked*. Assim, a partir de um fator relevante, neste caso, a duração do contrato, se definiu um modo de análise com a indicação de um *standard* capaz de gerar previsibilidade. Ao afastar a necessidade de notificação do contrato, o questionamento e a reprovação tornam-se muito pouco prováveis, salvo em situações excepcionais. Assim, está a se adotar um *standard* de legalidade.

Em um dos julgamentos já realizados no âmbito da pandemia (BRASIL, 2020e), quando o CADE analisou o movimento Nós (JUNTOS..., 2020), uma iniciativa conjunta entre oito das principais com-

17 Os acordos entre competidores para pesquisa e desenvolvimento usualmente não enfrentam resistência, por exemplo nos EUA o *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (FEDERAL, 2000) menciona as chamadas *safety zones* (espaços seguros) que são situações em que a colaboração é encorajada pelas autoridades concorrenciais, já que são usualmente pró-competitivas e geram eficiências. Dentre estes espaços seguros tem-se um para a Pesquisa e Desenvolvimento no âmbito de mercados de inovação (*Research and Development Competition Analyzed in Terms of Innovation Markets*). Para uma análise deste tema na jurisprudência norte-americana ver Piraino Jr. (2008, p. 735-808). Na jurisprudência do CADE existe uma tendência de aprovação de *joint ventures*, por exemplo no período de 2002 a 2010 não houve nenhuma reprovação de *joint venture* pelo CADE como apontam Avellar, Teixeira e Paulla (2012). Ainda, no âmbito dos acordos específicos tidos como lícitos pode-se mencionar a posição do CADE constante da sua Súmula nº 04 de 09/12/2009, que afirma ser lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de *joint venture*, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação.

panhias de bebidas e alimentos do país (Ambev, Aurora, BRF, Coca-Cola, Aurora, Heineken, Mondelez, Nestle e Pepsico) para auxiliar os pequenos varejistas, ou seja, os seus Pontos de Vendas (PDVs)<sup>18</sup>, o CADE, através do Despacho nº 99/2000 da Presidência (BRASIL, 2020c) conclui no sentido de que a atuação conjunta não revelava, tal como apresentado pelas requerentes por meio do exercício do seu direito de petição, indício de conduta anticompetitiva.

Sem embargo, ressaltou-se que essa constatação não representava imunidade ou isenção antitruste, e que o CADE poderia rever sua posição a qualquer momento, bem como ao fim da operação as empresas deveriam apresentar relatório circunstanciado da execução do acordo de colaboração. Ainda, cabe destacar que em voto vista a Conselheira Paula Farani mencionou a necessidade de que as políticas comerciais diferenciadas e garantias de estoque e de giro deveriam ser excluídas do processo cooperativo, uma vez que relativas à estratégia concorrencial sensível de cada empresa<sup>19</sup>.

Apesar de este ponto não ter sido objeto de concordância da maioria do CADE, pode-se destacar a preocupação com efeitos anticompetitivos de um acordo que guarda pertinência com a situação de epidemia. Este caso ilustra a complexidade da diferença entre *naked* e *ancillary restraints*. A política de tratamento especial a pequenos varejistas é parte integrante do processo cooperativo que não tem finalidade anticompetitiva por si só, mas na visão do voto vista apresentado, seria importante restringir o processo cooperativo, mesmo que não se trate de uma *naked restraint*.

O CADE, na Nota Informativa emitida acerca do COVID-19 (BRASIL, 2020d, p. 3-6), ressaltou a partir da sua própria jurisprudência que os fatores a serem levados em conta para a análise das colaborações são: a) escopo; b) duração; c) território; d) governança, transparência e boa-fé. Aqui o que se observa é que o CADE indicou os tópicos que serão as principais balizas de análise, mas não avançou de forma a definir *standards* claros de análise que empiricamente poderiam ser identificados como geradores de ineficiências ou eficiências. Por exemplo, um fator que pode ser destacado como relevante (e que, apesar de ser enquadrável na categoria governança, transparência e boa-fé, não foi objeto de menção expressa na referida Nota Informativa) é a possibilidade de participação ou não de outros competidores interessados na cooperação. A existência de acordo para procedimentos cooperativos emergenciais com cláusulas que levem à exclusão de rivais é problemática, na medida em que o acordo pode gerar o aumento de barreiras à entrada ou fechamento do mercado. A matéria da exclusão de rivais já é objeto de preocupação das autoridades concorrenciais em searas como as

18 Conforme constam dos documentos tornados públicos que integram os autos do processo administrativo, a cooperação consistiu em ação de coalizão para alcance de 300.000 pontos de venda, com oferecimento de incentivos para a retomada das atividades, pela entrega de kits de saúde, campanhas digitais locais e via website, mantidas as condições comerciais de forma individualizada, e providenciada a elaboração de relatórios (i) das medidas adotadas para desenvolvimento dos cuidados antitruste, inclusive de não compartilhamento de informações sensíveis, bem como (ii) sobre as atividades do projeto, com descrição sobre atividades e decisões tomadas, de acordo com as reuniões do seu comitê de gestão, bem como subcomitês e outras frentes de trabalho, desde o início e até o seu encerramento.

19 O voto-vogal, apontando que não foi comprovada a imprescindibilidade da atuação conjunta para que as ações de auxílio aos pequenos varejistas pudessem ser implementadas, ressaltou que o movimento “Nós” poderia atenuar uma variável competitiva relevante no contexto da pandemia, ao determinar o estabelecimento indiscriminado das políticas mencionadas pelas participantes. Por tal razão, sugeriu que a adoção da política fosse retirada do escopo de atuação do movimento, bem como que fossem tomadas medidas com o intuito de neutralizar riscos relacionados ao fechamento de mercado por meio da criação ou incremento de situações de fidelidade e/ou exclusividade dos PDVs em relação às distribuidoras, por exemplo, pela garantia de liberdade de direito e de fato dos PDVs em contratar com outras distribuidoras, a despeito do recebimento dos benefícios mencionados.

restrições verticais<sup>20</sup>.

A Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), embora tenha buscado tratar de algumas indagações de natureza concorrencial, tampouco trouxe parâmetros para lidar com vários dos desafios apontados acima.

#### 4. A LEGISLAÇÃO EMERGENCIAL PARA O ENFRENTAMENTO DA COVID-19

Conforme previsto no artigo 14 da Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), ficam sem eficácia, desde 20/02/2020 e até 30/10/2020 ou enquanto durar o estado de calamidade pública (em princípio até 31/12/2020, conforme o Decreto-legislativo nº 06 (BRASIL, 2020a), a aplicação dos incisos XV e XVII do § 3º do art. 36, bem como do inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

Um primeiro comentário quanto à referida previsão diz respeito à dificuldade que os agentes econômicos, e a própria autoridade concorrencial, enfrentarão com relação ao seu aspecto temporal. Isto porque não se sabe ao certo a duração dos efeitos tanto da pandemia quanto das medidas tomadas para o seu enfrentamento ou minimização dos seus prejuízos.

Ainda que o estado de calamidade pública se encerre em data certa, isto não quer dizer que os efeitos econômicos da pandemia, ou das ações tomadas em decorrência dela, cessarão na mesma data. Na verdade, certamente não cessarão. Embora a data da previsão legal seja um marco referencial que vinculará intérpretes e julgadores quanto às previsões feitas na legislação, não nos parece possível supor que, necessariamente, tão logo encerrado o estado de calamidade, os problemas se encerrarão.

Considerando esta premissa, deve-se de início ponderar que o artigo 14 estabelece um regime especial a ser aplicado durante o estado de calamidade, mas que, a despeito de sua previsão, durante referido período de calamidade ou a qualquer momento depois de seu encerramento, o agente econômico submetido aos efeitos da pandemia poderá se valer dos mecanismos já existentes na legislação geral de defesa da concorrência para se orientar e justificar qualquer ação tomada.

Em outras palavras, ainda que haja um regime especial previsto na Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), ele não impede o acesso às regras ordinárias da regulação concorrencial brasileira. Portanto, ainda que o regime emergencial se extinga, os agentes econômicos poderão continuar se valendo das regras gerais e mecanismos já existentes na Lei 12.529/2011, a qual, mesmo não dispendo expressamente sobre uma situação de pandemia, estabelece caminhos de atuação também em crises (BRASIL, 2011).

Com relação ao regime especificamente previsto na Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), as previsões se referem tanto à atuação repressiva quanto preventiva do CADE. Isto porque dispõem tanto sobre o controle de condutas, tendo sido apontadas duas para as quais o legislador indicou alguma tolerância, em razão da referência feita ao artigo 36 da LDC, quanto sobre o controle de estruturas, em virtude da referência ao artigo 90 da mesma lei.

Quanto às condutas, houve expressa menção aos incisos XV e XVII do artigo 36 da Lei

20 Para uma análise da relevância das práticas exclusionárias no Direito Concorrencial ver Baker (2013). Para uma análise nos âmbitos restrições verticais e a partir da cláusula de exclusividade ver Forgioni (2007, p. 158-181).

12.529/2011, para excluir sua aplicação durante a permanência do estado de calamidade. Tal previsão nos parece desnecessária, na medida em que os próprios dispositivos, vale dizer, o inciso XV, específico sobre a prática de preços predatórios (isto é, a venda de mercadorias ou prestação de serviços abaixo do preço de custo) e o XVII, que trata da cessação parcial ou total das atividades da empresa, ressalvam em sua redações que a prática não será ilícita *mediante justificativa* (BRASIL, 2011).

Ora, se há justificativa econômica para tais as práticas apontadas nos dispositivos, eles não configuram infração, com ou sem pandemia. A *contrario sensu*, pode parecer estranha sua exclusão expressa, pois algum intérprete mais açodado poderia seguir o entendimento de que durante o estado de calamidade tais práticas seriam possíveis, independente de justificativa, o que não parece ser o caso.

Cabe lembrar que a relação de condutas tipificadas no §3º do artigo 36 da LDC é meramente exemplificativa, conforme consignado no mesmo dispositivo. Ou seja, eventual conduta (independentemente de culpa e ainda que não alcançados os efeitos esperados) que tenha por objeto ou possa produzir a limitação ou falseamento da livre concorrência, ou de qualquer forma prejudicá-la ou a livre iniciativa, bem como gerar a dominação de mercado relevante de bens ou serviços, o aumento arbitrário de lucros, ou se caracterize como exercício abusivo de posição dominante, configurará hipótese de infração. A suspensão dos incisos XV e XVII mencionados parece, portanto, ineficaz.

Já com relação ao controle de estruturas, a Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b) se refere ao inciso IV do art. 90, referente à celebração de contratos associativos, consórcios ou *joint ventures*, para prever a possibilidade de sua celebração independentemente de submissão ou aprovação prévia pelo CADE.

A menção parece oportuna no sentido de, diante do patente estado de crise econômica, permitir atos de parceria, reorganização ou recomposição organizacional e operacional que viabilizem a sobrevivência de agentes econômicos (que, de outra forma, não resistiriam às intempéries do momento), principalmente em setores mais sensíveis — a exemplo do segmento de transporte aéreo de passageiros, em que as companhias têm ampliado o uso de instrumentos colaborativos, como o *code share*, como medida de resiliência.

A respeito do controle de estruturas, quando atingido os gatilhos previstos no artigo 88 da LDC, a regra geral é de análise prévia, nos termos do seu §2º. Independente da regra geral, ou mesmo do regime especial previsto na Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), cabe lembrar que o §1º do artigo 59 (que deve ser lido também em conjunto com o artigo 114 do Regimento Interno do CADE) (BRASIL, 2020f) prevê que em circunstâncias excepcionais o Tribunal pode autorizar precária e liminarmente operações antes do trânsito em julgado.

Portanto, já era possível aos agentes, em casos justificados, recorrer ao expediente da autorização precária. E também, sempre possível ao CADE, mesmo em casos que não se enquadrem nas hipóteses de notificação de um ato de concentração, requerer proativamente a submissão de qualquer ato de concentração no prazo de até um ano a contar da respectiva data de consumação, conforme o § 7º do artigo 88.

Por tais razões, é possível inclusive questionar a necessidade da instituição de um regime especial. Porém, diante das muitas (re)negociações que agentes econômicos talvez tenham que rea-

lizar, a menção de que o inciso IV do artigo 90 fica com eficácia suspensa pode de fato contribuir para aumentar a segurança jurídica dos agentes, que de outra forma talvez se veriam obrigados a realizar sucessivas submissões ao CADE.

Por outro lado, a ideia de permissão legal para ajustes de estrutura de mercado independente de qualquer autorização do órgão de controle talvez peque por excesso (FRAZÃO, 2020), ao suspender amplamente a consulta prévia em qualquer hipótese do inciso IV do artigo 90, sem atentar para diferentes situações que podem existir de fato. Pode, assim, haver alguma brecha para oportunismo, pela possível indicação de flexibilização da legislação antitruste. Daí a importância do § 2º na interpretação e orientação de ações, tanto pelos agentes econômicos, quanto pela autoridade concorrencial sobre o qual se tratará em seguida.

A previsão legal que se refere a contratos associativos, consórcios ou joint ventures tem relação com a teoria de *failing firm*, na experiência brasileira ainda não aplicada isoladamente em nenhum processo, mas que provavelmente será bastante invocada em casos futuros. A teoria autoriza alguma tolerância no exame de atos de concentração de estruturas para permitir a permanência na atuação de um agente econômico que apresenta grande possibilidade de saída do mercado, desde que essa saída concorrencialmente configure um problema à coletividade (esta a titular da proteção antitruste, conforme o parágrafo único do artigo 1º da Lei 12.529/11) (BRASIL, 2011).

Em outras palavras, a *failing firm theory* reduz a rigidez na aplicação do Direito concorrencial, ao favorecer o princípio da preservação da empresa, na medida em que permite à autoridade antitruste fundamentar a excepcional autorização de concentrações na estrutura de mercado que normalmente não seriam aprovadas. A teoria foi desenvolvida nos EUA, reconhecida pela Suprema Corte norte-americana pela primeira vez no caso *International Shoe Co. v. FTC*<sup>21</sup>. Lá, para sua aplicação, de acordo com o guia de concentrações horizontais emitido conjuntamente pelas autoridades antitruste norte-americanas (DOJ, 2010) a sociedade que a invoca deve demonstrar: (i) que não tem mais condições de cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo; (ii) que não conseguiria se reorganizar de acordo com as previsões legais de tratamento de sociedades em estado de crise (o *Chapter 11* da Lei de Falências norte-americana) (DOJ, 2010); (iii) que buscou soluções alternativas, além da concentração, sem sucesso. Se a alternativa à concentração for enfrentar a falência, com a retirada da empresa e seus ativos do mercado, há condições para fundamentar a eficiência econômica, e portanto, aplicação, da *failing firm theory* (HOVENKAMP, 2005).

Importante ressaltar que o Direito da Concorrência não foi formulado para proteger os concorrentes, embora possa eventualmente beneficiá-los, na medida em que a tutela da coletividade coincida com seus interesses particulares. Por isto, a *failing firm theory* só poderá ser adotada quando a racionalidade econômica apontar para vantagem à coletividade.

Há alguns setores particularmente afetados com a pandemia, como por exemplo, os de turismo e viagens, e também o de educação. As instituições de ensino já apontaram grave comprometimento de suas receitas, após o início das regras de isolamento social, havendo inclusive pedidos

21 Sobre a teoria e sua recepção no Brasil, ver Gonçalves e Queiroz (2019).

de recuperação judicial<sup>22</sup>. Elas enfrentam queda nos pagamentos, motivada não apenas pelo desinteresse dos alunos pela manutenção dos contratos (até mesmo em decorrência da inviabilidade da continuidade dos serviços educacionais por certas instituições e para certos grupos), mas também por perda de capacidade de cumprimento das obrigações pelos próprios consumidores.

Além disto, há projetos de lei em âmbito nacional e também leis já aprovadas (em âmbito estadual, cuja constitucionalidade por vezes tem sido contestada) impondo moratórias e descontos generalizados, que podem agravar os desafios financeiros. A expectativa é que a consolidação neste setor aumente<sup>23</sup>, porque várias instituições devem simplesmente encerrar suas atividades.

Neste cenário, parece haver espaço para possível revisitação dos requisitos da teoria da *failing firm*, a qual embora seja controversa já foi adotada na experiência de outros países. Há natural preocupação com o risco de abuso na invocação desta tese, mas talvez elementos da teoria possam ser úteis. Normalmente, a parte interessada deve comprovar que está em situação de incapacidade de cumprir com suas obrigações financeiras no curto prazo, que a alternativa da venda de ativos não está disponível (por exemplo, pela ausência de comprador<sup>24</sup>), e que a empresa está em vias de saída do mercado. O Brasil exige, também, que a saída do mercado leve à redução de oferta, em prejuízo aos consumidores.

A análise da teoria vai se colocar entre a medida da prudência e da urgência. Se de um lado os critérios devem ser rigorosamente aplicados para evitar abusos, de outro, por análise contrafactual, talvez a negativa da aplicação da teoria leve, de igual maneira, à concentração do mercado na mesma proporção, ou pior, que o ato de concentração levaria.

Além do controle estrito de estruturas, interessante observar que a suspensão do inciso IV do artigo 90 poderá ser eventualmente invocada não apenas para defesa da celebração de contratos associativos que claramente se caracterizem como atos de concentração. Isto é, talvez também a suspensão possa ser aplicada em hipóteses de ajustes entre concorrentes em que não há propriamente uma concentração, mas parceria para o desenvolvimento de atividades em parceria que possam oferecer resposta aos problemas mais urgentes para a sociedade brasileira, por exemplo, no enfrentamento da crise sanitária ou no atendimento da demanda em serviços essenciais à população.

Isto porque a lei brasileira, da forma que redigida, permite que arranjos de parceria possam ser analisados sempre como atos de concentração, independente do nome a eles dado. Um mesmo ato de cooperação pode se situar em zona cinzenta, e ser classificado como conduta ou ato de concentração, submetendo-se, em decorrência, a disciplinas diferentes na legislação. Esta é uma dúvida com a qual tanto os agentes econômicos quanto o CADE poderão ter que lidar, e eventualmente bus-

22 Um caso que chamou a atenção do mercado foi o da Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro, que com R\$ 400 milhões em dívidas, inadimplência em 25% e recuo no faturamento em 30% em Março de 2020, ajuizou pedido de recuperação judicial. Por não ser sociedade empresária, o caso colocou em pauta discussão sobre a viabilidade de uso dos instrumentos da Lei 11.101/2005 (BRASIL, 2005) por outros tipos de pessoas jurídicas, mas esta é uma discussão que foge ao escopo deste trabalho.

23 Sobre o tema cf. Cavalcanti e Sorima Neto, (2020).

24 Precedente interessante, embora em outro contexto, é o caso Disney / Fox, em que o ato de concentração foi autorizado, mesmo com a impossibilidade da venda ativos, tal como previsto inicialmente no acordo de ato de concentração, sendo, então, substituído o remédio estrutural por outro comportamental.

car soluções não pré-estabelecidas no ordenamento.

O CADE, por exemplo, julgou em sessão extraordinária ocorrida em 28/05/2020 um acordo apresentado sob o fundamento do direito de petição. Concorrentes das áreas de alimentos e bebidas apresentaram um plano de atuação conjunta celebrado com o objetivo de minimizar os efeitos da crise junto às suas redes de distribuidores. Embora não tenham apresentado o plano como um contrato associativo, as partes interessadas agiram no intuito de demonstrar boa-fé e transparência em suas ações.

O CADE, na oportunidade, ofereceu algumas sinalizações importantes ao mercado, esclarecendo que não serão tolerados acordos sobre combinação de preços, condições de venda, ou que envolvam a troca de informações concorrencialmente sensíveis.

No caso específico, talvez um exemplo de solução não claramente pré-estabelecida na LDC, o Tribunal do CADE homologou despacho da Presidência, que seguiu-se a despacho da Superintendência-Geral da autarquia, e que concluiu que havia justificativa econômica plausível para o acordo, com previsão para vigorar por prazo determinado (até 31/10/2020), podendo ser prorrogado dependendo do cenário futuro. O CADE entendeu que as partes adotaram protocolos de prevenção de riscos concorrenciais, não havendo inicialmente indícios de tentativa de realização de prática anticompetitiva, mas ressaltando que a medida não constitui imunidade antitruste, de modo que caso observadas irregularidades no seu curso, ou práticas potencialmente lesivas à concorrência, possíveis medidas sejam tomadas.

Neste contexto, parece-nos oportuna a previsão contida no §1º de referido artigo 14 da Lei emergencial, no sentido de que qualquer apreciação por órgão competente (portanto, o Cade ou também o Judiciário) a partir de 20 de março de 2020 deverá considerar as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia.

A previsão permite que agentes econômicos possam cooperar entre si com vistas ao atendimento das necessidades da escassez de serviços e produtos, evitando o grande risco de desabastecimento. Mas essa apreciação deve manter coerência com o sistema de defesa da concorrência, preservando análises de eficiência econômica, ainda que sensível às adversidades.

As alterações legais não devem ser interpretadas como isenção legal ao Direito antitruste, de modo a permitir condutas despreocupadas com as consequências concorrenciais, mas sim que o intérprete deve considerar as circunstâncias especiais sob as quais estamos vivendo. Justamente nesse espírito foi incluído um §2º ao texto original do projeto de lei, para validar a avaliação de necessidade e legitimidade dos atos ao combate ou à mitigação das consequências decorrentes da pandemia do novo coronavírus.

Sem embargo, o que faltou na Lei 14.010/2020 foi a apresentação de parâmetros que oferecessem mais previsibilidade aos agentes econômicos, principalmente que permitissem saber em quais situações, exatamente, as operações associativas podem ser admitidas. Até sua aprovação, todas as notificações prévias continuaram necessárias, sempre que um ato de concentração se enquadrasse nas situações gatilho da LDC.

A partir da vigência do regime temporário da pandemia e até 30/10/2020 ou enquanto durar o estado de calamidade, as notificações ficam suspensas desde que relativas a operações que supor-

tem enfrentamento do coronavírus. Mas esta previsão é vaga e exige interpretação. O que se entende, afinal, como acordos necessários ao combate ou à mitigação das consequências decorrentes da pandemia do coronavírus?

Agentes econômicos que atuam em quaisquer setores da economia ficam autorizados a invocar o dispositivo legal ou apenas a determinados setores diretamente impactados? Um exemplo fácil é a cooperação entre laboratórios farmacêuticos para o desenvolvimento de uma vacina, todavia, e quanto a outros segmentos? Por ora, a exigência de conduta mais conservadora imporá aos agentes seguir notificando previamente o CADE antes de qualquer ato que concretize cooperação, sob pena de caracterização de *gun jumping*, sujeito às penalidades legais.

Além disto, o CADE acabará estabelecendo, seja por via de protocolos ou guias de orientação gerais, ou ainda, seja pela indicação de critérios nos processos pontuais decididos pelo Tribunal, parâmetros mais objetivos que possam aumentar a segurança jurídica dos agentes, e contribuir mais efetivamente para possíveis ações de cooperação benéficas para toda a sociedade. As medidas de orientação são esperadas e salutares.

Um desafio que deve ser levado em conta é que, em função da arquitetura jurídica brasileira, o CADE tem em sede administrativa a palavra final em matéria concorrencial. E, ao mesmo tempo em que deve cumprir sua função institucional com o objetivo específico de zelar pelo bem estar dos consumidores, pode se ver diante de impasses em situações em que claramente outros objetivos importantes se revelam.

A aplicação estrita da regra da razão, por si só, já é um desafio, na medida em que depende de análise de efeitos concorrenciais e anticoncorrenciais, portanto exigem prudência mas também atenção à urgência da análise. Mas, em cada caso concreto, além da ponderação entre estes interesses, estritamente econômicos e que integram suas atribuições, outros podem surgir, até mesmo fora da competência do CADE, o que pode levar à judicialização das questões.

## CONCLUSÃO

As condições excepcionais necessárias para o enfrentamento da Covid-19 e suas consequências econômicas e sociais não podem ser invocadas para permitir ou incentivar práticas oportunistas de mercado. Na seara concorrencial, esse oportunismo pode estar relacionado à celebração de processos cooperativos sob a justificativa de serem necessários ou socialmente relevantes, mas com a finalidade de redução da rivalidade e de forma a permitir o exercício coordenado e poder de mercado em ofensa a legislação concorrencial.

A pandemia aumenta os processos cooperativos que podem ser considerados aceitáveis e até mesmo desejáveis, mas não afasta outros que serão sempre ilegais, mesmo (ou sobretudo) em tempos de crise. Assim, a cooperação entre concorrentes para além das hipóteses de cartel representa um desafio significativo para o Direito Concorrencial. Afinal, as ações de cooperação praticadas entre concorrentes neste período de crise necessariamente terão que ser analisadas não apenas pelos efeitos concorrenciais positivos e negativos, mas também, por exemplo, com relação às reper-

cussões sanitárias para a sociedade<sup>25</sup>.

A necessidade de a avaliação pela autoridade concorrencial levar em conta outras variáveis que não apenas oferta e preço, aliás, se conecta com o controverso tema dos limites e objetivos do Direito da Concorrência, tema este que por si só já renderia outro artigo. O âmbito de discricionariedade e de imprevisibilidade pode ficar mais amplo neste cenário, já que, como apontado, as classificações entre *naked* e *ancillary restraints* e a própria diferenciação entre a regra da razão e a regra *per se* não são suficientes a dar a previsibilidade e a objetividade desejada ao tema da cooperação entre concorrentes.

Assim, esse período talvez possa ser aproveitado para se produzir critérios e *standards* mais precisos que vão além dos atualmente disponíveis e que permitam que o Direito Concorrencial aperfeiçoe suas categorias e instrumentais e qualidade da defesa da concorrência no país.

Quanto maior o fundamento empírico, melhor funcionará o critério. Não se trata necessariamente de uma novidade, já que o CADE, por exemplo na Resolução nº 17/2016, já fez uso do tempo de duração do contrato como critério objetivo adequado, definindo que processos cooperativos com prazos inferiores a 2 anos não são suscetíveis de notificação prévia.

Os novos critérios podem ser derivados dos quatro pontos já delineados na estrutura trazida pela Nota Informativa produzida pelo CADE (BRASIL, 2020d). Dos elementos objetivos de transparência e governança, a título de ilustração, pode-se extrair a impossibilidade de exclusão de rivais em acordos de cooperação. Neste sentido, a definição de fatores cruciais para análise concorrencial e orientação do mercado pode ser um legado positivo deste período, com superação das dificuldades com as classificações tradicionais relativas às *ancillary* e às *naked restraints*, e da própria regra da razão e da regra *per se*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CO-OPERATION on funding to aid smaller lenders during COVID-19. **Australian Competition & Consumer Commission**, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3lPiCBL>. Acesso em: 12 nov. 2020.

AVELLAR, Ana Paula; TEIXEIRA, Henrique de Andrade; PAULLA, Germano Mendes de. Joint Ventures e a Política Antitruste Brasileira. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 463-486, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/36ryMdX>. Acesso em 12 nov 2020.

BAKER, Jonathan B. Exclusion as a core competition concern. **Antitrust Law Journal**, Reeding, v. 78, n. 3, p. 527-589, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/32yNPkQ>. Acesso em 12 nov 2020.

BORK, Robert H. Ancillary Restraints and the Sherman Act. **Section of Antitrust Law**, Chicago, v. 15, p. 211-234, 1959. Disponível em: <https://bit.ly/32zrQKr>. Acesso em 12 nov 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República,

25 Nesse sentido: “Competition works well in making supply chains efficient, by driving down costs. This looks good during ordinary times, until a major shock to the economy, like the current pandemic, exposes the system’s fragility in some markets. For example, competition, in squeezing out costs, discourages (rather than promotes) hospitals from having enough ventilators and protective masks for a pandemic. Consequently, some forms of inefficiency (or redundancy) are needed, such as more ventilators, more beds, and more doctors.” (STUCKE; EZRACHI, 2020, p. 314).

1988. Disponível em: <https://bit.ly/2JEWHiA>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Presidência da República, 1943. Disponível em: <https://bit.ly/2UwuLiN>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 06, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília: Senado Federal, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3kDRiF1>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1973. Disponível em: <https://bit.ly/3f2ELKb>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília: Presidência da República, 1976. Disponível em: <https://bit.ly/3nsE3J5>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: <https://bit.ly/2Ms7GK0>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/355jPyz>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Presidência da República, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2Uwt453>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/35BthtN>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lDzWcN>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília: Senado Federal, 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/3feLelm>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.002315/1999-50**. Data de Registro: 26 dez. 2000.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 8012.004117/1999-67**. Interessados: Bolsa Brasileira de Alcool Ltda, COCAL- Comércio e Indústria Canaã Açúcar e Alcool Ltda, Carlos Francisco de Magalhães, Patrícia Pitaluga Peret. Relator: Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, 1999. Disponível em: <https://bit.ly/38SbYXI>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho da Presidência nº 99/2020**. Processo nº 08700.002395/2020-51. 2020c. Disponível em: <https://bit.ly/36GMPMR>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota Informativa Temporária sobre Colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise de COVID-19**. Brasília: Cade, 2020d. Disponível em: <https://bit.ly/3puloNV>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.002395/2020-51**. Data de Julgamento: 28 de maio de 2020. Relator: Presidente Alexandre Barreto de Souza, 2020e. Disponível em: <https://bit.ly/36GMPMR>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento interno do CADE**. Brasília: CADE, 2020f. Disponível em: <https://bit.ly/3kYtVXB>. Acesso em: 12 nov. 2020..

CARRIER, Michael A. The Rule of Reason: an empirical update for the 21st Century. **George Mason Law Review**, Fairfax, v. 16, n. 4, p. 827-837, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/36vrW7i>. Acesso em 12 nov 2020.

CAVALCANTI, Glauce; SORIMA NETO, João. Com aumento da inadimplência e perda de alunos, universidades devem ter nova onda de fusões e aquisições. **O Globo**, São Paulo, 7 jun. 2020. Disponível em: <https://glo.bo/3pBhwMb>. Acesso em: 12 nov. 2020.

COVID-19: Application of competition rules and competition enforcement in crisis. **Icelandic Competition Authority**, 22 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3f2wea6>. Acesso em: 12 nov. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. **Communication from the Commission**. Bruxelas: European Commission, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kBspd5>. Acesso em: 12 nov. 2020.

DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ). **Joint Antitrust Statement Regarding Covid-19**. Washington, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3lCKQiS>. Acesso em: 12 nov. 2020.

DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ). **Horizontal Merger Guidelines**. Washington, 19 ago. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3kD4av9>. Acesso em: 12 nov. 2020.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Antitrust guidelines for collaborations among competitors**. Washington: Federal Trade Commission, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3eUjzKH>. Acesso em: 12 nov 2020.

FORGIONI, Paula. **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FORSKRIFT om midlertidig unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid i transportsektoren. **Regjeringen**, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/35AVroK>. Acesso em: 12 nov. 2020.

FOX, Eleanor. Developing countries, markets, and the coronavirus: two challenges. **Journal of Antitrust Enforcement**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 276-279, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3njqRGs>. Acesso em: 12 nov. 2020.

FRAZÃO, Ana. Impactos da Covid-19 sobre o Direito Antitruste: Breves reflexões sobre as soluções propostas pelo Projeto de Lei 1.179/2020. **Jota**, São Paulo, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2IsKgFQ>. Acesso em: 12 nov. 2020.

FRAZÃO, Ana. Um Direito Antitruste para o século XXI. **Jota**, São Paulo, 16 set. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/35BAOco>. Acesso em: 12 nov. 2020.

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

GONÇALVES, Everton das Neves; QUEIROZ, Bruna Pamplona de. A aplicação da teoria da failing firm defense no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA, 8., 2019, Curitiba. **Anais [...]**. Curitiba: UniCuritiba, 2019. p. 1-27. Disponível em: <https://bit.ly/2Unu8rP>. Acesso em: 12 nov. 2020.

HOVENKAMP, Herbert J. The Rule of Reason. **Florida Law Review**, Flórida, v. 70, n. 1, p. 81-167, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/35oPFGP>. Acesso em: 12 nov. 2020.

HOVENKAMP, Herbert J. **Federal Antitrust Policy**: the law of competition and its practice.

ISLÂNDIA. **Decisão nº 9 de 2020**. Isenção para o Conselho de Turismo da Islândia devido à propagação do COVID-19. Reykjavík, 4 mar. 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/2Kik0Pr>. Acesso em: 12 nov. 2020.

ISLÂNDIA. **Decisão nº 12 de 2020**. Isenção para cooperação no domínio do turismo e do Conselho de Turismo da Islândia a fim de salvaguardar os interesses dos viajantes e fortalecer as bases da competitividade turismo. Reykjavík, 14 mar. 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/35CVDDW>. Acesso em: 12 nov. 2020.

JUNTOS pelo pequeno varejo no Brasil. **Movimento Nós**. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://movimentonos.com.br/>. Acesso em: 12 nov. 2020.

OECD. **Co-operation between competitors in the time of COVID-19**. Paris: OECD, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/2Uxfxdp>. Acesso em: 12 nov. 2020.

OECD. **COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities**. Paris: OECD, 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/3lExa6V>. Acesso em: 12 nov. 2020.

ORMOSI, Peter; STEPHAN, Andreas. The dangers of allowing greater coordination between competitors during the COVID-19 crisis. **Journal of Antitrust Enforcement**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 299-301, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2lvOVXy>. Acesso em: 12 nov 2020.

PIRAINO JR., Thomas A. The Antitrust Analysis of Joint Ventures after the Supreme Court's Dagher Decision. **Emory law Journal**, Druid Hills, v. 57, n. 4, p. 735-808, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3nj9hCg>. Acesso em: 12 nov 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: As Estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHREPEL, Thibault. A New Structured Rule of Reason Approach for High-Tech Markets. **Suffolk University Law Review**, Boston, v. 50, n. 1, p. 103-131, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3eR6jld>. Acesso em: 12 nov 2020.

SIMS, Rod. Competition law in times of crisis – tackling the COVID-19 challenge: Australian Competition and Consumer Commission. **Journal of Antitrust Enforcement**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 264-266, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/36y6LBk>. Acesso em: 12 nov 2020.

STUCKE, Maurice E.; EZRACHI, Ariel. COVID-19 and competition – aspiring for more than our old normality. **Journal of Antitrust Enforcement**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 313-315, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3koMXW9>. Acesso em: 12 nov 2020.

STUCKE, Maurice E. Does the Rule of Reason Violates the Rule of Law?. **U. C. Davis Law Review**, Davis, v. 42, n. 5, p. 1375-1490, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3puWNcX>. Acesso em: 12 nov 2020.

TRANSPORTATION sector is granted temporary exception from the Competition Act. **Konkurransetilsynet**, Bergen, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/36U5TqK>. Acesso em: 12 nov. 2020.

WERDEN, Gregory J. The Ancillary Restraints Doctrine after Dagher. **The Sedona Conference Journal**, Phoenix, v. 8, p. 17-27, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3eQMQS7>. Acesso em: 12 nov 2020.

WHAT MORE should antitrust be doing? **The Economist**, 6 ago. 2020. Disponível em: <https://econ.st/3f6KSNG>. Acesso em: 12 nov. 2020.

# 2

## A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS À LUZ DO DIREITO CONCORRENCIAL: PORTABILIDADE DE DADOS, INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E OPEN BANKING

*Data Protection at the Competition Law Perspective: data portability, essential facilities, and open banking*

Leandro Novais e Silva<sup>1</sup>

Carlos Mourão<sup>2</sup>

### RESUMO

A economia mundial está cada vez mais centrada em mercados digitais que, por sua vez, são fundamentalmente dependentes de dados. Tais mercados têm demonstrado tendências de concentração, o que traz questões concorrenciais à tona e suscita a indagação acerca da mera restrição de acesso a bases de dados enquanto ensejo de correção pela via concorrential. A parte inicial do estudo analisa a eventual aplicação da doutrina de infraestruturas essenciais e do instituto da portabilidade de dados nesse contexto, com objetivo de trazer à luz alguns dos principais conflitos envolvendo estes institutos enquanto remédios comportamentais. Em seguida, o estudo do caso da implementação do sistema de open banking no Reino Unido visa compreender as motivações e resultados iniciais de tal projeto, assim como identificar semelhanças com as alternativas expostas anteriormente. O presente estudo concluiu que a criação de sistemas interoperacionais parece promissora para combater distorções concorrenciais em mercados digitais, desde que ancorada em princípios de segurança de

1 Procurador do Banco Central do Brasil em Belo Horizonte. Possui mestrado (2002/2003) e doutorado (2004/2007) em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É também Professor Adjunto de Direito Econômico na FD/UFMG, vinculado ao Departamento de Direito Público (DIP). Foi professor da PUC/MINAS e do curso de especialização em Direito Econômico da Regulação Financeira promovido pela UNB/UNIBACEN. É ainda pesquisador associado do NECTAR - Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação (ITA). Desenvolve estudos na área de Direito Público, com enfoque na relação entre direito e economia (AED) e economia comportamental, além de pesquisas sobre o Direito da Regulação e o Direito Antitruste. Quanto aos dois últimos temas, aprofunda pesquisa sobre a interação entre a regulação e concorrência em setores regulados, com destaque para os mercados financeiro (com ênfase no mercado de cartão de crédito e FinTech) e aéreo (com ênfase em infraestrutura aeroportuária), e também sobre a interação entre propriedade intelectual e concorrência (tecnologias disruptivas e economia compartilhada). Coordena ainda o GEPP/UFMG - Grupo de Estudos em Políticas Públicas, enfatizando estudos sobre a nova economia institucional e sobre economia comportamental - geppufmg.com. E-mail: leandro-novais@uol.com.br.

2 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, certificado em New Ventures Leadership pelo Massachusetts Institute of Technology e pela University of Miami Law School. Kadu trabalhou sua formação com especial foco nas interseções entre Direito e Tecnologia, participando de cursos e eventos, assim como dedicando a maior parte de sua produção acadêmica a este tema. E-mail: kadurmourao@gmail.com.

dados e autonomia dos usuários.

**Palavras-chave:** dados pessoais; portabilidade de dados; infraestruturas essenciais; open banking.

## ABSTRACT

The global economy is becoming increasingly more centered in digital markets, those of which are fundamentally dependent on data. Those markets have shown an inclination to concentrate, what arises competition issues, and brings up the question of whether access to the data alone could cause the application of a competition remedy. This study analyses a possible application of the essential facilities doctrine and the data portability institute in this context, aiming to enlighten some of the main conflicts related to the implementation of these and other behavior remedies. Finally, the case study of the implementation of the open banking system in the UK aims to comprehend the motives and initial results of the British authorities' project, as well as similarities it may have with the alternatives exposed before. This paper concluded that the creation of interoperable systems seems promising to fight competition distortions in digital markets if guided by data security and user autonomy principles.

**Keywords:** data protection; data portability; essential facilities; open banking.

**Classificação JEL:** K21.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Mercados Digitais; 2.1 A estrutura de mercados digitais; 2.2 Dados enquanto à barreira de entrada; 2.3 A análise antitruste em mercados digitais; 3. O controle de condutas; 3.1 A doutrina de infraestruturas essenciais; 3.1.1 Os requisitos para utilização da doutrina de infraestruturas essenciais; 3.1.2 Implicações da aplicação da doutrina para compartilhamento de dados; 3.2 A portabilidade de dados no GDPR; 4. O caso do Open Banking no Reino Unido; 4.1 A investigação do mercado de bancos de varejo ingleses; 4.2 O projeto de open banking da Competition and Markets Authority; 4.3 Aprendizados da experiência de open banking; 5. Considerações finais; 6. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Com o avanço exponencial das tecnologias de armazenamento e processamento de dados, novos modelos de negócio ligados a essas capacidades têm ocupado papel cada vez mais central na economia. Este fenômeno, chamado *big data*, ainda que carente de definição estabilizada na literatura acadêmica, tem sido trabalhado na maioria dos estudos relacionados a ele como “a crescente capacidade tecnológica de capturar, agregar e processar um volume e variedade de dados nunca antes visto, com velocidade também sem precedentes” (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 16)<sup>3</sup>.

Os chamados mercados digitais, que possuem uma conexão íntima com esse avanço, apresentam economias de escala e de escopo significativas, uma vez que os seus custos marginais são próximos de zero. Além disso, a própria postura orientada a dados representa ganhos de eficiências consideráveis, o que possibilita uma maior diversificação nas suas carteiras de produtos (COMMITTEE, 2019).

<sup>3</sup> Traduzido livremente do original “the growing technological ability to capture, aggregate, and process an ever-greater volume, velocity, and variety of data”.

Grande parte dos serviços e produtos ofertados nos mercados digitais são de custo zero, o que dificulta a mensuração de eventuais falhas de mercado por parte das agências reguladoras da concorrência. Esse modelo de precificação é, em geral, associado ao estabelecimento de mercados de dois lados, em que um lado do mercado subsidia a prestação do serviço gratuito para o outro. Isso gera um obstáculo a mais para a identificação de problemas concorrenciais, uma vez que as autoridades antitruste tendem a levar em consideração apenas um dos lados do mercado em suas análises - notadamente o lado que paga pelo uso da plataforma (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 224).

Levando-se em conta que o acesso e o tratamento de extensas bases de dados pode ser considerados uma barreira à entrada em mercados digitais (LEHTIOKSA, 2018, p. 35), remédios comportamentais envolvendo a transmissão desses dados têm sido vistos como alternativas para esse cenário.

Um deles é a aplicação da doutrina de infraestruturas essenciais para grandes detentores de dados. O compartilhamento forçado de dados, entretanto, levanta uma série de questionamentos relacionados à dificuldade de eventual recusa a contratar preencher os requisitos para se enquadrar na doutrina, assim como às possíveis violações de privacidade advindas de tal compartilhamento (LAMBRECHT; TUCKER, 2015).

Outra alternativa considerada possível para o aumentar a competitividade de mercados digitais é a portabilidade de dados trazida pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia. O instituto prevê a possibilidade do titular solicitar a transmissão de seus dados de maneira compreensível diretamente de um responsável pelo tratamento para outro. Defende-se que tal direito possuiria efeitos concorrenciais, uma vez que ele daria espaço para uma maior facilidade de migração entre prestadores de serviço.

Um exemplo prático de implementação de uma técnica que propicia a transmissão de dados entre empresas para fins concorrenciais, especificamente no mercado bancário, é o chamado *open banking*. Tal projeto consiste na criação de um padrão técnico para possibilitar a transmissão de dados entre instituições financeiras a partir do interesse dos clientes finais (GOETTENAUER, 2018, p. 111). O *open banking* já tem sido implementado pelo governo do Reino Unido e, ainda que sem apresentar resultados concorrenciais claros devido ao curto período que está em vigor, a experiência tem influenciado significativamente no debate do *open data* enquanto solução concorrencial.

Começando com uma especificação dos chamados mercados digitais, o presente trabalho se propõe a diferenciar, nesse contexto, o instituto da portabilidade de dados previsto no GDPR do compartilhamento forçado por meio da doutrina de infraestruturas essenciais, a fim de compreender quais seriam os principais pontos positivos e negativos da aplicação de cada um destes instrumentos concorrenciais. A partir de tal diferenciação, será feita uma análise da implementação do *open banking* no Reino Unido, com objetivo de identificar a qual dos dois institutos ela mais se assemelha e levantar algumas hipóteses acerca de aprendizados que essa experiência pode trazer para o direito concorrencial.

## 2. MERCADOS DIGITAIS

## 2.1. A estrutura de mercados digitais

Se os gastos com produção, distribuição e alcance aumentavam progressivamente conforme as empresas expandiam a sua atuação, no contexto de mercados digitais se faz possível aumentar exponencialmente esses números com custos marginais próximos a zero (COMMITTEE, 2019). Com economias de escala significativas, empresas que operam nesses mercados podem expandir sua base de usuários de uma forma nunca antes vista - chegando até mesmo na casa dos bilhões (OLIVEIRA, 2018).

Além disso, os custos de se validar novos produtos e distribuí-los para uma base considerável de clientes também é baixo em mercados digitais, ou seja, eles também apresentam elevados retornos de escopo (COMMITTEE, 2019, p. 14). Com um mesmo *hardware*, por exemplo, uma empresa pode prover um serviço online de assistente virtual combinado com uma plataforma de publicação de fotos e sugestões de restaurantes que se adequem ao perfil de seus clientes (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 186).

Outra característica típica dos mercados digitais é a criação de mercados de dois lados, em que se pratica preço zero em um dos lados para atrair clientes pagantes para o outro (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 186). Esses modelos de negócio trazem consigo o chamado *spillover effect* (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 190-199), um tipo de efeito de rede em que os usuários de um lado do mercado - notadamente o lado pagante, como anunciantes em redes sociais ou vendedores em e-commerces - percebem um maior valor na rede à medida que existem mais pessoas no outro lado do mercado.

Para além disso, os agentes mais proeminentes que atuam nestes mercados apresentam outros dois tipos de efeitos de rede em sua atuação. O primeiro tipo consiste nos efeitos de rede tradicionais, divididos entre os efeitos diretos e os indiretos. O segundo, por sua vez, são efeitos de rede relacionados a dados, estes divididos entre os efeitos provenientes da escala e os efeitos provenientes do escopo dos dados em si.

Os efeitos de rede diretos acontecem quando um usuário percebe um maior valor em um produto ou serviço à medida que outro usuário também o utiliza, sendo que o valor é extraído precisamente do contato com estes outros usuários (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 162-165). É o caso, por exemplo, de aplicativos de mensagem instantânea, que só funcionam de maneira eficaz se existir um número considerável de pessoas utilizando-os. Os efeitos indiretos, por sua vez, ocorrem quando é adicionado valor à rede pelo aumento do número de pessoas utilizando-a, mas não em virtude do contato direto entre elas. Um exemplo típico seriam os sistemas operacionais de celulares (como iOS ou Android), uma vez que mais empresas criam aplicativos compatíveis com eles à medida que mais pessoas os utilizam.

O efeito de rede ligado ao volume de dados coletados, é relacionado ao próprio funcionamento dos algoritmos, que são aprimorados por tentativa e erro. Ele consiste no aprimoramento de tais algoritmos por meio da inserção de novos dados na plataforma (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 170). É o caso, por exemplo, de um motor de busca que fica mais preciso conforme mais buscas são realizadas por meio dele. O efeito de rede relacionado à variedade dos dados, ainda que também relacionado ao aprimoramento do algoritmo, resulta primordialmente em uma experiência mais personalizada e abrangente entre cliente e empresa. Se uma empresa provê um serviço de e-mail gratuito e, por meio dos dados coletados na caixa de entrada de um de seus clientes, identifica suas possíveis

intenções viajar, ela pode enviar promoções de passagens aéreas para esse cliente em outros ambientes controlados por ela.

A competição nesses mercados chega a ser tão acirrada que os agentes se propõem a suportar longos períodos deficitários em busca de superar seus concorrentes (KHAN, 2017, p. 749). Essa concorrência inicial até pode, a princípio, ser considerado bom para os consumidores, uma vez que eles terão acesso a produtos ou serviços subsidiados. Fica claro, entretanto, que essa disputa entre os agentes seria uma competição *pele* mercado, e não *no* mercado (COMMITTEE..., 2019), o que posteriormente pode acarretar sérios problemas para o bem-estar geral e para os próprios consumidores.

Um tipo de comportamento que pode mitigar os efeitos de rede que uma plataforma possui é a prática do *multi-homing*. Essa prática consiste no uso de múltiplas plataformas para tomar uma mesma decisão (OECD, 2018, p. 19), como comparar os preços de corridas da Uber e da 99 antes de solicitar o motorista. Pode-se argumentar que o fato de um dos lados dos mercados digitais ser geralmente gratuito favorece o *multi-homing* e, portanto, a concorrência. Porém, existem custos de troca significativos, vinculados aos hábitos e à conveniência dos usuários (COMMITTEE..., 2019), o que os impele a manter a prática de *single-homing* e, conseqüentemente, reforçar empresas em posição de dominação de mercado.

Tanto o volume quanto a variedade dos dados em domínio das *big techs* influenciam diretamente nos efeitos de rede acima expostos. Algumas características inerentes aos dados, entretanto, desafiam a existência de uma relação de causa e efeito entre a detenção de uma base de dados própria e a existência de vantagens competitivas excessivas capazes de ensejar correções concorrenciais (LAMBRECHT; TUCKER, 2015, p. 3).

## 2.2. Dados enquanto barreira à entrada (?)

Independentemente da metáfora utilizada para sua explicação<sup>4</sup>, poucas pessoas discordam do valor que os dados têm para a economia mundial. “Volume”, “variedade” e “velocidade” são tidos como os três “V” que explicariam o *big data* (OECD, 2014), por vezes sendo analisados em conjunto com outros três “V”: “valor”, “veracidade” e “variabilidade” (GANDOMI, HAIDER, 2015). Entretanto, para que o *big data* seja considerado um fenômeno relevante para o direito concorrencial, deve ser feita uma análise minuciosa acerca dos benefícios gerados por ele e de eventuais vantagens excessivas para empresas inseridas no centro deste fenômeno.

Primeiramente, cumpre ressaltar o caráter de não-rivalidade inerente aos dados. Isso significa que o seu consumo não necessariamente diminui a sua disponibilidade para que outros também os utilizem (LAMBRECHT; TUCKER, 2015, p. 5). Essa característica, somada com os custos virtualmente nulos de transmissão de dados e com o fato de que consumidores têm deixado um número cada vez maior de “pegadas online” faria com que as vantagens adquiridas por meio de uma base de dados privada pudessem, à primeira vista, ser facilmente replicadas (KENNEDY, 2017).

Entretanto, outra linha de pensadores argumenta que existiria um nível de degradação dos

4 Cunhada em 2006 pelo matemático Clive Humby, a expressão “*data is the new oil*” se propagou pelos ambientes de negócios e pela cultura popular, gerando a partir daí uma série de outras metáforas que buscam explicar alguma peculiaridade do fenômeno *big data*. Sarah Watson ([2019]) fez um compilado dessas metáforas em seu texto “*Data is the New “\_\_\_”*”.

dados e que mesmo que se considere bases de dados como sendo não-rivais, isso não significaria que elas também seriam não-excludentes. Ou seja, mesmo que os dados mantenham o seu valor independentemente do seu uso, não significa que eles estão livres para o acesso de todos. Na verdade, muitos atribuem parcela significativa do valor dos dados a seu grau de novidade (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 137).

Outro ponto que reforça a valoração dos dados enquanto vantagem competitiva seria a sua utilização para explorar vieses de clientes por meio de práticas inspiradas na economia comportamental. A seleção de conteúdos a serem expostos em linhas do tempo, os critérios utilizados para notificações, as recomendações de produtos semelhantes, os anúncios personalizados, tudo isso contribui para a manutenção dos usuários nos ambientes digitais desenhados pelas empresas que detêm dados o suficiente para conhecer e explorar os vieses de seus usuários. Vale ressaltar que os dados cumprem um papel especialmente fundamental para o sucesso das empresas que atuam na chamada indústria da atenção (WU, 2018).

A extração de valor de grandes massas de dados pode, inclusive, ser observada nas formas de precificação praticadas por empresas com acessos a essas bases de dados. O modelo de precificação dinâmica da Uber ou o algoritmo da Amazon que permite que ela “mude o valor de seus produtos cerca de 2,5 milhões de vezes por dia” (KHAN, 2017, p. 763), por exemplo, permitem que essas empresas possuam um nível de eficiência que entrantes sem o mesmo volume de dados jamais teriam. Tal volume de dados permite ainda a tomada de decisões estratégicas relacionadas à entrada em novos mercados, o que as tornam ainda mais bem posicionadas para expandir seus escopos de atuação.

Paralelamente aos pontos trabalhados acima, argumenta-se, baseado no sucesso de alguns incumbentes como Whatsapp e Snapchat, que o sucesso em mercados digitais perpassa uma série de fatores mais relevantes do que os dados - o que diminuiria a relevância desse ativo para o sucesso dos incumbentes (LAMBRECHT; TUCKER, 2015, p. 12). Ponderando-se eventuais conflitos de interesse envolvidos, o próprio *chairman* do google declarou que a importância do *big data* só vai até certo ponto, a partir do qual a competição se daria fundamentalmente por aspectos técnicos e de negócios.

A própria aquisição do WhatsApp pelo Facebook por 22 bilhões de dólares, entretanto, pode ser ventilada como contraposição a este argumento. O ato de concentração protagonizado pela empresa de mensagem instantânea demonstra o alto valor dos dados provenientes de um mercado com elevados efeitos de rede, uma vez que tal empresa não apresentava resultados financeiros ou projeções de receita que justificassem tal avaliação.

As fusões e aquisições relacionadas a dados, na verdade, já são alvo de escrutínio de autoridades de defesa da concorrência há algum tempo, sendo que um dos argumentos centrais para justificar tais atos de concentração é exatamente o ganho de eficiência advindo da operação. Foi o caso, por exemplo, dos atos de concentração envolvendo Google/Waze, Bazaarvoice/PowerReviews e Google/Nest Labs, situações em que os dados cumpriram papel central na justificativa dos respectivos ganhos de eficiência (STUCKE; GRUNES, 2016).

Em suma, ainda que em certa medida controversa, a configuração do *big data* como barreiras à entrada parece se sustentar de maneira sólida, especialmente quando associada com os efeitos de rede característicos de mercados digitais.

### 2.3. A análise antitruste em mercados digitais

A busca por um cenário de livre concorrência deve sempre levar em conta o mérito dos agentes envolvidos, sob pena de prejudicar o bem-estar geral da economia<sup>5</sup> ou promover desincentivos à inovação. Não faz sentido penalizar uma empresa simplesmente pelo fato dela ter alcançado níveis extraordinários de sucesso e, conseqüentemente, uma posição dominante dentro de um mercado.

São muitos os riscos atribuídos a penalização de condutas pró-competitivas (falso positivo) ou à não penalização condutas anticompetitivas (falso negativo). A escola de Chicago teve uma grande influência no estudo de falsos positivos, guiada pela crença de que forças do mercado tendem a ser mais eficientes na correção de distorções ocasionadas pela não-intervenção das agências do que daquelas ocasionadas por uma eventual intervenção indevida (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 254). Os riscos de falsos negativos, por serem mais difíceis de se medir objetivamente, têm ficado em segundo plano (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 267).

Nas décadas de 80 e 90, os Estados Unidos passaram por um período de muitas solicitações de fusões e aquisições de bancos. Muitas dessas aquisições levantaram preocupações concorrenciais, mas devido às alegações de eficiência e escala feitas à época, tais preocupações não impediram que o mercado bancário se concentrasse em torno de seis empresas dominantes.

Tal concentração deu espaço para o surgimento de empresas “muito grandes para falhar” e “muito grandes para supervisionar”. Esses termos, utilizado inicialmente para se referir ao ato de concentração do grupo Citibank/Travelers, ilustra uma característica típica de mercados concentrados: a desproporcionalidade de poder entre os grandes e os pequenos *players*, por vezes minando até mesmo o comportamento das agências reguladoras.

O caso do Citibank pode, em certa medida, ser considerado um exemplo da chamada “maldição da grandeza”, conceito cunhado pelo jurista e ex-juiz da suprema corte dos Estados Unidos, Louis Brandeis. Segundo Brandeis, grandes empresas desfrutam de ganhos de escala relacionados ao seu tamanho apenas até certo ponto, sendo que, atingido o seu *plateau*, tais empresas começam a perder eficiência e lançar mão de outro tipo de vantagens: a sua influência econômica e política (WU, 2018, p. 71). Isso faz com que a atuação das empresas seja cada vez mais focada em neutralizar rivais e interferir em processos legislativos em detrimento de investir em inovação e manter níveis de performance acima da média.

Um problema que encontramos especificamente no contexto de mercados digitais é que as técnicas utilizadas para identificar falhas de mercado são quase que estritamente relacionadas à precificação e, quando muito, à qualidade dos produtos e serviços ofertados pelos agentes. A questão é que grande parcela dos agentes de mercados digitais praticam operações de preço zero e identificar a degradação da qualidade nestes mercados, que alguns consideram ser diretamente relacionada a aspectos de privacidade (COSTA-CABRAL; LYNSKEY, 2017, p. 8), é especialmente árdua para agências reguladoras (STUCKE; GRUNES, 2015, p. 230).

Outra questão que tem se mostrado um empecilho para uma plena análise das questões concorrenciais envolvendo as *big techs* é a estrutura de seus mercados de dois lados. Em geral, as

5 Em mercados que apresentam efeitos de rede, por exemplo, ter um agente em posição de dominação pode ser interessante para que o valor da rede seja de fato extraído e percebido pelo maior número de pessoas possível.

análises de antitruste relacionadas a esses mercados têm levado em consideração apenas um dos lados: o lado que efetivamente tem de pagar pela utilização da plataforma (STUCKE; GRUNES, 2015, p. 224). Dessa forma, acabam por ser ignorados pontos sensíveis relacionados ao efeito *lock-in* dessas plataformas, ao aumento das barreiras à entrada nos mercados em questão e a eventuais degradações de qualidade dos serviços prestados para consumidores finais - notadamente relacionadas à privacidade.

As intervenções antitruste se dividem entre os remédios estruturais e os remédios comportamentais. Em mercados digitais, as dificuldades de identificação de problemas concorrenciais relacionados a preço e qualidade afetam ambos os tipos de intervenção.

O CADE, assim como diversas outras autoridades de defesa da concorrência, possui manifesta preferência por remédios estruturais, por seu menor custo de monitoramento e menor risco de que haja distorções incorrigíveis no mercado a partir da aplicação de tais remédios (CADE, 2018). Uma parcela considerável dos pesquisadores do tema, inclusive, são defensores de tais medidas para restringir o poder de mercado das *big techs* e prevenir que novos atos de concentração aconteçam, o que abriria espaço para que elas exerçam seu poder econômico a fim de eliminar as chances de um incumbente competir em pé de igualdade com elas (WU, 2018).

Entretanto, o foco deste trabalho será voltado especificamente para o controle de condutas relacionado ao acesso a grandes volumes de dados que tais empresas dispõem. Essa abordagem se dará por dois motivos principais.

O primeiro motivo diz respeito a conexão entre a detenção de grandes massas de dados e o fortalecimento de barreiras à entrada - notadamente os efeitos de rede explicados anteriormente. O ponto é que, rompido o *feedback loop* entre a exclusividade de acesso aos dados e os efeitos de rede propiciados por ela, novos entrantes poderiam desenvolver técnicas inovadoras e eficientes de trazer benefícios para seus consumidores.

O segundo ponto que levou à escolha da abordagem voltada para remédios comportamentais e, mais especificamente, para o instituto da portabilidade de dados da GDPR e a doutrina de infraestruturas essenciais, foi a possível relação entre tais temas e um movimento que tem ganhado força no mercado bancário: o *open banking*.

### 3. O CONTROLE DE CONDUTAS INTRODUÇÃO

Existem duas hipóteses mais frequentes de aplicação de remédios comportamentais no direito concorrencial. A primeira é quando a autoridade da concorrência entende que acordos de exclusividade ou outros tipos de negócio jurídico que prejudiquem um ou mais empresas em detrimento de outras se configuram como abuso de posição dominante. A outra hipótese é quando, em determinada fusão ou aquisição, as agências de defesa da concorrência entendem por bem complementar as intervenções estruturais com intervenções comportamentais, a fim de dirimir distorções no mercado sem necessariamente inviabilizar tal ato de concentração.

Existem, entretanto, outras hipóteses em que o controle de condutas traz implicações concorrenciais. Uma delas, já tradicional em outros tipos de mercado, é a obrigação de contratar pela via da doutrina de infraestruturas essenciais. A outra, que não se enquadra no conceito de remédio

concorrencial em si, mas possui implicações concorrenciais diretas, é o instituto da portabilidade de dados.

### 3.1. A doutrina de infraestruturas essenciais

#### 3.1.1. Os requisitos para utilização da doutrina de infraestruturas essenciais

Em geral, reconhece-se que empresas possuem o direito de escolher com quem e como contratar, estabelecendo os critérios compreendidos por elas como justos para tanto. Intervenções nesse direito, entretanto, podem ser efetuadas, uma vez que tanto a liberdade de conduzir seus negócios quanto o próprio direito de propriedade são sujeitos a restrições relacionadas ao interesse público (LEHTIOKSA, 2018, p. 21).

É a hipótese da existência de bens de utilidade pública que, em mercados de monopólios, pode fazer com que a recusa de contratar seja considerada um ilícito concorrencial (GONÇALVES, 2008). Em geral, a caracterização de bens de utilidade pública ocorre em conjunto com a existência de monopólios naturais, como a construção de estradas de ferro ou de pontes, mas tal noção tem sido expandida também para mercados em que uma ou mais empresas possuem tamanho poder de mercado que se atribua a elas um grau maior de responsabilidade em relação a defesa da concorrência a partir de suas condutas (LEHTIOKSA, 2018, p. 21).

Uma das primeiras menções à utilização da doutrina de infraestruturas essenciais foi o caso *United States versus Terminal Railroad Association of St. Louis*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1912 (GONÇALVES, 2008). Foi o caso *MCI Communications Corp. v. AT&T*, entretanto, que cunhou os quatro requisitos para a caracterização de um cenário onde tal doutrina seria aplicável de maneira mais objetiva nos EUA, quais sejam: “(i) controle da infraestrutura essencial pelo monopolista; (ii) inviabilidade de duplicação de tal estrutura por um concorrente; (iii) a recusa de conceder acesso à infraestrutura; (iv) a viabilidade de prover acesso à infraestrutura” (CANDEUB, 2005, p. 829, *apud* MCI Communications Corp. v. AT&T, tradução nossa)<sup>6</sup>.

Os casos nos quais é trabalhada a doutrina de infraestruturas essenciais nos Estados Unidos se enquadram no art. 2º do Sherman Act, uma vez que pressupõem a alegação de conduta típica de monopólios. Entretanto, há de se pontuar que essa doutrina, ainda que amplamente aplicada por tribunais nos Estados Unidos, não foi reconhecida pela Suprema Corte do país, sendo que na oportunidade de apreciar a questão, a corte priorizou a tese de que diplomas legais setoriais devem ser aplicados quando da existência de bens essenciais<sup>7</sup>.

A União Europeia, por outro lado, teve a primeira menção à doutrina de infraestruturas essenciais apenas no ano de 1993, no caso *Sea Containers/Stena Sealink*<sup>8</sup>, e dispõe sobre abuso de poder dominante no art. 82 do Tratado de Roma. Para a comunidade europeia, são cinco requisitos para a configuração de um cenário no qual seria aplicável a doutrina, quais sejam: a “existência de

6 (i) control of the essential facility by the monopolist; (ii) a competitor’s inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (iii) the denial of the use of the facility to a competitor; and (iv) the feasibility of providing the facility.

7 Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

8 Case COMP IV/34.689 Sea Containers v. Stena Sealink, Decision of 21 December 1993.

um bem essencial [...]; a distinção entre o mercado da infraestrutura e o mercado à jusante [...]; a recusa injustificada por parte do controlador [...]; a suscetibilidade de eliminação da concorrência [...]; e o uso da infraestrutura em um novo produto” (GONÇALVES, 2008, p. 218). Outro ponto importante acerca da aplicação europeia da doutrina diz respeito ao caso *Magill*, em que a corte expandiu a abrangência do instituto ao considerar os prejuízos à concorrência potencial da nova entrante, para além dos prejuízos a concorrência já estabelecida no mercado<sup>9</sup>.

A doutrina de infraestruturas essenciais no Brasil tem sido utilizada de maneira mais ponderada, com análises exaustivas dos requisitos necessários para a sua classificação e pouca relativização deles a partir do grau de dominância da empresa detentora do bem essencial. Quando analisada, tal doutrina é enquadrada como abuso de posição dominante, nos moldes do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 e outras regulações setoriais (GONÇALVES, 2008).

No contexto dos mercados digitais, temos que de fato a competição entre empresas entrantes no mercado e empresas já estabelecidas é especialmente dificultada pela ausência de dados (GONÇALVES, 2008). Entretanto, para que dados sejam efetivamente classificados como infraestruturas essenciais, eles teriam que se enquadrar em todos os requisitos expostos.

O requisito da indispensabilidade, que parte da premissa da inexistência de substituto efetivo para viabilizar a oferta de determinado produto ou serviço, se mostra como um potencial entrave para a caracterização dos dados enquanto infraestrutura essencial.

Stucke e Grunes (2016) argumentam que as alegações de que dados seriam ubíquos, economicamente acessíveis e amplamente disponíveis não condiz com os altos gastos que empresas têm para proteger os dados que elas possuem de seus concorrentes. Para ilustrar essa questão, os autores abordaram o caso do *Twitter Firehose*, em que a empresa *PeopleBrowser* entrou com uma ação contra o *Twitter* quando a rede social recusou-se a manter o fornecimento, via interface de programação de aplicativos (“API”), dos mais de 340 milhões de tweets públicos postados na plataforma por dia. A empresa pagava um milhão de dólares por ano ao *Twitter* por tal acesso e utilizava os dados para extrair análises para seus clientes, como as reações de clientes a um novo produto ou quem são as pessoas mais influentes para eventuais patrocínios (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 48).

O caso do *Twitter Firehose* é um exemplo de que ainda que possam existir outras fontes, é inegável o valor de conseguir acessar determinadas bases de dados atualizadas e de maneira estruturada. Como disse Lehtioksa (2018, p. 25, tradução nossa), *“existem poucas situações nas quais dados não estão disponíveis por outra fonte que não a empresa que recusa a concessão de acesso, uma vez que dados normalmente são não-rivais”*<sup>10</sup>.

O requisito de aplicação da infraestrutura essencial para um novo produto, por sua vez, é especialmente utilizado para questões que envolvam direitos de propriedade intelectual (LEHTIOSKA, 2018, p. 26). A premissa que rege tal requisito é de que não basta que a empresa que solicitou acesso

9 “the refusal has to relate to a product or service that is objectively necessary to be able to compete effectively on a downstream market;” (ii) “the refusal is likely to cause the elimination of effective competition on the downstream market; (iii) “and the refusal is likely to result in consumer harm.”

10 “there are very few situations in which data is not available from another source than from the company refusing access as data is often non-rivalrous. It might prove to be challenging however to analyze what other sources of data are sufficiently similar to be effective substitutes”.

ao bem protegido por propriedade intelectual pretenda simplesmente replicá-lo a seu modo, ela deve produzir algum tipo de inovação que a detentora dos direitos autorais não produza.

Este requisito foi cunhado no julgamento do caso *IMS Health GmbH & Co. OHG and others v. the Commission*, julgado pela corte da Comissão Europeia em 2004, sendo que a noção de “novo produto” foi estendida para inovações subsequentes no caso da *Microsoft Corp v. the Commission*, de 2007.

O caso da *Microsoft* também consolidou critérios para o requisito da eliminação da concorrência. A Corte da Comissão Europeia, ao julgar o caso, estabeleceu que não seria necessário “demonstrar que a concorrência já foi eliminada ou, pelo menos, que a sua eliminação está iminente”<sup>11</sup>, bastando que a probabilidade de eliminação de uma concorrência efetiva seja comprovada.

Cumprido ressaltar que mesmo que se o bem considerado essencial se enquadrar em todos os requisitos acima expostos, existe a possibilidade de se justificar a recusa de contratar. Seria o caso em que tal recusa contenha ganhos de eficiência elevados o suficiente para que seja remota a probabilidade de danos aos consumidores<sup>12</sup>.

### 3.1.2. Implicações da aplicação da doutrina para compartilhamento de dados

A utilização da doutrina de infraestruturas essenciais para casos envolvendo acesso a grandes massas de dados, para além de cumprir com todos os requisitos tradicionais que a doutrina exige, ainda tem que superar questões relacionadas a dificuldades do próprio procedimento de sua aplicação, assim como questões acerca da privacidade e proteção de dados dos envolvidos.

O primeiro dos desafios procedimentais diz respeito a estabelecer o valor adequado do acesso aos dados (LEHTIOKSA, 2018, p. 45). Para a aplicação de um remédio concorrencial desse tipo é necessário que haja uma precificação assertiva, levando em conta a duração do compartilhamento, sua extensão e padrões técnicos, sob risco de penalizar excessivamente a empresa dominante e trazer prejuízos à inovação (AUTORITÉ, 2016, p. 18). Para além disso, tal compartilhamento forçado seria de difícil implementação e fiscalização devido às suas especificidades técnicas, o que acarretaria custos elevados para as agências associados a uma alta probabilidade de erros ou de opacidade de decisões (LEHTIOKSA, 2018, p. 46).

Ainda que Stucke e Grunes defendam a existência de interseções importantes entre o direito concorrencial e a proteção de dados (STRUCKE; GRUNES, 2015a, p. 5), o ponto mais crítico do compartilhamento forçado dos dados diz respeito exatamente ao contraponto entre tais ramos do Direito.

O tratamento de dados pessoais deve necessariamente se respaldar em pelo menos uma das bases legais estipuladas pelos regulamentos aos quais está sujeito, sendo que na comunidade europeia tais bases se encontram no art. 6º do GDPR<sup>13</sup>. Segundo Lehtioksa (2018), a aplicação da obrigação de contratar à partir da justificativa da doutrina de infraestruturas essenciais poderia encontrar

11 Microsoft Corp v. the Commission. Case T-201/04, EU:T:2007:289. Para. 457.

12 Vide parágrafos 30 e 83 da Comunicação 45/02 de 2009 da Comissão Europeia. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-co ntent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-co ntent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN). Acesso em: 28 nov. 2019.

13 Na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, o equivalente a este dispositivo seria o art. 7º.

respaldo apenas nas hipóteses de obrigação jurídica contraída pelo responsável pelos dados (alínea “c”) ou pelo legítimo interesse (alínea “f”), com uma série de ressalvas.

O legítimo interesse é considerado a base mais flexível de tratamento de dados no direito comunitário europeu (BIONI, 2019, p. 248). Tal hipótese engloba situações em que terceiros não possuem meios de obter a autorização dos titulares ou quando a autorização inviabilizaria o próprio tratamento dos dados (BIONI, 2019, p. 249).

Para a aplicação de tal dispositivo, entretanto, há de se ponderar se de fato o interesse do titular dos dados se encontra alinhado aos interesses das empresas envolvidas e se existe uma possibilidade de fazer com que os titulares tenham em mente que seus dados poderiam ser usados para os fins dos remédios antitruste. Acerca da base legal da obrigação jurídica contraída pelo responsável pelos dados, pondera-se se tal dispositivo teria uma interpretação ampla o suficiente para abarcar ordens de compartilhamento forçado de autoridades de defesa da concorrência (LEHTIOKSA, 2018, p. 56-57).

Poderia ser considerada a hipótese de anonimização dos dados para que eles não se sujeitem ao GDPR (LEHTIOKSA, 2018, p. 59). Entretanto, se já é consideravelmente difícil mensurar o valor dos dados para empresas entrantes, fazê-lo após um processo de anonimização seria um procedimento ainda mais complexo, uma vez que grande parte de tal valor é extraído exatamente da sua associação com clientes e potenciais clientes (AUTORITÉ..., 2016, p. 8-11).

### 3.2. A portabilidade de dados no GDPR

O processo de digitalização das atividades humanas e o fenômeno de *big data* têm feito com que muitos considerem que os dados pessoais constituem uma extensão da personalidade individual (COUTINHO; MONIZ, 2018, p. 22). Tal concepção tem ensejado a criação de uma série de diplomas legais acerca da titularidade e do controle desses dados. Sendo uma das principais estruturas normativas relacionadas ao tema, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) consolidou, em seu artigo 20º, o instituto da portabilidade de dados.

Para detalhar o instituto, o Grupo de Trabalho do Artigo 29 (“Grupo de Trabalho”) formulou orientações que dividem o direito à portabilidade dos dados em quatro elementos.

O primeiro consiste no “direito do titular dos dados a receber um subconjunto dos dados pessoais”, funcionando, portanto, como um complemento ao direito de acesso (GRUPO..., 2017, p. 4). Seria o caso, por exemplo, de um cliente que quer saber quantas vezes reproduziu determinadas músicas em um serviço de *streaming*, a fim de escolher quais músicas pretende adquirir em outra plataforma.

O segundo seria o direito de transmitir os dados pessoais de um responsável pelo tratamento para outro, o que deve ser feito, quando tecnicamente viável, diretamente entre os responsáveis, a pedido do titular. Esse direito traz a necessidade de um nível de padronização e de interoperabilidade entre os responsáveis pelo tratamento de dados, condicionado a uma viabilidade técnica não especificada em lei (GRUPO..., 2017, p. 5).

O aspecto do controle e da responsabilidade dos dados consiste no terceiro elemento do di-

reito à portabilidade. Segundo o Grupo de Trabalho do Artigo 29, “os responsáveis pelo tratamento de dados que respondam a pedidos de portabilidade dos dados, de acordo com as condições estabelecidas no artigo 20º, não são responsáveis por um tratamento realizado pelo titular dos dados ou por outra empresa que receba os dados pessoais” (GRUPO..., 2017, p. 7). Por fim, as orientações do Grupo de Trabalho do Artigo 29 estabelecem que “quando uma pessoa exerce o seu direito à portabilidade dos dados, fã-lo sem prejuízo a qualquer outro direito”.

Outro ponto a se considerar aqui sobre as orientações do Grupo de Trabalho do Artigo 29 é a definição de quais dados poderão ser objeto de tal operação. Segundo o Grupo, poderão ser transmitidos no regime de portabilidade do GDPR os dados pessoais fornecidos pelo titular de forma consciente para o responsável pelo tratamento, assim como os dados provenientes da observação das atividades do utilizador - não inclusos, portanto, dados inferidos do comportamento do usuário pelo controlador de seus dados (GRUPO..., 2017, p. 12).

Considera-se legítima a portabilidade de dados de terceiros quando os dados do titular perderem seu valor a partir da omissão dos dados daqueles. É o caso, por exemplo, dos dados relacionados a alguém que efetuou transferências bancárias junto ao titular dos dados que reclama seu direito à portabilidade. Nesses casos, deve-se restringir a utilização dos dados do terceiro na medida em que tal uso satisfaz as necessidades do utilizador requerente (GRUPO..., 2017, p. 14).

No entanto, o GDPR não estabelece padrões a serem seguidos e nem se propõe a incentivar o uso de sistemas compatíveis pelos controladores de dados, o que dificulta uma compreensão mais abrangente acerca do instituto da portabilidade. Ele se restringe a consolidar a importância legal da interoperabilidade e deixa a padronização a cargo de autoridades setoriais (COUTINHO; MONIZ, 2018). Para além disso, há quem associe o instituto da portabilidade a problemas relacionados exatamente a infraestruturas de segurança, especialmente após o escândalo da *Cambridge Analytica*, em que autoridades apontaram a falta de um bloqueio mais restritivo na quantidade de dados disponibilizados via API como causa do vazamento por parte do *Facebook* (EGAN, 2019).

Os desdobramentos pretendidos pelo direito à portabilidade para fins de proteção de dados podem ser divididos em quatro: (i) o estabelecimento de controle do titular sobre a transferência de dados pessoais; (ii) a viabilização da reutilização dos dados pessoais; (iii) a compreensão de como funcionam os fluxos de dados e; iv) a facilitação do desenvolvimento da personalidade dos titulares de dados (URSIC, 2018). As implicações concorrenciais de tal direito, entretanto, são reconhecidas por autoridades enquanto fator importante à diminuição dos custos de troca e do efeito *lock-in* das plataformas digitais (COMMITTEE..., 2019).

### 3.3. A portabilidade de dados no GDPR

Inicialmente, cumpre ressaltar que a doutrina de infraestruturas essenciais consiste em uma construção doutrinária utilizada para convencer autoridades de defesa da concorrência da abusividade da recusa de contratar, associada a dispositivos que versam sobre abuso de posição dominante. A portabilidade de dados trazida pelo GDPR, por sua vez, é um dispositivo legal cogente que busca estabelecer a titularidade dos dados ao indivíduo que os produziu.

Outro ponto em que os dois institutos se divergem é quanto a legitimidade de provocação

pela sua aplicação. Enquanto a doutrina parte da provocação de agentes que não detêm a titularidade dos dados, a portabilidade advém da vontade do próprio titular daqueles dados. Além disso, ainda que ambos os institutos possam ser impostos por autoridades, a portabilidade de dados pode - e idealmente deve - ocorrer sem interferência da autoridade de proteção de dados ou da concorrência, mas sim em uma relação direta entre o usuário requerente, a entidade transferidora e a entidade receptora.

A transmissão dos dados via instituto de portabilidade da GDPR envolve os dados de um único usuário requerente por vez, enquanto a transferência via obrigação de contratar justificada pela doutrina de infraestruturas essenciais, por outro lado, concederia acesso a todo o volume de dados especificado pela decisão judicial ou administrativa.

Se a portabilidade, com a dinâmica individual de compartilhamento de dados, já traz uma série de implicações relacionadas à privacidade e proteção de dados, a transferência forçada via doutrina de infraestruturas essenciais carrega consigo questões de privacidade ainda mais sensíveis.

## 4. O CASO DO OPEN BANKING NO REINO UNIDO

### 4.1. A investigação do mercado de bancos de varejo ingleses

Em 2014, a Competition and Markets Authority (“CMA”) do Reino Unido iniciou uma investigação acerca do panorama concorrencial dos serviços de bancos de varejo relacionados aos mercados de contas correntes pessoais (“PCAs”), contas correntes corporativas (“BCAs”) e serviços de empréstimo para pequenas e médias empresas (“SME”). O panorama regulatório proveniente deste trabalho foi chamado de Retail Banking Market Investigation Order 2017 (“Ordem da CMA”) (COMPETITION..., 2016), e propõe mudanças significativas no mercado de bancos de varejo do Reino Unido.

Foram estabelecidas três áreas de pesquisa em que se levantaram hipóteses de falhas de mercado (COMPETITION..., 2016, p. ii, tradução nossa)<sup>14</sup>:

- (a) *se existe uma fraca resposta dos consumidores devida ao baixo engajamento e/ou barreiras à pesquisa e à troca (...);*
- (b) *se existem barreiras à entrada e expansão (...)*
- (c) *se o nível de concentração do mercado está trazendo efeitos adversos sobre os consumidores*

Constatou-se que, a despeito da chegada de incumbentes com modelos de negócio tido como disruptivos, o mercado continua significativamente concentrado, sendo que os níveis de concentração relacionados aos quatro maiores bancos do Reino Unido são de 70% e 83% nos mercados de PCAs e BCAs, respectivamente.

Ao analisar o engajamento dos clientes com seus bancos, a CMA identificou que mais da metade dos clientes de PCAs estavam no mesmo banco a mais de dez anos e que menos de 3% haviam trocado de banco no último ano. Identificou-se, entretanto, que de 50 a 90% deles estariam melhor atendidos com outros serviços com oscilações de preço significativas (COMPETITION..., 2016, p. 166).

<sup>14</sup> (a) *“whether there is a weak customer response due to lack of engagement and/or barriers to searching and switching reducing the incentives on banks to compete on price and/or quality and/or to innovate;*  
(b) *whether there are barriers to entry and expansion constraining the ability of banks to enter or expand; and*  
(c) *whether the level of concentration is having an adverse effect on customers.”*

Ao considerar os processos de tomada de decisão e engajamento de clientes desse mercado, a CMA concluiu que mesmo com as facilidades de comparação e troca trazidas pelas novas tecnologias, alguns fatores impediam um maior engajamento - e consequente troca de serviço - por parte dos clientes de PCAs, notadamente gargalos informacionais, falta de transparência, e baixo valor absoluto dos contratos de conta corrente.

Quanto ao mercado de contas corporativas, observou-se que as diferenças de preços entre os pacotes de serviços eram drásticas, chegando de duas a três vezes o valor de um mesmo produto oferecido por diferentes bancos, com níveis de concentração e estabilidade do mercado preocupantes.

A análise da autoridade da concorrência no mercado de BCAs também se voltou para as barreiras à pesquisa e troca de fornecedor. Os resultados foram relativamente parecidos com os do mercado de PCAs. Entretanto, além das barreiras similares ao mercado de contas pessoais, somaram-se os longos e onerosos procedimentos de troca, marcados pelo receio de perda de dados de pagamentos e de prejuízo para a avaliação de crédito das empresas.

Quanto aos empréstimos contraídos por pequenas e médias empresas, foi identificado que, em geral, essas empresas procuram os mesmos bancos onde elas possuem suas contas corporativas, sendo que mais de metade delas consideraram apenas um fornecedor para fazê-lo. Essa prática, que lembra o fenômeno de *single-homing* de mercados digitais (COMMITTEE..., 2019, p. 20), ocorre devido à crença de que a fidelidade ajudaria na obtenção de melhores condições, somada às barreiras à pesquisa e à conveniência de não ter que comparar alternativas.

A CMA, ao analisar as principais barreiras à entradas para o mercado de empréstimos para pequenas e médias empresas, identificou três áreas principais de atenção: exigência de capital; custos para financiar os empréstimos; e assimetria de informações entre os bancos.

Considerou-se que a assimetria de informações faz com que grandes bancos consigam melhorar sistematicamente seus produtos e realizar projetos publicitários mais segmentados e efetivos, o que resultou na transformação deste como o principal objeto da CMA Order. São os típicos efeitos de rede relacionados ao fenômeno do *big data* (STUCKE; GRUNES, 2015, p. 170-188). No caso dos bancos, os dados permitem melhores avaliações de crédito, viabilizando um cálculo mais assertivo dos riscos, menor inadimplemento e ganhos de escala.

## 4.2. O projeto de *open banking* da CMA

A investigação realizada pela CMA alerta fundamentalmente para problemas relacionados ao engajamento e informação dos clientes acerca dos produtos ofertados pelos bancos. Soluções que visam solucionar esses gargalos informacionais, portanto, figuram como as principais medidas a serem recomendadas ou ordenadas pela autoridade.

O pacote de remédios da CMA foi em grande medida influenciado pelos avanços das tecnologias de informação e comunicação, assim como pela economia comportamental e, em especial, pela noção de *open data*.

Os remédios a serem implementados a partir do relatório da CMA foram divididos em quatro

grupos, um deles de medidas transversais aos três mercados analisados e os outros com medidas específicas para cada um deles (COMPETITION..., 2016, p. xxxvi).

As medidas a serem implementadas estão esquematizadas na seguinte tabela (COMPETITION..., 2016, p. xxxvi):

Medidas fundamentais		
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Padrão de open banking</li> <li>● Informações de qualidade de serviço</li> <li>● Gatilhos de tomada de decisão para clientes</li> </ul>	
Medidas de mudança de conta corrente	Medidas relacionadas a cheque especial em PCAs	Medidas bancárias adicionais para pequenos negócios
<ul style="list-style-type: none"> <li>● Melhor governança da garantia de troca de serviço</li> <li>● Extensão do redirecionamento de pagamentos seguidos da troca</li> <li>● Acesso ao histórico de transações para clientes</li> <li>● Conscientização e empoderamento de clientes</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Alertas de entrada em cheque especial com períodos de carência</li> <li>● Teto de cobrança mensal</li> <li>● Aprimoramento na abertura e troca de contas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Concorrência para desenvolver ferramentas de comparação para SME</li> <li>● Transparência nos empréstimos</li> <li>● Indicador de preço e elegibilidade de empréstimos</li> <li>● Informação padronizada para abertura de contas corporativas</li> <li>● Compartilhamento de informações de SME</li> <li>● Facilitação de pesquisa</li> <li>● Cargo de consultores profissionais</li> </ul>

De todas as medidas apresentadas como resultado da investigação, a implementação de um padrão aberto de interface de programação de aplicações (API)<sup>15</sup> foi considerada a com maior potencial de transformar o concorrência no mercado bancário de varejo. Ela é a base do programa de *open banking* e envolve uma série de partes interessadas, como agências reguladoras, bancos e provedores alternativos de serviços financeiros.

A medida da autoridade de concorrência do Reino Unido consiste na requisição para que os nove maiores bancos de varejo do país desenvolvam e adotem um padrão bancário via API para que eles possam compartilhar informações entre si e com terceiros acerca dos seus serviços, preços e qualidade.

Para operacionalizar o projeto de open banking, a CMA indicou o *Open Banking Working Group* como responsável para dar início aos trabalhos de criação de padrões abertos e estabeleceu a necessidade da criação de uma Entidade de Implementação, que tem conduzido as discussões acerca dos acordos de padronização e governança desse processo. Tal entidade foi nomeada *Open Banking Implementation Entity* (“OBIE”) e é mantida com recursos dos nove bancos ingleses que estão sujeitos aos padrões criados a partir do relatório da CMA.

15 APIs, de maneira simplificada, são “uma forma em que duas aplicações computacionais se comunicam entre si em uma rede, utilizando-se de uma mesma linguagem que ambas compreendem” (ZACHARIADIS; OZCAN, 2017, p. 5, *apud* JACOBSON *et al.*, 2012, tradução nossa).

Os dados compartilhados pelos bancos são tanto os dados de suas próprias operações e critérios de avaliação, quanto os dados pessoais de seus clientes. Os primeiros incluem os preços de produtos e serviços, assim como os critérios de elegibilidade para empréstimos (incluindo para cheque especial), o número e a localidade de agências, o horário de funcionamento, dentre outros. Os dados dos clientes, cujo consentimento deve ser adquirido para o compartilhamento, dizem respeito aos seus padrões de comportamento financeiro.

Os objetivos do compartilhamento desses dados são: i) reduzir as barreiras à pesquisa e de troca; ii) diminuir as fricções da jornada de compra de serviços bancários; iii) superar a inércia dos consumidores possibilitando, por exemplo, a transferência automática entre fornecedores de serviços bancários que ofereçam melhores condições; iv) separar os produtos financeiros tipicamente vendidos em conjunto, como conta corrente e cheque especial e; v) facilitar a análise de risco de crédito para o fornecimento de empréstimos a pequenas e médias empresas (COMPETITION..., 2016, p. 463-465).

No sistema de *open banking* do Reino Unido, os dados são compartilhados entre os próprios bancos e entre terceiros provedores de serviços alternativos, dentre eles os sites de comparação de preço (“PCW”), os provedores do serviço de informações de conta (“AISP”) e as empresas que atuam com meios de pagamento (“PISP”) (COMPETITION..., 2016, p. 441).

Foram cunhados alguns princípios para resguardar a segurança dos usuários do sistema de dados bancários abertos, dentre os quais o consentimento explícito e informado dos consumidores (OBIE..., 2019, p. 25). O maior foco dessas medidas foi garantir a autonomia dos usuários e o nível de confiança do sistema. Outra preocupação foi a conformidade com a diretiva PSD2<sup>16</sup>, da União Europeia, que regula o sistema de pagamentos europeu e complementa a *CMA Order* quanto à regulação do *open banking* inglês (OBIE..., 2019, p. 16).

A implementação do *open banking* no Reino Unido é um trabalho em andamento e uma das principais conclusões do relatório de 2019 da OBIE foi que o potencial do *open banking* extrapola as disposições da Ordem da CMA, e que a agência reguladora do mercado financeiro deve começar a revisar o potencial de um projeto de *open finance* (OBIE..., 2019, p. 43).

### 4.3. Aprendizados da experiência de *open banking*

Ainda é cedo para mensurar os resultados práticos na concorrência do setor bancário do país. Estima-se que o impacto da adoção dos padrões de *open banking* no mercado bancário inglês pode superar o montante de 7,2 bilhões de libras até o ano de 2022 (PWC, 2018).

A CMA, ao encarar a questão da alta concentração do mercado bancário, enfrentou a questão central abordada neste trabalho: a consideração dos dados enquanto vantagem competitiva excessiva. No caso, a autoridade entendeu que os dados configuram uma barreira à entrada e à expansão no mercado de empréstimos para pequenas e médias empresas (COMPETITION..., 2016, p. 401).

Para endereçar a questão da proteção de dados e privacidade, a autoridade de defesa da

16 Os artigos 999 e seguintes da diretiva disciplinam a criação de meios de resolução alternativa de conflitos entre os participantes do mercado de pagamentos, sem limitar o acesso à prestação jurisdicional dos envolvidos em tais conflitos.

concorrência inglesa estabeleceu que o compartilhamento de dados pessoais só ocorreria mediante o consentimento dos seus titulares. O estabelecimento de princípios de segurança no próprio documento de padronização de condutas produz não apenas impactos à proteção dos direitos dos usuários, mas também ao fomento de um ambiente confiável em que mais pessoas podem se sentir à vontade para compartilhar informações tão sensíveis como dados bancários.

A autoridade inglesa cita ainda o fato de que a posse de grandes volumes de dados financeiros dos clientes faz com que os bancos em posição dominante possam melhorar de maneira mais assertiva os seus produtos como um todo (COMPETITION..., 2016, p. 401). Essa questão pode dificultar ainda mais a ascensão de novos entrantes do mercado e é uma manifestação típica dos efeitos de rede de negócios orientados a dados (STUCKE; GRUNES, 2016), reforçando a necessidade da intervenção concorrencial.

Em 2014, ao analisar os impactos do fenômeno de *big data* para a inovação, a OCDE já alertava para a necessidade da criação de um panorama regulatório acerca do acesso, compartilhamento e interoperabilidade de dados enquanto vetor da inovação (OCDE, 2014). As autoridades de concorrência alemã e francesa (AUTORITÉ..., 2016), o Expert Panel do Reino Unido (DIGITAL..., 2019) e o Committee for the Study of Digital Platforms (2019, p. 96), assim como algumas das maiores empresas de consultoria do mundo, abordaram o assunto em relatórios recentes acerca da estrutura dos padrões de interoperabilidade e do *open banking* enquanto alternativa para combater a concentração do mercado bancário<sup>17</sup>.

A experiência do Reino Unido serviu como exemplo para o início de estudos relacionados à prática de *open banking* em vários outros países, dentre eles o próprio Brasil. O Banco Central brasileiro realizou uma série de reuniões com diferentes *stakeholders* do mercado bancário em 2018 e, no dia 24 de abril de 2019, publicou o Comunicado nº 33.455, que contém os requisitos para implementação do Sistema Financeiro Aberto (*open banking*) no Brasil. Nesse comunicado, foi estabelecida a realização de uma consulta pública no segundo semestre de 2019 e a expectativa de que a implementação do sistema ocorra até o segundo semestre de 2020.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dados possuem um papel central na economia e agentes que se aventuram a atuar em mercados digitais encaram cenários que, via de regra, possuem empresas dominantes extremamente consolidadas. Algumas características destes mercados, como os baixos custos marginais e as economias de escopo e de escala das dominantes, os tornam ainda mais desafiadores novos entrantes.

Para além disso, a presença de mercados de dois lados, somada aos significativos efeitos de rede das plataformas digitais, traz uma complexidade concorrencial maior. Dessa forma, a posse exclusiva de dados têm sido considerada uma vantagem competitiva relevante e, por vezes, mesmo como uma barreira à entrada (COMPETITON..., 2016).

Alguns dos principais relatórios acerca da concorrência em mercados digitais provenientes de estudos de autoridades e institutos acadêmicos renomados seguem essa linha de raciocínio. É

17 Foram publicados os relatórios da Deloitte (2017), da PwC (2018) e da KPMG (2019) acerca do assunto.

o caso do relatório da OCDE, que defende o fomento à livre circulação de dados enquanto política pública (OECD, 2014, p. 66); do Digital Competition Expert Panel, que concentrou grande parte de suas recomendações sobre concorrência nas medidas de interoperabilidade e padronização para o compartilhamento de dados (DIGITAL..., 2019, p. 8-10); e até mesmo da própria Chicago School of Business, tradicionalmente conhecida por sua postura não intervencionista, que reconhece a dificuldade do mercado se autocorrigir sem intervenções que busquem a ampliação do acesso aos dados (COMMITTEE..., 2019, p. 59).

Compreender a detenção de extensas bases de dados enquanto barreira à entrada para mercados digitais, entretanto, não é a única abordagem acerca das implicações concorrenciais do fenômeno de *big data* (LAMBRECHT; TUCKER, 2015), sendo que a remediação de tal falha de mercado pela via concorrencial traz consigo uma série de desafios. Se o caráter não-rival e pretensamente ubíquo dos dados impõe dificuldades para sua classificação enquanto barreira à entrada, a dificuldade de se fixar um valor justo ao acesso às bases de dados e as implicações ao direito de privacidade relacionadas ao compartilhamento forçado de dados pessoais entre empresas podem ser óbices para a efetiva aplicação de remédios concorrenciais.

Fato é que mercados digitais representam uma parcela considerável da economia global e a concentração de tais mercados tem chamado a atenção de acadêmicos e de autoridades no mundo todo que buscam, no direito econômico, saídas para a correção de falhas de mercado que prejudicam a concorrência nesses setores. As soluções vão da criação de uma agência especializada responsável por regular mercados digitais (COMMITTEE..., 2019, p. 84-85) até a implementação de remédios estruturais e comportamentais relacionados ao *big data*.

A doutrina de infraestruturas essenciais, por trazer uma série de requisitos indispensáveis para a caracterização do bem como essencial para a concorrência efetiva, dificilmente seria abrangente o bastante para abarcar o acesso aos dados. Como defendido por Lehtioksa (2018), a análise da indispensabilidade dos dados deve ser feita caso a caso, porém as implicações para a privacidade parecem se mostrar como obstáculos de improvável superação para se aplicar a doutrina a casos de recusa de fornecimento de dados para concorrentes.

A portabilidade de dados prevista no GDPR, por outro lado, traz problemas menos significativos quanto a privacidade dos titulares dos dados e acaba por trazer consigo efeitos concorrenciais. O dispositivo do Regulamento, entretanto, não cumpre tal papel sozinho, uma vez que ele depende da implementação de padrões de interoperabilidade por parte das agências reguladoras de mercados específicos para tal (GRUPO..., 2017, p. 21).

Ainda assim, questiona-se se o efeito concorrencial da aplicação deste dispositivo seria suficiente para sanar eventuais falhas de mercado relacionadas a detenção de dados por empresas dominantes, especialmente considerando os vieses cognitivos que levam grande parte dos usuários de serviços dessas empresas se comportarem de maneira a favorecer o *single-homing* (COMMITTEE..., 2019).

A implementação do *open banking* no Reino Unido, enquanto medida para fazer com que o mercado bancário do país se torne mais competitivo, se aproxima da aplicação do dispositivo de portabilidade dos dados do GDPR e da doutrina de infraestruturas essenciais, sem se confundir, entretanto, com nenhum dos dois institutos.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a implementação do *open banking* não partiu da provocação de competidores dos grandes bancos de varejo ingleses ou mesmo de clientes insatisfeitos com os serviços bancários oferecidos no país. Ela foi fruto de uma investigação da própria autoridade de defesa da concorrência inglesa, que concluiu que o alto nível de concentração dos mercados de fornecimento de contas correntes pessoais e corporativas, assim como o de empréstimos para SMEs, poderia ser combatido com tal medida (COMPETITION..., 2016).

A implementação dessa estratégia no Reino Unido se aproxima da aplicação do dispositivo da portabilidade de dados na medida em que cria um padrão de interoperabilidade entre os dados dos nove maiores bancos de varejo que atuam no país (GOETTENAUER, 2018). Além disso, ela pressupõe que o compartilhamento dos dados pessoais em posse dos bancos só poderá ocorrer mediante o consentimento dos titulares e traça padrões de segurança que devem ser cumpridos por todos os envolvidos no projeto. Outro ponto que aproxima o *open banking* da do instituto de portabilidade de dados do GDPR é o fato de que a autoridade da concorrência provocou a agência reguladora do mercado financeiro para uma atuação em conjunta na formulação do programa, o que culminou em uma atuação setorizada e mais viável de se controlar.

Quanto a aproximação da estratégia de *open banking* e da aplicação da doutrina de infraestruturas essenciais, há de se elencar que não existe uma provocação da empresa incumbente para ter acesso aos dados ou a obrigatoriedade de contratar mediante decisão da autoridade de concorrência. Entretanto, ao considerar os dados enquanto uma barreira à entrada para o mercado de empréstimos para pequenas e médias empresas (COMPETITION..., 2016, p. 401) e justificar a criação de padrões de interoperabilidade com a possibilidade de criação de novos produtos e modelos de negócio, a CMA lança mão de argumentos que poderiam, em certa medida, respaldar a consideração de dados enquanto bem essencial.

Enfim, considerando os problemas de enquadramento e de privacidade envolvidos na aplicação da doutrina de infraestruturas essenciais, a portabilidade de dados parece uma alternativa mais viável para os problemas concorrenciais de mercados digitais. A proposta do GDPR sozinha, entretanto, não parece sanar o problema, uma vez que carece de especificações técnicas dos requisitos de interoperabilidade, motivo que se soma ao fato de que o regulamento não pune o desenvolvimento de mecanismos para obstruir a interoperabilidade.

Uma alternativa promissora para o problema da criação de especificações técnicas seria a criação de uma Autoridade Digital que ficasse responsável pelo desenvolvimento e manutenção de padrões interoperáveis junto a agências reguladoras especializadas, nos moldes trazidos pelo relatório do SCCDP. Tal autoridade poderia trabalhar juntamente com outras agências de maneira análoga ao processo colaborativo protagonizado pela CMA e a FCA.

Ainda assim, paira a dúvida acerca do real impacto econômico de tal medida, uma vez que seu funcionamento depende fundamentalmente da quebra da inércia de consumidores que, em se tratando de mercados digitais, são especialmente propensos à prática do *single-homing*. Mitigar os efeitos dessa inércia poderia acontecer mediante técnicas da economia comportamental, como opções *default*, com o devido zelo à privacidade e proteção de dados.

O presente trabalho não tem pretensão de esgotar os temas aqui expostos, mas sim propor uma agenda de pesquisa futura com objetivo de aprofundar em temas ainda controversos e de suma

importância jurídica e econômica. O estudo do papel dos dados para o direito concorrencial envolve situações que estão longe de se consolidar academicamente e casos como a implementação do *open banking* no Reino Unido estão apenas começando a trazer informações que possam informar melhores conclusões sobre o tema.

O aprofundamento nas técnicas de controle de condutas e na busca pelo livre fluxo de dados parece um caminho promissor com potencial de transformar o panorama regulatório dos mercados digitais e promover um ambiente com mais espaço para concorrência e inovação. Resta seguir acompanhando os resultados das medidas que têm sido implementadas nesse sentido para confirmar se tal potencial será de fato precursor de mudanças positivas na concorrência desses mercados.

## BIBLIOGRAFIA

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. **Competition Law and Data**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/32DdOru>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CANDEUB, Adam. Trinko and Re-Grounding the Refusal to Deal Doctrine. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 66, n. 4, p. 821-870, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/36ly2RK>. Acesso em: 18 nov. 2020.

COMMITTEE FOR THE STUDY OF DIGITAL PLATFORMS. Market Structure and Antitrust Subcommittee. **Report**. Chicago: The University of Chicago Booth School of Business, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2IAi2Jm>. Acesso em: 18 nov. 2020.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA). **Retail Banking Market Investigation: final report**. Londres: CMA, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2GVgAk5>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. **Guia Remédios Antitruste**. Brasília: CADE, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2IKyvLi>. Acesso em: 18 nov. 2020.

COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law. **Common Market Law Review**, Londres, v. 54, n. 1, p. 11-50, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2IDR3fC>. Acesso em: 18 nov. 2020.

COUTINHO, Francisco Pereira; MONIZ, Graça Canto (coords.). **Anuário da Proteção de Dados 2018**. Lisboa: CEDIS, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2KqYEPX>. Acesso em: 28 nov. 2019.

DELOITTE. **How to flourish in an uncertain future: Open banking and PSD2**. Londres: Deloitte, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/35siTEB>. Acesso em: 28 nov 2019.

DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL. **Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel**. Londres: HM Treasury, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2lwX2D6>. Acesso em: 18 nov. 2020.

EGAN, Erin. Charting a Way Forward on Privacy and Data Portability. **Facebook**, 4 set. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3dBryGL>. Acesso em: 18 nov. 2020.

GANDOMI, Amir; HAIDER, Murtaza. Beyond the hype: Big data concepts, methods, and analytics. **International Journal of Information Management**, [S. l.], v. 35, n. 2, p. 137-144, abr. 2015. Disponível em:

<https://bit.ly/3eTNjD2>. Acesso em: 18 nov. 2020.

GOETTENAUER, Carlos. Open banking e teorias de regulação da Internet. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, v. 22, n. 82, pp. 109-130, out./dez. 2018.

GONÇALVES, Priscila Brolio. **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3lw8LQP>. Acesso em: 18 nov. 2020.

GRUPO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. **Orientações sobre o direito à portabilidade dos dados**. Bruxelas: Grupo de Trabalho, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/32YPv7F>. Acesso em: 18 nov. 2020.

KENNEDY, Joe. **The Myth of Data Monopoly: Why Antitrust Concerns About Data Are Overblown**. Washington: Information Technology & Innovation Foundation, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/38Ed60K>. Acesso em: 18 nov. 2020.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, Yale, v. 126, n. 710, p. 710, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3irqXJb>. Acesso em: 18 nov. 2020.

KPMG. **PSD2 and Open Banking: Revolution or evolution?** [S. l.], KPMG, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3eXxyL9>. Acesso em: 18 nov. 2020.

LEHTIOKSA, Jere. **Big Data as an Essential Facility: the Possible Implications for Data Privacy**. 2018. Tese (Mestrado em Direito Internacional Empresarial e Direito Internacional Público) - Faculty of Law, University of Helsinki, Helsinki, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3nqbEDB>. Acesso em: 18 nov. 2020.

LAMBRECHT, Anja; TUCKER, Catherine E. **Can Big Data Protect a Firm from Competition?** [S. l.: s. n.], 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2UwhNBr>. Acesso em: 18 nov. 2020.

OLIVEIRA, Filipe. Facebook chega a 127 milhões de usuários mensais no Brasil. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 jul. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/38Fl6Pa>. Acesso em: 18 nov. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Data-driven Innovation for Growth and Well-being: interim synthesis report**. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2H2lWu0>. Acesso em: 18 nov. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Rethinking Antitrust Tools For Multi-sided Platforms**. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2UqNnRi>. Acesso em: 18 nov. 2020.

OPEN BANKING IMPLEMENTATION ENTITY (OBIE). **Open Banking: Guidelines for Open Data Participants**. Londres: Open Banking, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3kyj1qy>. Acesso em: 18 nov. 2020.

OPEN BANKING IMPLEMENTATION ENTITY (OBIE). **Open Banking, Preparing for lift off: Purpose, Progress & Potential**. Londres: Open Banking, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3eUz29c>. Acesso em: 18 nov. 2020.

PRICEWATERHOUSECOOPERS (PWC). **The future of banking is open: how to seize the Open Banking opportunity**. [S. l.]: PWC, 2018. Disponível em: <https://pwc.to/3nIS4YX>. Acesso em: 18 nov. 2020.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big Data And Competition Policy**. New York: Oxford University

Press, 2016.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust. **CPI Antitrust Chronicle**, May. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3eZdHex>. Acesso em: 18 nov. 2020.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allan P. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. **Antitrust Source**, Apr. 2015a. Disponível em: <https://bit.ly/2lF2QdC>. Acesso em: 18 nov. 2020.

URSIC, Helena. Unfolding the New-Born Right to Data Portability: Four Gateways to Data Subject Control. **SCRIPTed**. Edimburgo, v. 15, n. 1, p. 42-69, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/36NgyDT>. Acesso em: 18 nov. 2020.

WATSON, Sarah M. Data is the New “\_\_\_”. **DisMagazine**, [2019]. Disponível em: <https://bit.ly/2UpI5Xd>. Acesso em: 18 nov. 2020.

WU, Tim. **The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age**. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2018.

ZACHARIADIS, Markos; OZCAN, Pinar. **The API Economy And Digital Transformation In Financial Services: The Case Of Open Banking**. [S. l]: Swift Institute, 2017.

# 3

## NOVAS TECNOLOGIAS E CONCORRÊNCIA: DESIGUAL É DESLEAL? O CASO CLARO/ TOPSPORTS/FOX

*New technologies and competition: is unequal equivalent to disloyal? The case of Claro/ Topsports/Fox*

Marcela Mattiuzzo<sup>1</sup>

Livia Amorim<sup>2</sup>

### RESUMO

Com o ritmo acelerado da inovação tecnológica observado hoje em diferentes setores, uma questão que tem se colocado de maneira cada vez mais presente diz respeito à equiparação de regimes regulatórios entre serviços tradicionais e novas tecnologias. É frequente que esse debate se centre em dois polos: aquele dos incumbentes, que buscam argumentar que tal equiparação é necessária e inevitável, e aquele dos entrantes, que buscam demonstrar como seu modelo de negócio resolve falhas de mercado e apresenta novas características que tornam a regulação anteriormente estabelecida inadequada. O artigo busca apresentar esse debate por meio do caso concreto Claro/Fox/Topsports, analisado pela Anatel, a fim de estudar as interfaces entre regulação e concorrência no que diz respeito a regimes jurídico-regulatórios distintos para bens e serviços que se configuram como substitutos imperfeitos e, portanto, apresentam zonas de concorrência, ainda que parcial.

**Palavras-chave:** assimetria regulatória; concorrência desleal; inovação; antitruste; SeAC; SVA.

### ABSTRACT

The accelerated rhythm of technology innovation in different sectors of economy has prompted the debate about whether the obligations imposed by regulators to the traditional players of the market (the incumbents) should be equally enforced to entrants that use new technologies. Most frequently, the debate is oriented by two main arguments: that of the incumbents, which hold that a uniform treatment is necessary and inevitable; and that of the entrants, which try to demonstrate that their business model addresses old market failures and therefore the existing regulation is not

1      Doutoranda em Direito Comercial na Universidade de São Paulo, SP/Brasil. E-mail: marcela.mattiuzzo@usp.br.

2      Formada em Direito pela Universidade de Brasília, possui mestrado em tributação e finanças de Petróleo e Gás pelo CEPMLP – Universidade de Dundee. Atualmente, é pesquisadora no Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas (FGV CERI) e professora no Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. E-mail: livia.amorim@soutocorrea.com.br.

fit for purpose. This article assesses these questions by a case study, the Claro/Fox/Topsports case (ruled by the National Telecommunications Agency, Anatel). The text analyses the interfaces between sectorial and competition regulations regarding the appliance of asymmetric regulation to good and services that are imperfect substitutes and, therefore, have overlapping zones of competition.

**Keywords:** asymmetric regulation; unfair competition; innovation; antitrust; OTT.

**Classificação JEL:** K2; K21; K23.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O Caso Claro/Fox/Topsports; 2.1. Os serviços prestados; 2.1.1. O conteúdo: flexibilidade; 2.1.2. A infraestrutura: descentralização; 2.2. Embate entre modelos: SeAC vs. SVA; 2.2.1. A cadeia de valor do SeAC; 2.2.2. O conceito de SVA; 2.2.3. A distinção regulatória; 2.3. A disputa em concreto e a decisão da Anatel; 3. Assimetria Regulatória E Concorrência; 3.1. O impacto concorrencial da equiparação de regimes; 4. Considerações Finais; 5. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O ritmo da inovação tecnológica aumenta a cada dia. Descobertas que antes levariam anos para serem concluídas são levadas a cabo em meses ou até semanas. O uso intensivo de dados na busca de novos produtos e da customização de bens e serviços levou a economia a um novo patamar, no qual a regra é a dinamicidade acelerada e a mudança constante. Não por outra razão a frase definidora de um dos maiores expoentes da economia digital, Mark Zuckerberg, foi durante vários anos “*Move fast and break things*”. O advento de ferramentas como a inteligência artificial promete acelerar ainda mais esse processo, e trazer um grau ainda maior de complexidade ao debate.

Se representam um universo de possibilidades, as inovações são também um grande desafio para o Estado, por variadas razões. Seja porque podem ser utilizadas para uma diversa gama de finalidades, inclusive algumas ilícitas, seja porque a compreensão exata de seu funcionamento e de suas consequências para o mercado não é trivial. Neste trabalho, buscaremos analisar em específico o desafio apresentado pela regulação de novas tecnologias de transmissão de conteúdo, e o impacto desse debate para o ambiente competitivo.

Como dito, a regulação de qualquer nova tecnologia, principalmente aquelas que geram disrupção<sup>3</sup> em determinados nichos de mercado, é um processo complexo sob diferentes perspectivas. De um lado, é preciso lidar com as ansiedades e demandas dos agentes econômicos. Contrapõem-se as reivindicações do incumbente – que, normalmente já objeto de intensa regulação e, quase sempre, tributação, se sente sobreonerado – com os anseios de inovação dos entrantes – em regra menos regulados<sup>4</sup>, em processo de expansão de sua posição no mercado e com o receio de ter seu crescimento freado pelo excesso de normas (e custos) que já carrega o incumbente. Do outro, é necessário endereçar a propensão dos próprios reguladores a fornecer soluções rápidas, e por vezes inadequadas, aos problemas. A assimetria regulatória que emerge com a disrupção tem revelado como reação mais imediata o recurso às categorias existentes, combinado com um pedido de “correção” de tal

3 Na definição de Cortez (2014, p. 182-183) “*Disruptive “technologies”—later broadened in the literature to disruptive “innovations”—undermine and then displace incumbents*”.

4 Usualmente, pelo próprio caráter de inovação e de mudança radical no modelo de negócios existente, esses agentes atuam em lacunas da norma, espaços ainda não alcançados pela regulação.

assimetria – percebida como injusta pelo incumbente e por isso mesmo por vezes chamada de “concorrência desleal” – a algum órgão deliberativo com competência<sup>5</sup> para equiparar, de forma rápida, os regimes.

Compreender de forma adequada o movimento que ocorre no mercado não é simples, mas mesmo uma vez feito esse diagnóstico e encontradas as possíveis soluções, desenhar respostas adequadas leva tempo. É assim que, muitas vezes, ao invés de aprovar – se necessário – nova legislação com uma regulação apropriada para o modelo inovador (e, por vezes, incorporar a essa nova proposta a correção de distorções incidentes sobre o modelo antigo) acaba-se optando por acabar com a suposta assimetria transpondo o modelo de regulação do incumbente para o entrante, a fim de concretamente acabar com a diferenciação. Esse tipo de movimento ocorre não apenas por provocações dos incumbentes, que se engajam em uma tentativa de preservar sua posição de mercado, mas ainda por outros *stakeholders* interessados em preservar o ‘sistema de oneração’<sup>6</sup> subjacente ao modelo do incumbente. Em grande medida, contudo, esse movimento se dá também por conta da dificuldade que tem o Estado em lidar com as mudanças tecnológicas de forma rápida e efetiva. Não é de hoje que se sabe que o direito, apesar de fundamental na garantia de segurança jurídica para o funcionamento da economia como um todo e também dotado de capacidade de mitigação de falhas de mercado, tende a ser mais lento que a inovação tecnológica e, portanto, cada vez mais se depara com circunstâncias nas quais o cenário econômico já se alterou e somente então a intervenção do Estado na economia irá ocorrer.

É na esteira dessas constatações que diversos problemas concretos têm se apresentado e desafiado as instituições nacionais e estrangeiras, especialmente no que tange à interface entre debates regulatórios e concorrenciais no contexto de novas tecnologias. Nesse artigo, buscaremos tratar de um dos muitos temas atinentes a essa discussão, qual seja, o desafio criado por diferenças de regimes regulatórios entre empresas concorrentes, utilizando como pano de fundo o setor de telecomunicações brasileiro e, mais especificamente, um debate recente com que se deparou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), aquele que ficou conhecido com o caso Claro/Fox/Topsports.

Para tanto, será feita, em primeiro lugar, uma explanação sobre o caso concreto e seus aspectos relevantes para o debate que se pretende aqui empreender. Em seguida, buscaremos mostrar como o embate Claro/Fox/Topsports é um exemplo de um movimento mais abrangente, que se traduz numa tentativa de utilizar o argumento de assimetrias regulatórias a fim de justificar intervenções no ambiente competitivo, o que tem ocorrido com particular intensidade por conta dos desenvolvimentos tecnológicos recentes. Por fim, pretendemos tecer considerações sobre o que consideramos ser um caminho viável a ser trilhado nesse tipo de circunstância para resolução de algumas das

5 À parte, ainda, a discussão sobre a competência legal de fato do órgão buscado como instância deliberativa para equiparar os regimes de exploração e retirar (ou, ao menos, reduzir) a assimetria regulatória.

6 Ao explicar os regimes jurídicos do caso concreto analisado no âmbito deste artigo alguns elementos que compõem esse ‘sistema de oneração’ ficarão menos enigmáticos. Em síntese, eles costumam corresponder a um nível de incidência tributária maior do que em outras atividades econômicas (por um pressuposto de que a demanda aos serviços de infraestrutura é menos elástica), à obrigatoriedade de pagamento de encargos setoriais (que têm por objetivo declarado o custeio da regulação e fiscalização da atividade, mas que na prática são historicamente contingenciados para cumprir metas de finanças públicas), à obrigatoriedade de observância de regras de conteúdo local e outras obrigações que elevam o custo de prestação do serviço.

questões que surgem nesse contexto.

## 2. O CASO CLARO/FOX/TOPSPORTS INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2018, a Claro apresentou denúncia à Anatel contra as empresas Fox Latin American Channels do Brasil Ltda. (Fox) e Topsports Ventures Ltda. (Topsports) defendendo que a prestação dos serviços Fox+ e El Plus sem autorização prévia da agência configuraria violação à Lei n.º 12.485/11 (BRASIL, 2011), Lei do SeAC, que requer título habilitante para exploração da atividade de distribuição de conteúdo ao consumidor final, título este que nem Fox+ nem El Plus possuíam<sup>7</sup>. Segundo as alegações da Claro, as atividades da Fox e da Topsports neste caso seriam clandestinas e deveriam ser cautelarmente interrompidas pela autoridade, até que se submetessem à autorização da agência e ao ‘sistema de oneração’ a que a Claro está exposta sob o regime da Lei do SeAC.

Como será visto, em linhas gerais, a questão jurídica central em disputa no caso concreto apresentado à Anatel consiste em definir se os serviços de *Video on Demand* (VoD) El Plus e Fox+ estão enquadrados na definição legal (i) de distribuição (atividade de comunicação audiovisual de acesso condicionado) prevista pela Lei n.º 12.485/11 ou (ii) de serviço de valor adicionado previsto no art. 61 da Lei n.º 9.472/97, a Lei Geral de Telecomunicações (BRASIL, 1997).

No entanto, pensando sob uma perspectiva mais abrangente, que engloba questões jurídico-econômicas que extrapolam o caso concreto, é possível perceber que a disputa de fato envolve uma busca do incumbente - a Claro - em barrar a entrada de novos *players* - Fox e Topsports - por meio de recurso a um argumento de assimetria regulatória. Uma análise cuidadosa da questão, conforme será melhor explorado no item 3, revela que o impacto desse enquadramento para o ambiente competitivo é relevante e deveria ser objeto de preocupação tanto da agência em concreto quanto do poder público de forma mais ampla. Além disso, cumpre observar que apesar de o anseio de uma solução rápida - para um lado ou paro o outro - ter levado à contraposição dessas duas categorias jurídicas<sup>8</sup>, na verdade, em uma perspectiva macro, mais setorial, é possível sustentar que nenhuma delas parece perfeitamente aplicável à regulação dos serviços de VoD. Restringiu-se a pergunta ao ser - partindo do que existe, o que é -, mas não foi objeto de discussão o que deveria ser. Esse diagnóstico também é relevante na discussão que aqui se pretende empreender sobre os impactos concorrenciais das assimetrias regulatórias, conforme será explorado em maior detalhe abaixo.

### 2.1. Os serviços prestados

Os serviços comparados no caso sob análise são (i) aqueles prestados pela Claro TV (de “TV a cabo” ou “TV por assinatura”) com (ii) a oferta de conteúdo *on demand* pela TopSports (o El Plus) e pela Fox (o Fox+) diretamente ao consumidor final. Sem adentrar ainda na tipificação jurídica dada a cada uma das utilidades prestadas por esses agentes, esta seção descreve, em linhas gerais, em que consistem cada um desses serviços, inclusive no que diz respeito à estruturação física das atividades.

7 Processos Administrativos ANATEL n.º 53500.056473/2018-24 (Claro vs. Fox) (BRASIL, 2018) e 53500.057279/2018-66 (Claro vs. Topsports) (BRASIL, 2018).

8 O que faz sentido, considerando-se a estratégia específica, mas não necessariamente deve limitar o debate setorial sobre o assunto.

### 2.1.1. O conteúdo: flexibilidade

Em relação ao conteúdo disponibilizado pelas plataformas on-line Fox+ e El Plus e ao disponibilizado pela Claro TV, a principal diferença consiste na flexibilidade do acesso ao conteúdo, em diferentes dimensões.

A primeira delas é uma flexibilidade física de acesso, já que os serviços de *streaming*, por não se utilizarem de rede própria, podem ser acessados por qualquer dispositivo com acesso à internet e não apenas através do sinal de aparelhos instalados pelo distribuidor do conteúdo.

A segunda diferença diz respeito à flexibilidade vertical e horizontal do conteúdo na grade de programação. Nos serviços de *streaming on demand* o conteúdo acessado em cada horário é exclusivamente dependente da escolha do consumidor. Não há uma grade de programação rígida que determine que segunda-feira às 9h da manhã apenas poderão ser assistidos os conteúdos “X, Y e Z” constantes da grade linear de programação. Na maioria dos casos, mesmo quando há uma sequência ou uma rotina em relação a determinados conteúdos disponibilizados, o horário de transmissão é tão somente uma questão de ineditismo do conteúdo, mas não mais um horário fixo (e excludente) de disponibilização, já que aquele conteúdo transmitido ao vivo todas as terças-feiras às 10h poderá ser acessado livremente em dias e horários alternativos (e, por óbvio, posteriores).

Importante destacar, contudo, que algumas das plataformas de *streaming* permitem ter acesso a canais lineares de programação. Esse é, por exemplo, um dos serviços oferecidos pelo Fox+. Além dos conteúdos *on demand*, o assinante do serviço pode ter acesso aos canais ao vivo de televisão da rede Fox.

Além dessas flexibilidades, a utilização de Big Data para análise dos dados dos consumidores finais permite às plataformas de VoD conhecer as preferências reveladas pelos usuários (e por seu grupo de conexões sociais, por exemplo) com maior precisão e, com isso, melhorar tanto a experiência do usuário (mais agilmente direcionado e realimentado com conteúdo dentro de suas preferências) quanto o direcionamento de recursos das companhias (já que podem avaliar de forma mais rápida a receptividade dos consumidores a cada conteúdo especificamente)<sup>9</sup>.

O modelo de negócios da distribuição de conteúdo por meio das prestadoras de serviço de acesso condicionado, como a Claro TV, está associado a uma restrição de rede para disponibilização de conteúdo sob a forma de canais de programação, a capacidade útil total<sup>10</sup> da rede. A capacidade útil total da rede da prestadora<sup>11</sup> é o que define o número máximo de canais de programação que podem ser distribuídos. Os canais de programação, por sua vez, pela própria definição legal<sup>12</sup>, têm

9 Como destacam Ragazzo e Oliveira (2017, p. 212), a utilização de Big Data, juntamente com o desenvolvimento de conteúdo próprio e a individualização de experiência do usuário são elementos característicos das OTTs de vídeo. Em específico sobre a utilização de Big Data, os autores observam que: “Essa solução de Big Data auxilia o mercado de streaming de vídeo a entender o comportamento dos assinantes e oferecer respostas rápidas às demandas. Por utilizar o modelo de Big Data como forma de mapear os interesses dos consumidores, contribuindo para uma experiência que esteja mais em linha com o esperado pelo assinante, a plataforma de OTT acaba gerando eficiência alocativa.”.

10 Conforme definido pela Resolução ANATEL nº 581/2012: XXXIII - Capacidade Útil Total: número máximo de Canais de Programação que podem ser distribuídos por meio da Rede da Prestadora (BRASIL, 2012).

11 Conforme definido pela Resolução ANATEL nº 581/2012 (na redação dada pela Resolução ANATEL nº 692/2018).

12 Ver art. 2º, IV da Lei do SeAC.

como elemento essencial o arranjo dos conteúdos audiovisuais em sequência linear temporal com horários predeterminados.

Para as operadoras de TV por assinatura há, portanto, uma restrição da quantidade total de conteúdo distribuído, decorrente da limitação de capacidade da rede e da obrigatoriedade de organização do conteúdo de forma linear e com horários rígidos e pré-fixados. Por mais que haja um direcionamento da programação para horários em que a audiência esperada é maior (em função dos padrões de comportamento de determinada localidade), não há um nível de granularização do comportamento esperado por usuário (ou no máximo pelo grupo de assinantes) como ocorre nas plataformas de VoD.

### 2.1.2. A infraestrutura: descentralização

Para além dessas características observadas sobre a flexibilidade do conteúdo oferecido, os serviços apresentam diferenças relevantes no que diz respeito à relação que estabelecem com a rede necessária para distribuição do conteúdo.

No caso dos serviços prestados pela Claro TV, a distribuição de conteúdo é feita de forma ‘casada’ com o fornecimento do serviço de acesso à rede necessária para a transmissão do conteúdo. Na mesma contratação, há, portanto, a prestação de um serviço de telecomunicação propriamente e também a entrega do conteúdo audiovisual. Há uma infraestrutura centralizada, detida ou acessada pela operadora de TV por assinatura, que presta o serviço de telecomunicação ao consumidor final (consumidor final esse tanto do serviço de telecomunicações quanto do conteúdo audiovisual distribuído por meio do serviço de rede contratado)<sup>13</sup>.

No caso das plataformas de *streaming* esses dois serviços deixam de ser oferecidos de forma conjunta e a entrega de conteúdo audiovisual é feita diretamente ao consumidor final através dos serviços de rede contratados individualmente pela plataforma de *streaming* e pelo consumidor final (inclusive por meio de diferentes provedores). Ou seja, ao contratar a plataforma de *streaming*, o consumidor final não mais fica vinculado à prestação conjunta do serviço de telecomunicações subjacente necessário à entrega do conteúdo audiovisual. Para a recepção do conteúdo, o consumidor utiliza-se dos serviços de internet contratados de outros provedores e não exclusivamente destinados a viabilizar o serviço de entrega de conteúdo audiovisual. Esse formato de entrega de conteúdo audiovisual, onde o ofertante utiliza-se da internet pública para entrega ao usuário final e não tem controle ou responsabilidade sobre a rede utilizada para tanto, é típico dos chamados serviços *Over the Top* (OTT)<sup>14</sup>.

13 No parecer apresentado pela Topsports no processo de denúncia da Claro, a distinção de organização dos serviços foi feita como unidirecional (que partem de uma infraestrutura centralizada como meio para distribuição do conteúdo ao consumidor final) e bidirecional (que partem de serviços de internet, individuais e independentes, contratados pela plataforma de OTT e pelo consumidor final). Ver Ragazzo (2019, p. 17)

14 Destacando a falta de uniformidade de um conceito de OTT, Fernandes (2018, p. 14) observa que algumas definições são mais centradas no caráter subjetivo do conceito (se referindo a grandes empresas de internet) e outras mais no caráter objetivo (no serviço em si). Considerando que o conceito de fundo do presente trabalho também envolve a caracterização objetiva das OTTs, cita-se a definição deste autor: “Sob esse aspecto objetivo, a expressão também não tem sido empregada de forma unívoca, designando: (i) de forma ampla, todo e qualquer conteúdo (content), serviço (service) ou aplicativo (application) que pode ser acessado por usuários finais a partir da internet ou, (ii) de forma restrita, determinados tipos de serviços de comunicação e de vídeo prestados a partir da internet e que se afiguram potencialmente substitutivos em relação aos serviços tradicionais de telecomunicações.”

## 2.2. Embate entre modelos: SeAC vs. SVA

Tendo como pano de fundo as diferenças regulatórias observada entre os dois grupos de serviços, as teses jurídicas apresentadas a favor e contra a reclamada clandestinidade da prestação dos serviços El Plus e Fox+ pela TopSports e pela Fox, respectivamente, contrapõem fundamentalmente dois conceitos trazidos pela legislação brasileira: (i) a distribuição de serviços de acesso condicionado, enquadrada no regime da Lei nº 12.485/11 e (ii) os serviços de valor adicionado, enquadrado no regime da Lei nº 9.472/97 (ou Lei Geral de Telecomunicações, LGT).

De um lado, a Claro TV defende que o El Plus e o Fox+ são serviços de acesso condicionado, enquadrando-se na definição trazida pelo art. 2º, XXIII da Lei n.º 12.485/11 como “serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer” (BRASIL, 2011).

Do outro lado, a TopSports e a Fox alegam que os serviços prestados estariam enquadrados na definição de serviços de valor adicionado, conforme definição trazida pelo art. 61 da Lei nº 9.472/97 (BRASIL, 1997), por serem serviços que não se confundem com a rede, por não constituírem serviço de telecomunicações e por serem prestados por agentes usuários da rede de internet (esta, sim, serviço de telecomunicação)<sup>15</sup>.

Importante, nesse contexto, entender a cadeia regulada pela Lei do SeAC e o tratamento dado aos SVAs pela LGT para assimilar a extensão do debate e as consequências práticas de seguir um ou outro caminho.

### 2.2.1. A cadeia de valor do SeAC

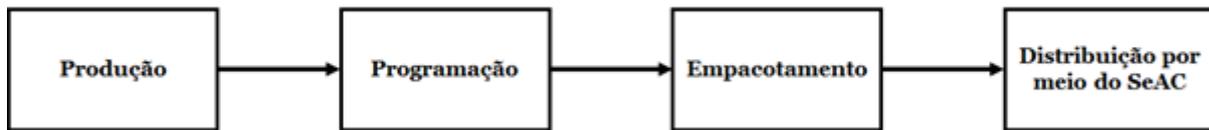
A distribuição é a última etapa da cadeia de valor descrita pela Lei do SeAC. A cadeia é formada pelas atividades de produção, programação, empacotamento e distribuição. A lei determina que as atividades à montante da distribuição são reguladas pela Agência Nacional do Cinema (Ancine) e a distribuição ela mesma regulada pela Anatel.

15 Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

**Figura 1 – Cadeia de Valor da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado  
(definida pela Lei nº 12.485/11)**



Fonte: Elaborado pelas autoras em 2020.

A produção, nos termos do art. 2º, XVII da Lei nº 12.485/11 (BRASIL, 2011), consiste na “*atividade de elaboração, composição, constituição ou criação de conteúdos audiovisuais em qualquer meio de suporte*”. Ou seja, ela é propriamente a montagem e concepção do trabalho audiovisual a ser posteriormente transmitido.

A programação, por sua vez, nos termos do art. 2º, XX é definida como “*atividade de seleção, organização ou formatação de conteúdos audiovisuais apresentados na forma de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado*” (BRASIL, 2011). Canal de programação é um conceito também definido, no art. 2º, IV como o “*resultado da atividade de programação que consiste no arranjo de conteúdos audiovisuais organizados em sequência linear temporal com horários predeterminado*” (BRASIL, 2011). Em outras palavras, programar, na linguagem do SeAC, é reunir conteúdo de forma a montar uma sequência de obras audiovisuais, e assim ter um canal, como Cartoon Network, TNT, TeleCine, HBO, entre tantos outros.

O empacotamento, pelo art. 2º, XI, é a “*atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante*”. A Lei do SeAC, no art. 2º, XVI, também conceitua o que é pacote, como sendo o “*agrupamento de canais de programação ofertados pelas empacotadoras às distribuidoras, e por estas aos assinantes, excluídos os canais de distribuição obrigatória*” (BRASIL, 2011). Também conhecido como *bundling*, o empacotamento nada mais é que a reunião de variados canais numa grade de programação.

Por fim, a atividade de distribuição é definida no art. 2º, X como a

*entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros, cabendo ao distribuidor a responsabilidade final pelas atividades complementares de comercialização, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos, entre outras (BRASIL, 2011).*

Esse serviço é prestado por empresas como Sky e Net/Claro, e é o que o consumidor final conhece como TV a cabo ou TV por assinatura.

Em concreto, portanto, a questão submetida à interpretação da Anatel no caso diz respeito a saber se a Topsport e a Fox realizam a atividade de ‘distribuição por meio do serviço de acesso condicionado’, posição defendida pela Claro. Isso porque, como dito, a agência de telecomunicações é competente tão somente para regular o serviço de distribuição, sendo as demais atividades submetidas à fiscalização da Ancine. Portanto, se concluísse pela inexistência da distribuição, ainda que

entendendo que Fox+ e El Plus comportavam serviços típicos de produção, programação e empacotamento, a Anatel seria forçada a concluir que não possuía jurisdição sobre a questão.

### 2.2.2. O conceito de SVA

Ao definir a organização dos serviços de telecomunicações, a LGT apresenta duas definições: (i) a de serviço de telecomunicações; e (ii) a de serviço de valor adicionado, o SVA.

A definição de serviço de telecomunicações é feita pelo art. 60 da LGT (BRASIL, 1997) como o *“conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”*, enquanto telecomunicação, por sua vez, é conceituada como a *“transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”*<sup>16</sup>.

Já os serviços de valor adicionado são definidos pelo art. 61 da LGT<sup>17</sup> como a *“atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”*. Ou seja, os SVAs compreendem atividades que acrescentam novas utilidades de acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, a um serviço de telecomunicações.

Faz-se, portanto, uma delimitação negativa do conceito de serviços de telecomunicação, esclarecendo serem aquelas atividades que usam serviços de telecomunicação para desempenho de outras atividades que lhe agregam valor, mas que com eles não se confundem. O provedor de um SVA é, dessa forma, um usuário do serviço ou da rede de telecomunicações necessária para desempenho de suas atividades.

É relevante observar que os provedores de SVA, diferentemente dos ofertantes de serviços de acesso condicionado, não estão sujeitos à necessidade de outorga prévia pela Anatel para exploração de suas atividades.

### 2.2.3. A distinção regulatória

Na prática, portanto, o enquadramento de uma atividade como SeAC leva à necessidade de

16 Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis (BRASIL, 1997).

17 Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações (BRASIL, 1997).

submissão às disposições da Lei nº 12.485/11 (BRASIL, 2011), que impõe uma série de restrições e obrigações, destacando-se a necessidade de autorização prévia da Anatel, as restrições de participação cruzada em diferentes etapas da cadeia (veda o exercício da atividade de distribuição por produtoras e programadoras, e vice-versa, e estabelece restrições a participações cruzadas na cadeia, de acordo com o artigo 5º), as obrigações de disponibilização de determinados canais de programação (a exemplo de um canal reservado para a Câmara dos Deputados, para o Senado Federal e para o Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup>) e a submissão a um regime tributário distinto - e mais severo - daquele aplicável aos SVAs (especificamente, a cobrança das contribuições ao FUST, Funttel e Fistel).

### 2.3. A disputa em concreto e a decisão da Anatel

Duas questões são essenciais na compreensão da cadeia de valor do SeAC como definida pela Lei nº 12.485/11 para fins do debate no caso concreto: (i) o produto estruturante desta cadeia, os canais de programação; e (ii) a atividade de distribuição de conteúdo realizada pelas prestadoras do serviço de acesso condicionado.

Pelas definições legais estabelecidas na Lei do SeAC (BRASIL, 2011), há uma delimitação mínima do produto a ser criado, organizado e entregue ao consumidor final por meio desta cadeia,

18 Art. 32. A prestadora do serviço de acesso condicionado, em sua área de prestação, independentemente de tecnologia de distribuição empregada, deverá tornar disponíveis, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações:

I - canais destinados à distribuição integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, do sinal aberto e não codificado, transmitido em tecnologia analógica pelas geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em qualquer faixa de frequências, nos limites territoriais da área de cobertura da concessão;

II - um canal reservado para a Câmara dos Deputados, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

III - um canal reservado para o Senado Federal, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

IV - um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça;

V - um canal reservado para a prestação de serviços de radiodifusão pública pelo Poder Executivo, a ser utilizado como instrumento de universalização dos direitos à informação, à comunicação, à educação e à cultura, bem como dos outros direitos humanos e sociais;

VI - um canal reservado para a emissora oficial do Poder Executivo;

VII - um canal educativo e cultural, organizado pelo Governo Federal e destinado para o desenvolvimento e aprimoramento, entre outros, do ensino a distância de alunos e capacitação de professores, assim como para a transmissão de produções culturais e programas regionais;

VIII - um canal comunitário para utilização livre e compartilhada por entidades não governamentais e sem fins lucrativos;

IX - um canal de cidadania, organizado pelo Governo Federal e destinado para a transmissão de programações das comunidades locais, para divulgação de atos, trabalhos, projetos, sessões e eventos dos poderes públicos federal, estadual e municipal;

X - um canal legislativo municipal/estadual, reservado para o uso compartilhado entre as Câmaras de Vereadores localizadas nos Municípios da área de prestação do serviço e a Assembleia Legislativa do respectivo Estado ou para uso da Câmara Legislativa do Distrito Federal, destinado para a divulgação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

XI - um canal universitário, reservado para o uso compartilhado entre as instituições de ensino superior localizadas no Município ou Municípios da área de prestação do serviço, devendo a reserva atender a seguinte ordem de precedência:

a) universidades;

b) centros universitários;

c) demais instituições de ensino superior.

[...] (BRASIL, 2011).

que basicamente envolve como eixo comum a definição de canal de programação, que, como já mencionado, consiste no arranjo de conteúdos audiovisuais organizados em sequência linear temporal com horários predeterminado. O fio condutor da cadeia, iniciada com a produção de conteúdos individuais e isolados (um filme ou uma novela, por exemplo) é, portanto, a definição de canal de programação (coletivamente agrupados sob a categoria de pacote).

Parece claro que o modelo de conteúdo *on demand*, oferecido por El Plus e Fox+, customizável com elevado grau de detalhamento às preferências reveladas pelo consumidor final, é algo que escapa às etapas intermediárias da cadeia, de organização de conteúdos individuais sob a forma de canais de programação e de seu agrupamento através de pacotes. Mesmo nos casos em que há a organização de conteúdo sob a forma de canal, como no caso da Fox+, que além dos conteúdos *on demand* oferece o acesso aos canais da programação linear da rede Fox, a questão não se enquadra perfeitamente nos conceitos da Lei do SeAC, principalmente porque a última ponta não se encaixa no modelo de negócios projetado na Lei. Mais especificamente, não há a oferta conjunta de um serviço de telecomunicação e de entrega de conteúdo sob a forma de programação linear ao consumidor final.

Isso porque, a atividade para a qual se exige autorização prévia da Anatel é, conforme o título do Capítulo VII da Lei do SeAC e os termos do seu art. 29, a atividade de “distribuição por meio do serviço de acesso condicionado” (BRASIL, 2011)<sup>19</sup>.

Ou seja, para melhor definição do que constitui a última etapa da cadeia determinada pela Lei do SeAC, é necessário interpretar em conjunto os conceitos de distribuição – que, em certa medida, já inclui os serviços de telecomunicações subjacentes – e o conceito de SeAC trazidos pela Lei.

**Tabela 1**

**Distribuição:** atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros, cabendo ao distribuidor a responsabilidade final pelas atividades complementares de comercialização, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos, entre outras

**Serviço de Acesso Condicionado:** serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer

**Fonte:** Elaborado pelas autoras em 2020.

Refletindo o modelo de negócios que a Lei buscava regular – pois era o modelo de negócios existente à época -, tanto a definição de distribuição quanto a definição de SeAC acabam se entrelaçando, aquela fazendo referências a elementos da tecnologia e da prestação conjunta, *bundled*, do *serviço de telecomunicações* e essa, qualificada como serviço de telecomunicações, fazendo referências à finalidade que define a existência deste serviço de telecomunicações em específico (a distribuição de conteúdo audiovisual organizado sob determinado formato).

<sup>19</sup> Art. 29. A atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado é livre para empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, sendo regida pelas disposições previstas nesta Lei, na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e na regulamentação editada pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. Parágrafo único. A Anatel regulará e fiscalizará a atividade de distribuição.

Dito de outra forma, na Lei do SeAC, a atividade de distribuição não é definida genericamente como a entrega de conteúdo ao consumidor final. Ela é definida como a entrega de conteúdo, organizado sob determinada forma (*i.e.* canais de programação) e entregue através de um determinado serviço de telecomunicações prestado de maneira conjunta e agregada pelo mesmo agente (por mais que preveja que os meios eletrônicos poderão ser próprios ou de terceiros, a definição estabelece que a responsabilidade final pela prestação conjunta desses dois serviços é do distribuidor).

Igualmente, a definição de SeAC não é exclusivamente a de um serviço de telecomunicações de interesse coletivo de regime privado. Ela se apoia sobre três elementos: (i) serviço de telecomunicações de interesse coletivo de regime privado prestado por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer; (ii) condicionado à assinatura; e (iii) a destinação e a distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória.

As duas noções se entrelaçam de forma tal que há razão suficiente para afirmar que não seria possível enquadrar os serviços prestados pela TopSport e pela Fox (El Plus e Fox+) isoladamente nem na definição de distribuição nem na definição de SeAC. Na prática, esse desencaixe decorre do fato de que a lei do SeAC regulou uma cadeia que – considerando o que existia na época – abrange um determinado modelo de negócios. Extrapolá-lo para o modelo de negócios das plataformas de OTT vai além de uma transposição para adaptação tecnológica alcançada pela neutralidade de rede.

Não obstante essas considerações, fato é que a Anatel, quando da análise do pedido cautelar formulado pela Claro, decidiu acatá-lo e de pronto proibir que Fox+ e El Plus continuassem a ser oferecidos no território nacional. É interessante observar que a Anatel fez um raciocínio pouco convencional, ao afirmar que:

*reconhecendo a existência de dúvida jurídica razoável sobre a conformidade do modelo com a Lei nº 12.485/2011, julga-se conveniente e salutar a adequação cautelar desse modelo de negócio às práticas ordinárias do mercado, até o juízo definitivo da questão por parte do órgão regulador (BRASIL, 2019)<sup>20</sup>.*

A agência fundamentou sua decisão no periculum de que a prática tivesse “potencial multiplicador”, e assim conduzisse ao “*esvaziamento progressivo do regime de cotas, financiamento e estímulo ao desenvolvimento de conteúdos nacionais*” (BRASIL, 2019)<sup>21</sup>. Não obstante as legítimas preocupações com a política pública desenhada pela Lei do SeAC exaradas, é válido ressaltar que o mais comum e esperado é que a intervenção do Estado na economia, especialmente em sede cautelar, adote lógica diversa, ou seja, que em face a uma dúvida quanto ao modelo de negócio e seu enquadramento num dado regime regulatório, prevaleça a livre iniciativa e seja o ente privado autorizado a dar continuidade às suas atividades até que o tema seja esclarecido em definitivo, a menos que se verifique um claro, inequívoco e irreversível dano. Parece pouco sólida a afirmação de que haveria um dano irreversível no caso concreto, pois a razão para essa conclusão é que outras empresas poderiam adotar práticas semelhantes e assim prejudicar a produção de conteúdo nacional. O problema é que não se apresentam dados concretos que auxiliem a corroborar essa conclusão,

20 ANATEL (2019)

21 *Ibid.*

faz-se apenas uma afirmação genérica de que o modelo *on demand* tende a se expandir e por isso é preciso cautela.

Não cabe nesse momento questionar se a argumentação levada a cabo por Fox e TopSports, sustentando tratar-se o serviço de SVA, merece prosperar. O que cumpre observar é que há dúvidas razoáveis, como ressalta a própria Anatel, sobre o regime jurídico aplicável ao caso concreto e, não obstante, o poder público decidiu no sentido de proibir o oferecimento do serviço, acatando a argumentação da empresa incumbente. Evidente o impacto dessa postura para o ambiente competitivo, e seu significado inclusive para além do caso concreto, conforme será visto abaixo.

### 3. ASSIMETRIA REGULATÓRIA E CONCORRÊNCIA

Não é de hoje que se sabe que a intervenção do Estado na economia se dá de diferentes formas. Os mecanismos de regulação e de defesa da concorrência são duas dessas formas e comportam funções distintas, ainda que complementares. Se, por um lado, a regulação de um determinado setor ou atividade econômica se dá de forma anterior (ou *ex ante*), a fim de moldar o mercado e estabelecer as regras básicas para seu funcionamento (títulos prévios que um agente econômico deverá possuir para ali operar, regras-base para oferecimento de bens e serviços etc.), a defesa da concorrência atua de maneira posterior (ou *ex post*), em relação a comportamentos específicos de agentes de mercado igualmente específicos, e não de forma totalizante (na análise de uma fusão entre duas empresas em concreto, ou na avaliação sobre o comportamento específico de uma empresa) – ainda que, por óbvio, por vezes o efeito de uma intervenção específica possa extrapolar um caso concreto<sup>22</sup>.

Essa distinção na forma e no momento de intervenção faz com que se justifique uma separação funcional entre as atividades, ou seja, boa parte das jurisdições adota modelos nos quais a regulação econômica é feita de maneira setorial por determinadas instituições, e a defesa da concorrência fica a cargo de uma outra entidade, que atua de forma transversal<sup>23</sup>.

Naturalmente, essa forma de organização exige que as políticas públicas tenham pontos de contato e, que, portanto, as autoridades encarregadas por cada uma delas busquem conduzir suas tarefas de maneira minimamente alinhada, para evitar sinais contraditórios para os administrados. No Brasil não é diferente, sendo que enquanto agências como Anatel e Ancine são responsáveis pela regulação das telecomunicações e do audiovisual, respectivamente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é responsável pela defesa da concorrência. Historicamente, essas entidades têm buscado manter diálogo em relação a casos concretos e também no que diz respeito a diagnósticos de mercado de forma ampla. O Cade possui memorandos de entendimento tanto com

22 Vale mencionar, no entanto, que especialmente no contexto de mercados digitais propostas têm sido elaboradas que pretendem estabelecer alguma forma de regra antitruste *ex ante*. É o que ocorre, por exemplo, no contexto europeu, em sede dos debates sobre o Digital Services Act (EUROPEAN COMMISSION, 2020). Debates similares emergiram também no relatório do House Judiciary Committee do Congresso estadunidense (HOUSE..., 2020).

23 É fato, no entanto, que existem combinações diversas dessas funções. Há tanto opções por combinação de políticas transversais diferentes numa mesma entidade, como ocorre na Austrália com a ACCC, responsável também pelo *enforcement* consumerista, além do antitruste, e nos EUA com o FTC (que congrega atuação antitruste, consumerista e de privacidade), quanto de delegação a autoridades regulatórias setoriais de funções concorrenciais, como é o caso da Ofcom no Reino Unido, no setor de telecomunicações. Para uma revisão dos diversos modelos adotados mundo afora, vide Alexiadis e Pereira Neto (2019).

a Anatel quanto com a Ancine, e frequentemente recorre às autoridades em casos concretos, solicitando informações sobre temas de sua competência. Foi o que ocorreu recentemente, por exemplo, na análise do Ato de Concentração nº 08700.002013/2019-56 (BRASIL, 2019), e que já havia ocorrido anteriormente em diversos casos de grande repercussão, como AT&T/TimeWarner, Oi/BRT, entre outros.

A separação funcional entre as esferas e a diferença de modo de atuação das entidades leva a uma discussão, bastante explorada na doutrina e na jurisprudência, a respeito da interação entre regulação e concorrência. Questiona-se quais, afinal, seriam os limites da autoridade antitruste nas considerações a respeito de regras regulatórias, e até que ponto as agências reguladoras deveriam considerar a questão concorrencial em suas análises de casos concretos (HOVENKAMP, 2004).

O embate a respeito dos impactos concorrenciais de distintos regimes regulatórios é um tema que se insere nesse contexto, pois se de um lado implica em reflexões fundamentalmente setoriais sobre as atividades em questão – voltando ao caso Claro/Fox/Topsports, debates sobre se um serviço enquadra-se enquanto SeAC ou SVA – envolve também considerações jurídico-econômicas mais amplas a respeito do impacto em se considerar que determinadas atividades concorrem ou não, e se por concorrerem alguma pretensão de equiparação regulatória se justifica.

Esse debate não é novo. Na realidade, ele é recorrente sempre que se pensa em mercados de alguma forma submetidos à inovação e ao surgimento de novos bens e serviços, ou novas formas de oferta desses mesmos bens e serviços<sup>24</sup>. Recentemente, porém, o tema tem se tornado muito recorrente e presente em variadas circunstâncias concretas. Isso porque se antigamente o ritmo da inovação tecnológica era um, e questões como essa se apresentavam de maneira esporádica, hoje a intensidade do desenvolvimento de novas tecnologias é enorme, e tem atingido um sem-número de mercados e setores.

Para mencionar apenas dois exemplos concretos para além do caso Claro/Fox/Topsports, em setores distintos da economia, é válido retomar o que ocorreu no mercado de transporte individual de passageiros e no mercado hoteleiro. Quando os aplicativos de transporte adentraram o mercado brasileiro, em 2015, causaram uma verdadeira revolta da classe dos taxistas em todo o país. Diversas passeatas ocorreram em grandes cidades brasileiras, sendo que o argumento central utilizado era o da concorrência desleal (TAXISTAS..., 2017). Argumentava-se que os motoristas de aplicativo ofereciam um serviço clandestino, que fugia dos rígidos e onerosos requisitos legais estipulados para os taxistas, o que colocaria em risco os passageiros e também impactaria de forma desproporcional e altamente negativa os táxis. O embate legislativo-regulatório girou em torno de saber se o serviço oferecido por tais aplicativos deveria realmente ser equiparado ao serviço de táxi, conforme argumentado pelos manifestantes, ou se ele se enquadraria numa categoria distinta (e talvez até então inexistente). Na ocasião, o Cade se envolveu de forma ativa na discussão e seu então presidente inclusive chegou a afirmar que “a criação de mecanismos que deem aos taxistas condições de concorrer com os novos rivais” seria a melhor solução, já que “Qualquer regulação que exista tem de ser

24 O exemplo tradicionalmente mencionado é do surgimento do carro. Quando surgiu na Inglaterra, o veículo teve inicialmente de se submeter às mesmas regras de velocidade que as carruagens puxadas por cavalos, mas logo se percebeu que impor a mesma regulação a esse outro meio de transporte não fazia sentido e impedia o uso do veículo em seu pleno potencial.

responsiva às inovações, não pode se configurar em mecanismos que inibam soluções inovadoras para diversos mercados” (AGOSTINI, 2015).

No caso do setor hoteleiro, o discurso foi extremamente semelhante. Com a entrada no mercado de aplicativos que oferecem a locação por temporada de forma facilitada, esse tipo de serviço passou a concorrer de forma mais intensa com os hotéis, o que levou o fundador da CVC e então presidente do grupo GJP Hotéis, Guilherme Paulus, a afirmar que “o Airbnb [um dos aplicativos em questão] é uma concorrência desleal com os hotéis” (“O AIRBNB...”, 2017). Mais uma vez, a discussão girava em torno de esclarecer se a nova oferta deveria de alguma forma ser equiparada em termos regulatórios ao serviço hoteleiro, aqui com o agravante de existir na legislação brasileira a previsão expressa da locação para temporada, serviço que os aplicativos sustentam prestar.

É possível observar que ao menos três características fundamentais aproximam os exemplos acima e o caso Claro/Fox/Topsport, e, portanto, de alguma forma parecem constituir um padrão de argumentação sobre a assimetria regulatória e seus impactos concorrenciais em mercados intensivos em inovação. Em primeiro lugar, são embates travados entre incumbentes (taxistas, hotéis, TV a cabo), de um lado, e entrantes, do outro (aplicativos, seja Uber, 99, Airbnb, Booking.com, Fox+ ou El Plus). Em segundo lugar, em todos os casos existe um incumbente que arca com uma carga regulatória que o onera de alguma maneira – seja porque é necessário obter uma autorização para operar no mercado, como no caso do SeAC, seja porque há um regime tributário específico atrelado à atividade, como ocorre com o pagamento de ISS para serviços hoteleiros – mas que também funciona como uma barreira à entrada naquele mercado, na medida em que apenas agentes que cumpram com as regras estão autorizados a atuar de forma legítima naquele ambiente. Em terceiro lugar, o entrante se diferencia porque ele encontra uma forma de operar prestando um serviço semelhante ao ofertado pelo incumbente, que, no entanto, não se encaixa perfeitamente nas regras regulatórias já estabelecidas, exercendo assim pressão competitiva e arcando com um regime jurídico menos oneroso. Vale ainda ressaltar que o entrante faz esse movimento seja porque entende que regulação alguma se aplica ao seu serviço – como ocorreu no mercado de transporte individual de passageiros, seja porque argumenta que alguma outra regra regulatória é cabível – como é o caso do SVA e da locação para temporada.

### **3.1. O impacto concorrencial da equiparação de regimes**

Como dito, em regra o argumento apresentado por incumbentes quando se deparam com entradas de concorrentes que não se submetem à regulação típica do setor, mas mesmo assim exercem pressão competitiva, vai na linha de afirmar que é preciso rapidamente corrigir a assimetria regulatória e efetivamente equiparar os regimes, submetendo o entrante às regras já existentes.

A argumentação empreendida pela Claro, tanto no que diz respeito ao Fox+, quanto no que diz respeito ao El Plus, apesar de trazer outras alegações – que vão desde afirmar que o exercício ‘clandestino’ geraria danos ao erário, até que há desrespeito a princípios da comunicação audiovisual – pretende precisamente sustentar essa visão, de que há prejuízos à “competição e à concorrên-

cia justa” por conta da ausência de isonomia regulatória<sup>25</sup>.

Não obstante vários desses argumentos sejam apresentados com a roupagem de preocupação com o consumidor e com a higidez do mercado – por meio de considerações sobre a qualidade dos serviços prestados, ou mesmo com a diversidade de conteúdo – uma reflexão essencial que precisa ser feita e que geralmente é negligenciada trata do impacto concreto de uma eventual equiparação regulatória. As premissas das quais se parte para argumentar por tal equiparação são duas: (i) primeiramente, que só existe aquele modelo de regulação possível, e que portanto a opção é absolutamente binária, ou seja, ou o entrante se enquadra nesse regime tradicional, ou não pode operar no mercado, (ii) além disso, em regra não há qualquer reflexão sobre se o novo bem ou serviço de fato convive com as mesmas falhas de mercado que acometem os incumbentes, e portanto se a regulação existente faz sentido para aquele agente econômico.

Em relação ao primeiro ponto, como o debate Claro/Fox/Topsports bem exemplifica, é possível que existam alternativas regulatórias até mesmo já previstas em lei e que representam um enquadramento factível para o entrante. É preciso, evidentemente, analisar com cuidado quão adequadas são essas alternativas, mas não faz qualquer sentido de pronto afastar o seu cabimento sustentando tão somente que concorrentes precisam, sempre e todas as vezes, submeter-se às mesmas cargas regulatórias dos incumbentes. Afinal, há diversos casos de substitutibilidade imperfeita entre bens e serviços que ainda assim guardam entre si zonas de concorrência, e nem por isso se cogita a equiparação.

A exibição de filmes em cinemas, por exemplo, tem certamente uma zona de concorrência com serviços de *streaming*, assim como com a TV a cabo. Como afirma Vinicius Marques de Carvalho (2019), na verdade toda atividade de lazer disputa em algum grau um mesmo espaço de atenção do consumidor. Esse entendimento, se considerado sob uma ótica de mercados digitais, é ainda mais sólido, na medida em que se multiplicam as alternativas prontamente disponíveis ao consumidor final como forma de entretenimento. Igualmente, o transporte público de passageiros concorre com os serviços de táxi – em maior ou menor medida a depender do contexto, mas especialmente em cidades com fluxo intenso de veículos as alternativas de transporte público têm cada vez mais se apresentado como rivais efetivos do transporte privado, seja por conta de preço, seja por conta da mobilidade.

Além disso, mesmo no escopo de atuação do regulador setorial competente para regular a atividade que recebe a incidência da regulação que gera a assimetria, se a definição de sua competência é dada de forma concreta pela Lei, não poderia, com fundamento exclusivo nas vantagens competitivas geradas pela assimetria, extrapolar o conceito para a nova atividade. No caso concreto da Claro/Fox/Topsports, uma vez demonstrado que o que se submete à necessidade de autorização prévia pela Anatel é a atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado e que o El Plus e o Fox+ não se inserem nesse conceito, cessa a premissa de sua competência. Seria diferente, por exemplo, se a lei não tivesse restringido os conceitos de distribuição e de SeAC como fez, deixando para a Anatel a regulamentação do que se insere nesses conceitos. Neste caso, o debate estaria

25 Mais especificamente, a Claro afirma que os danos à competição e à concorrência justa se dariam pelo suposto descumprimento às regras do art. 5º da Lei do SeAC (BRASIL, 2011). Processo nº 53500.057279/2018-66, SEI nº 3629050 (BRASIL, 2018).

dentro do espectro de exercício de sua competência regulamentar. Mesmo no âmbito do exercício de competência regulamentar, a mera extrapolação do regime do SeAC às OTTs de vídeo poderia ser objeto de questionamento a respeito da proporcionalidade/razoabilidade da medida, tendo em vista que as obrigações impostas podem não se mostrar como os meios adequados a atingir os fins almejados<sup>26</sup>.

Não é esse o caso, contudo. A definição do que se submete à Lei do SeAC não foi delegada à Anatel. Ou seja, o sentimento de injustiça concorrencial do incumbente – por mais que legítimo – não autoriza o seu regulador a reduzir/mitigar a assimetria, sem autorização legislativa específica, extrapolando o mesmo regime para uma atividade ainda alheia a sua competência.

Quanto ao segundo aspecto e à mutação das falhas de mercado, trata-se de um tema de particular relevância no contexto de alterações promovidas em mercados digitais. Como já destacado por Ragazzo e Rodrigues (2013), na medida em que a função da regulação é corrigir falhas de mercado (assimetrias de informação, externalidades negativas etc.), é importante que as suas ferramentas busquem efetivamente atingir tais objetivos – algo que os autores ressaltam nem sempre ocorrer, devido às chamadas falhas regulatórias. Como destacam, porém, uma alternativa que pode se mostrar eficiente tanto para adequadamente endereçar as falhas de mercado quanto para não impor ônus excessivo sob a concorrência quando do desenho das regras é o uso do princípio da proporcionalidade, já que

*a aplicação desse raciocínio é útil no sentido de conter os efeitos anticompetitivos gerados pela regulação, em prejuízo do direito à livre concorrência, fato esse que ocorre com frequência. Não obstante, em havendo eventual necessidade de se restringir a concorrência a fim de que outro bem jurídico seja privilegiado, a observância do princípio da proporcionalidade garante que o direito à concorrência não seja inadequadamente, desnecessariamente ou desproporcionalmente lesado, ou seja, garante que de fato não haja medidas alternativas mais idôneas, menos onerosas ou que garantam uma melhor relação custo-benefício no sentido de alcançar o objetivo visado pela medida restritiva, assim deixando de afetar o ambiente competitivo (RAGAZZO; RODRIGUES, 2013, p. 8)<sup>27</sup>.*

Raciocínio semelhante pode ser feito quando estamos frente ao debate aqui analisado. Se por conta das mudanças tecnológicas as falhas de mercado podem agora ser endereçadas de forma menos onerosa, e dessa forma a concorrência será privilegiada, na medida em que se diminuem as barreiras à entrada naquele setor, é do interesse do mercado e dos consumidores que essa alternativa seja perseguida.

Tratando em concreto do caso Claro/Fox/Topsports, ao menos um debate presente na discussão perante a Anatel revela essa questão, qual seja, a discussão a respeito da aplicabilidade da regra de corte da cadeia de valor. No artigo 5º da Lei do SeAC (BRASIL, 2011) existe uma regra com claro intuito concorrencial, que veda a integração vertical entre empresas produtoras e empacotado-

26 Nesse sentido, destaca-se a inserção recente pela Lei nº 13.848/19 (BRASIL, 2019) no ordenamento jurídico brasileiro da obrigação expressa de as Agências Reguladoras Federais utilizarem-se de ferramentas de análise de impacto regulatório como forma de quantificar os impactos das alternativas estudadas para atingir o objetivo da regulação.

27 Para debates mais profundos sobre falhas de mercado e regulação, vide Stiglitz (2008) e Dempsy (1989).

ras de conteúdo audiovisual (por exemplo, os canais SporTV) e empresas distribuidoras desse conteúdo (por exemplo, a Sky). Conforme longamente debatido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 4679/DF, o objetivo dessa regra é, em atendimento à Constituição, evitar uma monopolização da cadeia do audiovisual e também garantir a diversidade de conteúdo. Conforme ressaltou o Relator do caso, Ministro Luiz Fux:

*Diante desse quadro fático e jurídico, não me parece que o art. 5º, caput e §1º nem o art. 6º, I e II, ambos da Lei no 12.485/11, tenham violado qualquer previsão constitucional. Bem ao revés: as regras proibitivas da propriedade cruzada entre os setores de radiodifusão e de telecomunicações, bem como aquelas impeditivas da verticalização da cadeia de valor do audiovisual nada mais fazem do que, direta e imediatamente, concretizar os comandos constitucionais inscritos no art. 170, §4º e 220, §5º, da Lei Maior, no sentido de coibir o abuso do poder econômico e evitar a concentração excessiva do mercado. Cuida-se, portanto, de regras antitruste que buscam prevenir a configuração de falhas de mercado (monopólios e oligopólios) e a distorção alocativa que lhes é correlata.*

*De forma mediata, as aludidas regras contribuem ainda para promover a diversificação do conteúdo produzido, justamente porque tendem a evitar que o mercado de TV por assinatura se feche, ampliando as fontes de informações disponíveis e o espaço para a manifestação de novos entrantes (BRASIL, 2012).*

Pois bem, a pergunta que merece ser feita é se uma regra como essa faz algum sentido no contexto de serviços como Fox+ e El Plus. Afinal, o produtor do conteúdo é a própria Fox ou a própria TopSports, que oferecem acesso à programação online. Ou seja, a Fox e a TopSports não utilizam uma infraestrutura por elas detida para fazer chegar o serviço ao consumidor final, pois quem faz esse papel é o provedor de internet. Faz sentido dizer, portanto, que as preocupações de integração vertical são fortemente mitigadas, e que impor a essa estrutura de oferta uma separação entre produção e distribuição gera um ônus considerável ao agente econômico sem conseguir atingir o objetivo regulatório pretendido pela norma.

Para além disso, uma consideração adicional que permeia os debates concretos sobre assimetrias regulatórias merece destaque. No mais das vezes, o foco da autoridade regulatória que analisa a questão é decidir se aquela atividade se enquadra ou não naquele serviço regulado, a fim de poder atribuir as consequências imediatas à luz da legislação aplicável. No caso Claro/Fox/TopSports, por exemplo, uma vez que a Anatel entendeu, em sede liminar, que Fox+ e El Plus poderiam ser serviços de acesso condicionado, a decisão foi por conferir uma medida cautelar determinando que os serviços fossem retirados do ar.

Nos parece extremamente grave esse tipo de encaminhamento, não só por conta do seu impacto concreto, mas principalmente por conta da sinalização que transmite ao mercado. Uma empresa que oferece um serviço inovador e que, portanto, quase que necessariamente não se enquadra de forma perfeita em regras pré-existentes, é fortemente desencorajada de continuar investindo em novos produtos na medida em que a postura do poder público face a uma situação como essa é a de proibir a sua operação no mercado, a menos que ela se molde ao regime tradicional. Evidente que isso não corresponde a dizer que há uma carta branca para que qualquer empresa decida operar de forma efetivamente clandestina no mercado, ignorando completamente as obrigações legais a que

está submetida. Queremos apenas ressaltar que, num cenário de incerteza, o caminho da proibição parece excessivo e contrário aos interesses da coletividade. Até porque o resultado desse tipo de atuação raras vezes é a “adequação” do entrante às regras-padrão, e sim sua saída do mercado, o que é danoso para a concorrência como um todo e naturalmente maléfico para o consumidor final<sup>28</sup>.

Um caso recente demonstra o que pode ocorrer quando o poder público opta por forçar os entrantes a se submeterem a regras que aquela empresa considera excessivas e despropositadas. A empresa Lime, focada em micromobilidade urbana, anunciou em janeiro de 2020 sua saída do mercado brasileiro após seis meses de operação. Ainda que provavelmente a causa da saída seja múltipla, e esteja atrelada à sustentabilidade financeira geral da companhia, um fator que sem dúvida impactou a atividade da empresa foi a regulamentação expedida na cidade de São Paulo, considerada extremamente onerosa. Uma das regras do decreto municipal exarado determina que as operadoras podem ser responsabilizadas objetivamente caso algum usuário descumpra as normas determinadas pela Prefeitura, colocando sob o ente privado o ônus de fiscalização de todos os usuários que façam uso do serviço (REGRAS..., 2019). A medida é claramente desproporcional e despropositada, já que é meramente impossível que as empresas efetivem essa obrigação e, mais que isso, altamente questionável que elas devam tutelar seus usuários dessa forma.

Esse entendimento e a necessidade de reflexão sobre o impacto das decisões está também em linha com a Lei nº 13.874/19, conhecida como a Lei de Liberdade Econômica (BRASIL, 2019). A norma determina que os princípios que norteiam sua aplicação são quatro:

*I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II - a boa-fé do particular perante o poder público; III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado (BRASIL, 2019).*

Para além disso, estabelece como uma das garantias de livre iniciativa (art. 4º, IV) “redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco” (BRASIL, 2019).

Ou seja, é patente nesse diploma a preocupação com a regulação excessivamente restritiva e também com a interpretação sobremaneira limitadora da inovação. Novamente, essa não é uma carta branca para atuação de qualquer empresa de qualquer forma, mas uma orientação para o intérprete e para o formulador da legislação futura, que deve se preocupar não apenas com o debate regulatório em concreto, mas sempre ter um olhar voltado aos impactos que aquela decisão trará ao ambiente competitivo como um todo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulação de novas tecnologias não é tarefa simples, seja porque a compreensão exata do alcance e dos impactos dessas inovações é incerto, seja porque o embate gerado entre incumbentes

28 Esse debate guarda relação com as discussões a respeito de eficiência dinâmica e concorrência. Vide, entre outros: Ellig (2001) e Lemley (2011, p. 638-651).

e entrantes quanto ao cabimento de regimes jurídicos é intenso.

O enfrentamento da questão, no entanto, não pode se restringir a uma decisão sobre se determinadas regras devem ou não ser estendidas aos entrantes, sem que uma reflexão cuidadosa sobre o tema seja levada a cabo. O endereçamento de embates como esse tem um impacto significativo no ambiente competitivo como um todo, além de fornecer sinalizações relevantes para possíveis agentes interessados em desenvolver novos bens e serviços.

Essa questão fica clara, por exemplo, no caso Claro/Fox/Topsports estudado neste trabalho. No caso concreto, saber se os serviços do El Plus e Fox+ se enquadram como distribuição por meio do serviço de acesso condicionado (o SeAC), e, portanto, devem cumprir com todas as determinações impostas pela Lei nº 12.485/11 é apenas parte da questão. Essa resposta permite ao regulador decidir se o serviço deve ou não ser de pronto suspenso, mas não endereça o tema por completo. Afinal, ainda é preciso saber se há regras regulatórias outras que regem a atividade, ou se ela é efetivamente um serviço desprovido de regulamentação específica.

Em concreto, a dúvida seria se o SVA é efetivamente o regime regulatório cabível. A definição de SVA trazida pela LGT parece ter o propósito de diferenciar entre um agente que explora um serviço de telecomunicações e um agente que não explora um serviço de telecomunicações, mas que precisa deste serviço para desempenho de suas atividades e que, portanto, dela usufrui como usuário da rede. No entanto, apesar dessa definição mais conceitual usualmente apresentada, o art. 61 da LGT também define que as novas utilidades providas pelos SVAs são “*relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações*”, o que também não parece acomodar o tipo de serviço prestado por plataformas de *streaming* como a El Plus e a Fox+.

A tentativa de subsunção à definição de SVA do art. 61 da LGT se justifica por uma questão de estratégia argumentativa do litígio em questão, por ser mais seguro enquadrar-se em uma categoria já definida do que constatar que o modelo de negócios em questão nunca fora tratado anteriormente pela legislação, principalmente quando a categoria definida direciona o regime para um espaço próximo à desregulamentação. Ou seja, estrategicamente, melhor defender que o ordenamento jurídico já conhece o modelo de negócios e optou por não o submeter a regras tão rígidas quanto às do SeAC, mas sim a um regime alternativo já bem definido, que apontar, no contexto de uma disputa em concreto, a possível incerteza em relação ao tratamento daquela atividade.

Contudo, como já destacado, não é incomum que a inovação tecnológica acabe por configurar um serviço que de fato não se enquadra perfeitamente em qualquer regime já existente, e que tanto soluciona falhas de mercado pretéritas, quanto leva a outras preocupações que ainda precisam ser endereçadas. Nesse sentido, vale destacar que a Anatel deu início em 2019 a uma tomada de subsídios<sup>29</sup> a fim de analisar o regime jurídico da assim chamada “*oferta de televisão linear por assinatura na Internet (TVLai)*”. O tema teve seu julgamento iniciado em 2020, sendo que dois conselheiros já se manifestaram afirmando entender que o serviço deve ser configurado por SVA, mas também reconhecendo a assimetria regulatória existente entre TVLai e SeAC e “*a consequente necessidade de redução do peso regulatório imposto ao SeAC*” (BRASIL, 2020). A análise caminha no sentido contrário da cautelar anteriormente deferida e inclusive contribuiu para que tal cautelar fosse efetivamente

29 Processo nº 53500.022476/2019-45 (BRASIL, 2019).

revogada pelo presidente da agência, ainda que uma decisão final não tenha sido exarada pelo regulador.

Assim, fica evidente a necessidade de um debate de *policy* sobre se e como regular esses serviços. No que diz respeito às plataformas de OTT de vídeo, o debate vem de fato ocorrendo tanto no Congresso Nacional<sup>30</sup> quanto pelas agências especializadas. Para além dos movimentos observados na Anatel, a Ancine elaborou estudo sobre os serviços de vídeo sob demanda, afirmando expressamente fazê-lo pois:

*Herdeiro das expressivas mudanças tecnológicas e comunicacionais das últimas décadas, o VoD conquista espaços no mercado audiovisual, seja pelos recursos e tempo a ele dedicados pelos usuários, pelos investimentos publicitários das empresas, pelas disputas em torno das marcas e conteúdos audiovisuais ou pelas reações que provoca nos concorrentes. O resultado dessa dinâmica é um conjunto complexo de serviços com organização flexível e sofisticada e forte presença internacional, que desafia os modelos regulatórios estruturados e convoca agentes públicos e privados ao debate das alternativas mais adequadas e equilibradas para o seu desenvolvimento (ANCINE, 2019, p. 1).*

Há, portanto, um processo de aprendizado a ser vivido pelos reguladores, sejam eles setoriais ou antitruste, sobre como regular esses novos modelos, que, como destacado pela Ancine, desafiam o modelo regulatório estruturado. Vale assim considerar que, provavelmente, o ideal no médio prazo para endereçar da melhor forma possível esse tipo de inovação é (i) melhor compreender o produto ofertado, (ii) estudar quais são seus reais impactos no mercado, se cria novas falhas de mercado e quais das antigas resolve, e (iii) buscar desenvolver novas ferramentas regulatórias<sup>31</sup> que efetivamente conversem com esse novo modelo, de forma a permitir o pleno desenvolvimento de suas eficiências e a endereçar seus eventuais problemas.

Há que se cuidar, contudo, para que esse processo – normal e necessário – de análise e aprendizado pelos reguladores não leve a uma situação de perpetuação da inação, à “paralisia por

30 Há diversos Projetos de Lei que pretendem alterar a Lei do SeAC tramitando no Congresso Nacional, além do PLS 57/2018, que pretende definir o marco regulatório do VoD brasileiro, a exemplos dos PL n.º 4389/2019, do PL 5645/2019 e do PL 4292/2019.

31 Nesse sentido, vale a menção à perspectiva apontada por Baptista e Keller (2016, p. 147), que enxerga também a regulação como uma tecnologia, como uma ferramenta, alertando para o fato de que para regular, é preciso que o regulador tenha um acervo de informações disponíveis minimamente relevante a conhecer o objeto regulado: “A partir do momento em que a regulação pode ser entendida como um conjunto de técnicas direcionadas à adaptação das atividades econômicas, conforme o objetivo de restringir ou ampliar determinados resultados, identifica-se nela a existência de uma lógica tecnológica. Considerando ainda que tal lógica se revela diante de um determinado objetivo (representado por um interesse público específico), há uma série de técnicas regulatórias das quais o poder público pode dispor para atingir seus fins. Licenças negociáveis (tradable permits), franquias, comercialização de emissões (emissions trading) e a própria regulação estatutária são exemplos de mecanismos que, em conjunto, compõem um corpo de ferramentas técnicas que servem à intervenção estatal na economia. Trata-se de um sistema propriamente dito, dotado de uma série de ferramentas hábeis a influenciar as atividades econômicas e sociais para que produzam o resultado desejável. Nesse sentido, o processo regulatório, em si, de fato, funciona como uma tecnologia”.

análise”<sup>32</sup>. Transparência, debate público, análise de alternativas e quantificação de impactos são aliados importantes no processo de chegada a uma solução que atinja os objetivos de regular as falhas existentes sem, contudo, inibir o desenvolvimento da nova atividade e a inovação<sup>33</sup>.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINI, Renata. Melhor que proibir o Uber é fortalecer os taxistas, diz chefe do Cade. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 12 jul. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2ULBwgA>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ALEXIADIS, Peter; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Competing Architectures for Regulatory and Competition Law Governance**. Fiesole: European University Institute, 2019.

ANCINE. Vídeo sob Demanda. Análise de Impacto Regulatório. Estudo preliminar sobre os serviços de vídeo sob demanda – estrutura, evolução, características, relações de competição, enquadramento tributário e situação da regulação – elaborado pela ANCINE como contribuição à modelagem de um marco regulatório e de desenvolvimento para o Brasil. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3pWT5ZM>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3lMuqEH>. Acesso em: 3 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/36XaqJs>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2ISomft>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lDzWcN>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://bit.ly/3nCPNZA>. Acesso em: 12 jan. 2020.

32 Como alertam Baptista e Keller (2016, p. 146) “agentes de Estado lidando com novas tecnologias correm o risco de “paralysis by analysis” (em tradução livre, “paralisia por análise”, que é a possibilidade de a espera pelo momento adequado de intervir acarretar inércia regulatória e consequente omissão. Postergar a intervenção regulatória, ainda que por um prazo determinado, é postergar também seus efeitos benéficos e arriscar a perpetuação de situações de injustiça ou a produção de resultados indesejados ou menos eficientes”.

33 Como observado por Godlovitch (EUROPEAN PARLIAMENT, 2015, p. 20), uma dificuldade ainda importante e presente é como situar os serviços prestados pelas OTTs de vídeo em comparação com os serviços de TV a Cabo, por exemplo, dadas todas as diferenças existentes em termos de controle de rede (um através de rede própria ou de terceiros e o outro através da rede pública, sem possibilidade de controle do meio de entrega) e a enorme flexibilidade de serviços que podem ser oferecidos pelas OTTs de Vídeo. Ou seja, mesmo a constatação de se tais serviços são substitutos não é uma tarefa trivial. Este ponto também é apontado no relatório da ANCINE que motiva a abertura da audiência pública sobre o tema.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Análise Nº 84/2020/VA**. Processo nº 53500.022476/2019-45. Interessado: Prestadoras de Serviços de Telecomunicações. Brasília, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kP4Oph>. Acesso em: 11 jan. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Informe Nº 242/2019/CPRP/SCP**, Processo nº 53500.022573/2019-38. Interessado: Claro S.A. – Claro. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2l-T01pL>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Processo Administrativo nº 53500.056473/2018-24**. Interessados: E. L. Garcia Ltda. – EPP, FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA [...] MOTION PICTURE ASSOCIATION AMÉRICA LATINA. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2ITzQiq>. Acesso em: 11 jan. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Processo Administrativo nº 53500.057279/2018-66**. Interessados: E. L. Garcia Ltda. – EPP, TOPSPORTS VENTURES LTDA, [...] Associação Brasileira de Rádio e Televisão - ABRATEL. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/35MUwBT>. Acesso em: 14 jan. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 581, de 26 de março de 2012**. Aprova o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) bem como a prestação do Serviço de TV a Cabo (TVC), do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e do Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA). Brasília: Anatel, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3fmTGz2>. Acesso em: 6 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4679 DF**. Relator: Ministro Luiz Fux, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/32XXj9B>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CARVALHO, Vinicius Marques de. Inovação e regulação pró competitiva: Propostas regulatórias não devem prescrever uma uniformidade cega às diferentes naturezas jurídicas dos diversos modelos de negócio. **Jota**. 2 maio 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lSGV1G>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CORTEZ, Nathan. Regulating Disruptive Innovation. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 29, n. 175, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3lN8dGy>. Acesso em: 3 jan. 2020.

DEMPSY, Paul Stephen. Market Failure and Regulatory Failure as Catalysts for Political Change: The Choice Between Imperfect Regulation and Imperfect Competition. **Washington and Lee Law Review**, v. 46, n. 1, 1989. Disponível em: <https://bit.ly/3lLXEDv>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ELLIG, Jerry (ed.). **Dynamic Competition and Public Policy**: Technology, Innovation, and Antitrust Issues. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

EUROPEAN COMMISSION. Digital Services Act package: ex ante regulatory instrument of very large online platforms acting as gatekeepers. [S. l.]: European Commission, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3pNMZuE>. Acesso em: 10 nov. 2020.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Over-the-Top players (OTTs)**: Study for the IMCO Committee. [S. l.]: European Parliament Publications Office, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3ffdcgB>. Acesso em: 6 jan. 2020.

FERNANDES, Vítor Oliveira. **Regulação de serviços over-the-top (OTT) e pós-convergência tecnológica: uma análise do regime jurídico setorial de serviços OTT de voz nos EUA e no Brasil**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível

em: <https://bit.ly/2UHenMn>. Acesso em: 11 jan. 2020.

HOUSE OF REPRESENTATIVES. **Investigation of Competition in Digital Markets**. Washington: Subcommittee on antitrust, commercial and administrative law of the committee on the judiciary, 2020. Disponível: <https://bit.ly/39e7UKP>. Acesso em: 11 nov. 2020.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and the Regulatory Enterprise. **Columbia Business Law Review**, v. 2004, n. 2, p. 335-377, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3pJQlic>. Acesso em: 12 nov. 2020.

LEMLEY, Mark A. Industry-Specific Antitrust Policy for Innovation. **Columbia Business Law Review**, v. 2011, n. 3, 2011, pp. 638-651. Disponível em: <https://stanford.io/32Zlowx>. Acesso em: 12 nov. 2020.

“O AIRBNB é uma concorrência desleal com os hotéis”, diz fundador da CVC e presidente do Grupo GJP Hotéis. **ISTOÉ Dinheiro**. 15 set. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/38XiL2d>. Acesso em: 12 jan. 2020.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Parecer apresentado no Processo Administrativo ANATEL nº 53500.057279/2018-66. 2019.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RODRIGUES, Eduardo Frade. Proporcionalidade e melhora regulatória dos serviços de táxi. **Revista do IBRAC**, v. 22, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3pIC31h>. Acesso em: 12 jan. 2020.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de. Regulação e novas tecnologias: verticalização das OTTs de Vídeo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 37, p. 200-218, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3lOjq9F>. Acesso em: 10 jan. 2020.

REGRAS para patinetes em SP começam a valer, com limite de velocidade. **Exame**. São Paulo, 30 out. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3nFSXf2>. Acesso em: 12 jan. 2020.

STIGLITZ, Joseph E. **Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation**. [S. l.: s. n.], 2008. Disponível em: <https://bit.ly/35Npzh4>. Acesso em: 10 nov. 2020.

TAXISTAS de Ribeirão reclamam de crise e concorrência desleal do Uber. **G1 Ribeirão Preto e Franca**. 20 jan. 2017. Disponível em: <https://glo.bo/2Hkvq3W>. Acesso em: 12 jan. 2020.

# 4

## ACORDOS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

### *Competition law agreements*

Thiago Marrara<sup>1</sup>

#### RESUMO

O presente artigo aborda os quatro tipos de acordos no direito da concorrência. Para tanto, parte de breves considerações sobre a evolução de mecanismos pró-consensuais dentro do Direito Administrativo e do Direito Concorrencial no Brasil. Em seguida, examina os acordos presentes no controle preventivo concreto junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica: acordos em concentrações (ACC) e acordos de preservação de reversibilidade (APRO). Trata, então, dos acordos no controle repressivo do CADE: acordos de leniência (AL) e os compromissos de cessação de prática (TCC). E, ao final, traz conclusões sobre cada uma das espécies de acordo e as suas respectivas fases.

**Palavras-chave:** CADE; acordo em concentrações; acordo de preservação de reversibilidade; acordo de leniência; compromisso de cessação de prática.

#### ABSTRACT

This article brings the four types of agreements in the Competition Law. Based on this assumption, it points out brief considerations on the evolution of pro-consensual mechanisms within the Administrative and Competitive Law in Brazil. On this point, it explains the agreements in concrete preventive control with the Administrative Council of Economic Defense: agreements in concentrations (ACC) and agreements to preserve reversibility of transactions (APRO). On that basis, the article also shows the agreements in repressive control of CADE: leniency agreements (AL) and commitments of practice cessation (TCC). And, at the end, it draws conclusions about each kind of agreement and its phases.

**Keywords:** CADE; agreement in concentrations procedures; agreement to preserve reversibility of transactions; leniency agreement; commitment of practice cessation.

**Classificação JEL:** K2; K21; K23.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Acordos no controle preventivo concreto (controle de concentrações); 3 Os acordos em concentrações (ACC); 4 Os acordos de preservação de reversibilidade (APRO); 5 Acordos no controle repressivo (controle de condutas); 6 Os acordos de leniência (AL); 7 Os compromissos de cessação de prática (TCC); 8 Conclusões

<sup>1</sup> Professor associado da Universidade de São Paulo na FDRP. Livre-docente pela USP. Doutor pela Universidade de Munique. Consultor e árbitro na área de direito administrativo e econômico. E-mail: marrara@usp.br.

## 1. INTRODUÇÃO

As transformações do direito administrativo como teoria geral das relações jurídicas da Administração Pública são movimentadas por impulsos provenientes de avanços diluídos por campos setoriais. As inovações construídas em políticas públicas específicas para atender a demandas pontuais, ao demonstrarem sucesso e utilidade, espriam-se pelo direito positivo e pelo plano doutrinário a ponto de se consagrarem como tendência e forçarem a revisão de antigos paradigmas.

Não é diferente com o movimento de *consensualização* do direito administrativo contemporâneo, que se deixa definir brevemente como um fenômeno de valorização de instrumentos dialógicos contratuais, procedimentais ou organizacionais favoráveis à edificação de consensos nas relações intra-administrativas, interadministrativas e nas relações entre Poder Público e sociedade. No plano doutrinário, a consensualização ganhou força ao revelar como a participação, o diálogo e o exercício compartilhado do poder decisório democratiza processos estatais e amplia a consensualidade, resultando em maior estabilização de atos normativos e atos administrativos deles derivados, com a redução da conflituosidade, inclusive da judicialização, e, em última instância, com o incremento da legitimidade estatal.

O reconhecimento desses e doutros impactos positivos do uso de instrumentos pró-consensuais – a justificar o fortalecimento da administração dialógica nos planos do direito positivo e da doutrina – ocorreu a partir da observação de áreas específicas, a exemplo do direito administrativo da concorrência, regente das atividades de prevenção e repressão executadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDBC). Nesse campo regulatório de abrangência suprassetorial, capitaneado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), evidenciou-se, como em nenhum outro, toda a potencialidade do emprego de acordos como técnicas consensuais que ora se somam ao processo administrativo (acordos integrativos) ora o afastam (acordos substitutivos).

A experiência e a realidade do direito concorrencial na matéria são ainda mais valiosas para o estudo do tema pelo fato de que, além de se valer de modalidades negociais substitutivas e integrativas, a lógica pró-consensual é estendida para diferentes tipos e momentos processuais. Nas suas atividades cotidianas, o CADE lança mão de acordos em processos repressivos (controle de condutas contra a ordem econômica), bem como de acordos em processo preventivos concretos (controle de concentrações econômicas). Ademais, utiliza acordos terminativos de processos e acordos temporários, de caráter cautelar, acoplados a decisões liminares no intuito de se proteger o resultado útil do ato administrativo final.

Sob uma perspectiva panorâmica e introdutória, o escopo desse artigo não é outro senão o de demonstrar um pouco dessa rica experiência do direito concorrencial ao esclarecer os tipos, as funções e alguns problemas que marcam o regime jurídico dos quatro mecanismos pró-consensuais empregados no SDBC: os acordos em concentração (ACC), os acordos de preservação de reversibilidade de operação (APRO), ambos presentes na atividade autorizativa desempenhada pelo CADE, assim como os acordos de leniência (AL) e os compromissos de cessação de prática (TCC) no âmbito das atividades punitivas baseadas em seu poder de polícia, ambos presentes no controle de condutas.

## 2. ACORDOS NO CONTROLE PREVENTIVO CONCRETO (CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES)

Igualmente conhecido no meio especializado como controle de concentrações, o *controle preventivo concreto* designa o conjunto de procedimentos e processos administrativos que o CADE conduz no escopo de examinar os efeitos de certas operações jurídicas entre agentes econômicos e que geram concentração de mercado. Nessa atividade, busca-se precisamente decidir, ao final, se essas operações poderão ser autorizadas administrativamente e, com isso, ganhar eficácia jurídica. Trata-se em resumo de uma ação estatal restritiva da liberdade econômica, de natureza liberatória, baseada no poder de polícia concorrencial conferido ao CADE e que se materializa em atos administrativos de autorização total ou parcial, condicionada ou incondicionada, de operações que envolvam dois ou mais requerentes com atuação econômica em um ou mais mercados relevantes.

Com a edição da Lei de Defesa da Concorrência de 2011 (Lei n. 12.529) (BRASIL, 2011), foram promovidas enormes alterações no sistema de controle de concentrações brasileiro, principalmente com o objetivo de torná-lo mais preciso e eficiente que o modelo de 1994 e para economizar espaços e recursos para o desenvolvimento do controle repressivo de condutas. Entre as inúmeras modificações decorrentes da nova lei, cabe destacar: (i) a reclassificação e a redefinição dos procedimentos e processos administrativos empregados nessa atividade de controle; (ii) a adoção de um modelo decisório de duas instâncias, que confere mais celeridade ao exame de concentrações de baixo impacto, passíveis de aprovação integral pela Superintendência-Geral; (iii) a permeabilização processual a interesses externos por meio de mecanismos de participação de terceiros e de agências reguladoras; (iv) a extinção do julgamento tácito por decurso de tempo e (v) a adoção de um modelo de aprovação prévia como requisito de validade e eficácia dos atos de concentrações submetidos à apreciação do CADE.

A despeito das mudanças, os objetivos e resultados derivados do controle preventivo concreto permanecem idênticos. No exercício dessas atividades, o CADE se organiza para autorizar ou não uma operação com efeito concentrativo. E, aqui, para além do esquema decisório binário (ou deferimento, ou indeferimento), tem a faculdade de acoplar à decisão administrativa, liminar ou final, certos mandamentos acessórios para que, de um lado, o particular obtenha o provimento desejado e, de outro, o Estado cumpra suas funções precípua de promoção e proteção dos interesses públicos primários tutelados pelo SBDC.

É exatamente na construção dessas condicionantes do ato administrativo autorizativo que o controle de concentrações se abre a dois tipos básicos de meios pró-consensuais: o ACC, como acordo final em decisões de aprovação condicionada de concentrações, e o APRO, que, embora não previsto na Lei, deve ser aceito como um acordo temporário e de natureza cautelar nas situações excepcionais de controle posterior da operação de concentração de mercado.

## 3. OS ACORDOS EM CONCENTRAÇÕES (ACC)

Ao finalizar o exame de uma concentração econômica, o CADE pode proferir um conjunto bastante amplo de decisões. Quanto ao conteúdo, a decisão poderá ser de autorização ou vedação da operação. Quanto à extensão, a decisão autorizativa poderá ser integral ou parcial. A vedação ou a autorização parcial serão cabíveis basicamente quando o ato de concentração examinado implicar

“eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante”, “criar ou reforçar uma posição dominante” ou puder “resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (art. 88, § 5º) (BRASIL, 2011).

Apesar disso, considerando-se que em muitas situações os riscos de danos aos objetos tutelados pelo SBDC aceitam mitigação por meio de determinadas medidas comportamentais ou estruturais, o ordenamento jurídico, em linha com o princípio da razoabilidade, permite que as decisões administrativas no controle de concentrações sejam adaptadas ao caso concreto por meio de condicionantes. Esse termo, no direito administrativo, abrange tanto a “condição” em sentido estrito como “uma determinação, segundo a qual o início ou o término de um benefício ou restrição dependa da ocorrência de um acontecimento futuro incerto”<sup>2</sup>, quanto o “encargo”, definido por empréstimo do direito processual administrativo alemão, como determinação por meio da qual “se prescreve à pessoa beneficiada uma obrigação de fazer, suportar ou omitir-se”<sup>3</sup>.

Em virtude dessa flexibilidade que a legislação reconhece ao CADE, surge a possibilidade de classificar as decisões do processo de controle de concentrações, no que concerne à sua eficácia, em condicionadas ou incondicionadas e, finalmente, em condicionadas unilateralmente e condicionadas de modo consensual, ou seja, por meio de instrumentos pró-consensuais celebrados entre a autarquia e os requerentes. A previsão dessas decisões condicionadas, unilateral ou consensualmente, é essencial para que o CADE possa compatibilizar, no caso concreto, inúmeros interesses públicos primários e direitos fundamentais que circundam suas ações. Afinal, em contextos a envolver tantos princípios, interesses e direitos, em choque frequente, o esquema binário tradicional entre autorizar ou não autorizar seria incapaz de gerar decisões razoáveis, justas e efetivas.

Não bastasse isso, como os mercados relevantes são extremamente complexos e diferenciados, e considerando-se que os agentes econômicos que nele atuam são os que detêm, como ninguém, experiência e conhecimento acerca de sua dinâmica, seria insuficiente que se permitisse ao CADE criar condicionantes de modo unilateral, sem diálogo com os requerentes. Reconhecendo esse problema e com o intuito de garantir a qualidade, a eficiência e a efetividade do controle concentrações, o legislador adequadamente previu que as condicionantes possam ser negociadas e formuladas com apoio dos próprios agentes econômicos controlados por meio de um procedimento dialógico de negociação.

Em outras palavras, o que se está a afirmar é que a imposição unilateral de condicionantes, embora em si já releve avanços para o modelo tradicional de gestão pública, não esgota a flexibilidade decisória que a legislação confere ao CADE como entidade autárquica que exerce poderes restritivos dentro do controle de concentrações como técnica de prevenção de danos à concorrência em sentido difuso. Para além disso, o direito positivo abriu caminho para um procedimento negocial entre a autarquia e os requerentes com vistas à viabilização de compromissos. Trata-se de um caminho pró-consensual voltado à elaboração conjunta das estipulações obrigacionais que se materializam no chamado Acordo em Controle de Concentrações (ACC), cujo cumprimento integral gera o direito subjetivo de os interessados verem definitivamente autorizada a operação de mercado que

2 Essa é a definição de condição (“Bedingung”) prevista no § 36 II 2 da LPA alemã *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Conquanto aplicável ao processo administrativo brasileiro, ela não vem tratada pela LPA federal (ALEMANHA, 1976).

3 § 36, II 4 da LPA alemã (ALEMANHA, 1976).

submeteram à apreciação do CADE.

O ACC, portanto, é instrumento de estabelecimento de condicionantes que acompanham a decisão administrativa final do CADE ao autorizar determinada concentração econômica que apresenta certos riscos ao bom funcionamento do mercado. O acordo é formal, escrito e integrativo da decisão final de aprovação da concentração, caracterizando-se por reduzida precariedade e cuja duração ultrapassa a do processo autorizativo. Fala-se de acordo integrativo, pois o ACC se acopla ao ato administrativo final. Ele não substitui o ato, mas a ele se harmoniza, dele retira sua base de validade, ao mesmo tempo em que condiciona sua eficácia. É daí que o direito concorrencial já oferece uma importante lição para a teoria geral do direito administrativo: técnicas de administração consensual não necessariamente afastam os instrumentos clássicos da administração pública tradicional. Meios dialógicos podem conviver com mecanismos baseados na autoridade, na coercibilidade e na autoexecutoriedade.

Feitos esses esclarecimentos acerca da natureza e da função do ACC, vale apresentar, ainda que brevemente, algumas características gerais sobre seu regime jurídico e os problemas que o circundam, sem qualquer pretensão de esgotamento da análise do direito positivo<sup>4</sup>.

No projeto da Lei de Defesa da Concorrência de 2011, o ACC havia sido amplamente abordado no art. 92, que foi integralmente vetado pela Presidência da República<sup>5</sup>. Desse modo, a previsão do acordo na lei se limitou às normas que o apontam como um instrumento contratual disponível aos órgãos do CADE (art. 9º, inciso V), cabendo-lhe detalhar seu regime jurídico no regime interno (art. 165 do RICADE) (BRASIL, 2020). É por isso que os detalhamentos procedimentais e materiais do acordo em questão se encontram no plano infralegal (BRASIL, 2011).

De modo geral, como praticamente todo tipo de acordo em atividades restritivas do Estado, o ACC passa por cinco fases básicas: (i) a de formulação; (ii) a de negociação; (iii) a de celebração; (iv) a de execução e monitoramento, bem como (v) a de avaliação final e extinção. Essa delimitação de cinco fases tem grande utilidade no plano teórico, na medida em que elas permitem separar os problemas de cada momento da vida do acordo e desenvolver soluções para cada um deles de modo mais claro e preciso, como se demonstrará a seguir.

Na fase de formulação, a disciplina do ACC merece algumas considerações críticas. Embora o Regimento Interno (BRASIL, 2020) deixe a impressão de que o CADE apenas “recebe” propostas de acordos oferecidas pelos interessados no prazo de 30 dias a contar da impugnação da concentração pela Superintendência Geral, a legitimação para a propositura necessita ser interpretada de modo abrangente. Se algum conselheiro ou o Superintendente-Geral reputar conveniente a discussão da via consensual, não há óbice a sugerir aos interessados que, caso queiram, entrem em negociação com a autarquia.

Ademais, conquanto o legislador pareça ter objetivado excluir o MP do controle de concen-

4 Em mais profundidade, cf. MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015, capítulo 5.

5 Assim foram dispostas as razões do veto: “Os dispositivos restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica”.

trações ao mencioná-lo na LDC apenas no âmbito do controle de condutas (art. 20), fato é que esse importante órgão de controle detém competência constitucional para zelar por interesses coletivos e difusos (art. 127, caput da Constituição da República) (BRASIL, 1988) e, por conseguinte, reputa-se incontestável sua legitimidade para formular ao CADE proposta de negociação de um ACC para harmonizar os diversos interesses públicos na decisão final sobre a operação. Essa legitimidade deve ser igualmente estendida às agências reguladoras, sobretudo para se prestigiar o princípio da eficiência na Administração Pública, evitando-se que decisões em processos de concentração venham a abalar o funcionamento de políticas regulatórias setoriais. A propósito, diferentemente do MP, é preciso lembrar que a LDC garante às agências legitimidade de participação nos processos de controle por meio de recursos administrativos. Exatamente por isso, não há razão para se negar que elas integrem as negociações de condicionantes no ACC.

A segunda fase, de negociação do ACC, é conduzida a princípio pela Superintendência Geral ou pelo Conselheiro Relator, a depender da fase processual. Aqui, é de se indagar se existe discricionariedade de ação do CADE diante de propostas formuladas pelos requerentes ou por terceiros. Poderia ser a negociação barrada?

Na ausência de uma norma clara na LDC e no Regimento, entendo que o caminho negocial, sempre que cogitado, necessita ser aberto aos requerentes em respeito aos princípios da moralidade e da razoabilidade (ou, mais especificamente, à regra da necessidade). Os requerentes, como administrados, detêm um direito ao diálogo com o Poder Público que, inclusive, pode ser garantido por meio de recurso ao Judiciário. Reconhecer a ausência de discricionariedade do CADE perante solicitações de negociações não significa negar suas margens de escolha no tocante à celebração final do ajuste. Aqui, portanto, revela-se umas das utilidades de se diferenciar, na prática e na teoria, as várias fases do acordo. Não se deve em hipótese alguma confundir o debate sobre discricionariedade na negociação com o relativo à discricionariedade na celebração – esta, sim, existente e inquestionável.

Outro ponto a se destacar na negociação diz respeito à participação de terceiros. É lícito e conveniente que o processo se abra a outros atores? Como lidar com solicitações de participação de terceiros na negociação? Mais uma vez, a LDC e o Regimento não tratam da matéria. Contudo, entendendo não haver fundamento jurídico qualquer que permita vedar, abstratamente, a participação de terceiros, de agências ou mesmo do MP na negociação de um acordo em concentração. A pluralidade de opiniões e manifestações é capaz de agregar publicidade, efetividade e legitimação à via consensual. Assim, conquanto não se possa falar de um verdadeiro direito subjetivo de terceiros a participação em negociações formuladas pelas requerentes<sup>6</sup>, nada obsta que se reconheça a faculdade de o CADE aceitar a colaboração de “não interessados” a partir de um juízo de conveniência e oportunidade. E essa aceitação será importante e recomendável especialmente nas hipóteses em que agências reguladoras buscarem atuar na negociação com o objetivo de harmonizar os objetivos do SBDC com a política setorial sob sua incumbência.

Em perspectiva material, a lei não define nem enumera os tipos e o conteúdo de condicio-

6 Em igual sentido, VILLARES, Andréa Lúcia Nazário. **Instrumentos jurídicos consensuais para proteção à concorrência**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/34UaQQL>. Acesso em: 10 jul. 2020.

nantes aceitáveis, ou seja, que podem ser negociadas e inseridas na minuta do acordo. No entanto, a doutrina especializada oferece mapeamentos bastante úteis dessas técnicas. Nesse sentido, por exemplo, Saller (2004) sugerem a classificação das condicionantes por um critério de conteúdo em condicionante: (i) de alienação de ativos; (ii) de desconcentração ou de desinvestimento; (iii) de abertura de mercado; (iv) de não abuso do poder de mercado ou de se comportar conforme a legislação concorrencial; (v) de constituição de competidores; (vi) de isolamento de informações e (vii) de compromissos formais de interação com a autoridade concorrencial e monitoramento.

De modo geral, essas condicionantes se classificam em principais e acessórias. Principais são as essenciais, cujo descumprimento ataca a finalidade e a razão de ser do próprio ACC. Acessórias são as de mera operacionalização, como as obrigações de monitoramento e fiscalização. Essa distinção, como se verá, ganha relevância sobretudo quando se discutem as medidas de fiscalização do ajuste e as consequências de inadimplementos e moras na execução das obrigações pactuadas.

Concluída a negociação, o acordo passa então à fase de aprovação: a primeira é da própria autoridade pública que o negociou em nome do CADE; a segunda, formal e definitiva, é a realizada pelo Tribunal Administrativo da autarquia (TADE). Assim, mesmo o acordo negociado pela Superintendência Geral (SG), que constitui órgão interno da autarquia, deverá ser apreciado pelo Tribunal, do contrário não receberá a chancela oficial da autarquia. O exercício da tarefa de apreciação e aceitação definitiva do acordo, além disso, não parece ser delegável administrativamente quer à SG ou ao Conselheiro-Relator, pois tal competência está explícita na LDC como exclusiva (art. 9º, V) (BRASIL, 2011).

O exame da proposta de ACC pelo TADE enseja uma análise multifocal do caso concreto, o que, não raro, suscita divergências a respeito do conteúdo negociado. Nesse contexto, o Tribunal depara com três caminhos decisórios: (i) o do indeferimento integral da minuta; (ii) o do indeferimento parcial de determinadas cláusulas negociadas e (iii) o da determinação de retomada da negociação com o objetivo de sanar preocupações específicas – via que se defende como preferencial à do imediato indeferimento.

Uma vez firmado, o acordo passa então à fase de execução e de fiscalização. Para tanto, far-se-á imprescindível a definição, no próprio acordo, das formas de monitoramento do cumprimento das obrigações e condições pactuadas, do papel de cada parte contratante nessa tarefa, da eventual necessidade de se contratarem terceiros para tanto, da divisão dos custos financeiros incidentes e, por fim, da criação de indicadores capazes de mensurar o cumprimento de metas de natureza qualitativa ou quantitativa.

Suscita preocupação o mandamento previsto no art. 52, §1º da LDC, segundo o qual “na fase de fiscalização da execução das decisões do Tribunal, bem como do cumprimento de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei, *poderá a Superintendência-Geral valer-se de todos os poderes instrutórios que lhe são assegurados nesta Lei*” (BRASIL, 2011, grifo nosso). A interpretação mais plausível do dispositivo legal é que as medidas de monitoramento empregadas pela SG se limitarão às pactuadas pelas partes. Ao longo da execução das obrigações, a Administração Pública deverá advertir o compromissário dos pontos que exigem esclarecimento e, somente frente à sua omissão, deverá empregar poderes instrutórios exorbitantes da relação contratual. Trata-se de consequência básica da boa-fé contratual aplicada ao direito administrativo.

Outro ponto que merece destaque é o papel de terceiros na fiscalização. Ainda que a lei atribua à Superintendência Geral a função central nessa atividade, entendo que haja direito subjetivo de terceiros ao monitoramento do acordo, o que, na prática, equivale a afirmar que qualquer cidadão, bem como agências e o próprio Ministério Público, estão legitimados a acessar os termos do acordo (por força do princípio da publicidade, ressalvadas hipóteses de sigilo) e peticionar ao CADE para informar o descumprimento do pactuado. A ampliação dos atores incumbidos de exercer ações fiscalizatórias tem o efeito de fortalecer a efetividade da gestão pró-consensual no controle de concentrações.

Durante a execução do acordo ou após o esgotamento do período de execução, é possível que surjam questionamentos relativos ao cumprimento das obrigações pactuadas. E nesse momento despontarão indagações a respeito das consequências práticas de eventuais moras e inadimplementos do ACC. Mais uma vez, a LDC e o Regimento Interno prescindem de normas claras sobre o assunto, restando à doutrina a tarefa de construção de parâmetros para tratar desses relevantes tópicos da trajetória contratual. Para isso, como dito, é de extrema importância que se parta da diferenciação entre mora, como mero atraso na execução das obrigações, e inadimplemento. Urge ainda dividir as situações de inadimplemento parcial e integral, bem como de inadimplemento de obrigações principais e de obrigações acessórias.

Em outras palavras: o que se está a defender é que jamais se deverá prever a mesma consequência jurídica a três fenômenos distintos: mora, descumprimento de obrigação acessória e, o mais grave, descumprimento de obrigações principais. Em relação ao inadimplemento de obrigações acessórias ou simples mora no cumprimento, as sanções contratuais serão mais brandas, correspondendo unicamente à aplicação de multa diária especificamente prevista na LDC/2011 (art. 39) (BRASIL, 2011). Note-se, ademais, que o descumprimento justificado de algumas obrigações (decorrente de fato de terceiro, força maior ou caso fortuito) sequer deverá ocasionar punição. A esse respeito, Passos (2003) defende que caberá ao plenário do CADE aceitar ou não as justificativas aduzidas pelos compromissários e, diante da aceitação, autorizar a manutenção do acordo.

Em casos mais graves, configurado descumprimento de obrigações principais, devidamente comprovado pelo CADE, a violação do acordo ocasionará a cassação do ato administrativo de aprovação da autorização e, por conseguinte, a extinção do próprio ACC. Fora dessa hipótese, o acordo desaparecerá por outras medidas que venham a extinguir o ato administrativo ao qual ele se integra, como a anulação por vício de legalidade. No entanto, como o ACC afigura-se, primariamente, um ato benéfico ao particular e a ação restritiva do Estado se sujeita aos imperativos da razoabilidade, possíveis vícios sanáveis de legalidade necessitam ser prioritariamente extirpados pela técnica da convalidação. Pelas mesmas razões, em benefício dos agentes econômicos que celebram o acordo em concentrações, incide a decadência do poder de anulação após cinco anos da aprovação do acordo, desde que o compromissário privado tenha agido de boa-fé (LPA, art. 54) (BRASIL, 1999).

Para ilustrar como esse interessante acordo tem funcionado, vale a menção a um caso concreto, no qual o TADE entendeu pela procedência do ato de concentração entre as empresas, com a ressalva da celebração de ACC. Trata-se do Ato de Concentração n. 08700.004494/2018-53 (BRASIL, 2018), de relatoria do Conselheiro Luís Henrique Bertolino Braido, e envolvendo a concentração entre a 21st Century Fox pela The Walt Disney Company (TWDC). A aprovação da concentração ficou con-

dicionada ao ato de desinvestimento, pela TWDC, do conjunto de ativos necessários às operações da Fox Sports no Brasil, relacionadas às atividades de produção e licenciamento de canais lineares básicos de esporte para TV por assinatura no Brasil. Contudo, o desinvestimento não foi alcançado, por conta de problemas como o prejuízo do negócio desinvestido, uma vez que os canais Fox Sports e Fox Sports 2 registraram, em 2018 e 2019, audiência média de 25% e 26% do total de espectadores dos canais lineares básicos da 21CF, o que faz que o ativo recortado para desinvestimento não seja passível de ser apartado do todo da empresa e se sustentar sozinho. Tal situação foi agravada ainda em virtude da pandemia do vírus da Covid-19. Por conta disso, foi celebrado novo ACC, prevendo remédios comportamentais para mitigar problemas concorrenciais constatados (aumento do nível de concentração de mercado; a questão da elasticidade preço da demanda; a busca por ganhos de eficiência produtiva e a busca por diversidade de opções de produtos. Assim, a TWDC se comprometeu a: manter a grade de sua programação por três anos ou ao término de seus respectivos contratos; manter o canal principal da Fox Sports, com o mesmo padrão de qualidade existente atualmente, até o dia 1º de janeiro de 2022, sendo que, após essa data, eventos futebolísticos deverão ser transmitidos em algum de seus canais afiliados, até o final do atual contrato com a Conmebol; devolver antecipadamente a marca Fox Sports, caso opte por encerrar a transmissão deste canal, deixando-a livre para ser utilizada por qualquer outro grupo que se interesse, mediante arranjo comercial com seu proprietário.

#### 4. OS ACORDOS DE PRESERVAÇÃO DE REVERSIBILIDADE (APRO)

Uma das mais significativas mudanças do modelo de 2011 em relação ao de 1994 consistiu no enrijecimento do controle de concentrações por meio da exigência de aprovação prévia das operações de mercado notificadas ao CADE. A execução de concentrações econômicas sujeitas ao crivo estatal sem a obtenção da autorização representa ilícito administrativo que, além de sujeitar o infrator a severas sanções na mesma esfera, ocasiona a determinação de notificação *ex post* e coloca os envolvidos sob o risco de desfazimento da operação.

Da própria sistemática do controle anterior resulta que, em situações de caráter excepcional, o controle necessitará ocorrer posteriormente à concretização do ato de concentração. Essas exceções se vislumbram não apenas na situação de *gun jumping* (isto é, de concretização ilícita da concentração antes de expedição da autorização administrativa), mas também dentro do próprio processo de controle de notificações apresentadas regular e antecipadamente. Explico. A LDC confere ao conselheiro relator de uma concentração o poder de aprová-la liminarmente antes de o Tribunal Administrativo (TADE) proferir decisão final, criando assim uma outra hipótese de controle *ex post*. Isso deriva do que prescreve o art. 59, § 1º: “o Conselheiro-Relator poderá autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, *impondo as condições que visem a preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto*” (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Uma leitura literal desse dispositivo da LDC poderia dar margem a debates acerca da existência de autorização legal para que o CADE negociasse medidas de proteção da reversibilidade da operação de mercado com os requerentes nela interessados. Afinal, na letra fria do artigo referido se prescreve que o conselheiro-relator *imporá* “as condições que visem à preservação da reversibili-

dade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto”. O verbo escolhido, “impor”, implica prolação de decisão condicionada, precária e *unilateral*. Isso excluiria, porém, a possibilidade e licitude de uso de um APRO, ou seja, de um acordo de reversibilidade de operação acoplado a decisões de aprovação liminar no controle de concentrações? Entendo não ser esta a interpretação mais apropriada do dispositivo legal.

A utilização dos meios pró-consensuais no âmbito da Administração Pública está fortemente vinculada à necessidade de se conferir mais qualidade e legitimidade à função administrativa. Ao revelar os efeitos positivos do diálogo para a estabilidade das funções administrativas, Schirato e Palma (2009, p. 3) explicam que “decisões formadas por consenso tendem a ser menos desrespeitadas do que decisões impostas unilateralmente”. Por esses e outros motivos, Sundfeld e Câmara (2011) e Palma (2010) sustentam que o emprego de mecanismos consensuais não depende exclusivamente de previsão legal. Seguindo essa lógica, os instrumentos consensuais estarão proibidos unicamente nas situações em que a legislação trouxer uma proibição.

Daí se retira um primeiro argumento a permitir que o conselheiro-relator, ao decidir aprovar liminarmente a operação, opte entre impor unilateralmente as condicionantes aos requerentes ou negociar com eles a elaboração de obrigações que garantam a reversibilidade da operação (caso ela seja ao final reprovada pelo TADE), aproveitando-se de seus conhecimentos e experiência. Não havendo vedação legal, o APRO poderia ser perfeitamente utilizado!

Esse argumento, contudo, perdeu utilidade diante de algumas modificações do direito positivo brasileiro, sobretudo a inserção do art. 26 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (BRASIL, 1942). De acordo com esse novo artigo, as autoridades públicas estão autorizadas a celebrar compromisso com pessoas físicas e jurídicas para, entre outras coisas, eliminar incertezas e superar situação contenciosa, aqui entendida como as que envolvam conflitos de interesses, públicos ou privados, ainda que potenciais.

Isso significa que o fato de o art. 59, § 1º da LDC empregar o verbo “impor” não obsta a possibilidade de uso de instrumentos pró-consensuais, ainda que ele não esteja previsto na própria lei concorrencial. Sob essa perspectiva é que se aceita a adoção do APRO como: (a) um mecanismo pró-consensual de natureza contratual; (b) empregado durante o desenvolvimento do controle preventivo concreto; (c) marcado pela precariedade e pela finalidade cautelar e (d) obrigatoriamente acoplado ao ato administrativo do Conselheiro-Relator, consistente na aprovação liminar e precária da operação de concentração econômica antes da avaliação final pelo TADE.

A legitimação para solicitar esse tipo de acordo recai sobre os próprios requerentes da aprovação da concentração. Nesse cenário, a primeira conclusão que se retira da sistemática da LDC é a de que eles podem: (a) simplesmente solicitar a aprovação e não se referir às medidas de preservação da reversibilidade, hipótese em que, independentemente, o conselheiro poderá determiná-las; (b) solicitar a aprovação liminar e já apresentar propostas de medidas aptas a preservar a reversibilidade da operação; ou (c) solicitar a aprovação liminar e requerer a negociação de medidas de reversibilidade, antecipadamente minutadas ou não.

Na negociação do APRO, é fundamental que o Conselheiro-Relator manifeste suas preocupações acerca da consumação liminar e precária da operação de mercado antes da decisão final e que proponha eventuais medidas para solucionar suas inquietações. Aos particulares, de sua parte,

cabará esclarecer em profundidade o impacto da consumação da operação e seu grau de reversibilidade. Em havendo tempo hábil, na aprovação liminar também será oportuno ouvir não apenas os interessados diretos, como terceiros potencialmente afetados (*i.e.* consumidores, trabalhadores, competidores, entidades reguladoras do setor atingido e o Ministério Público). Essa recomendação hoje é reforçada igualmente pelo art. 26 da LINDB, que sugere a apreciação jurídica dos acordos e a “consulta pública” – expressão que deve ser interpretada de modo amplo para abarcar instrumentos análogos como a audiência pública, caracterizada pela oralidade e, por conseguinte, maior celeridade (BRASIL, 1942).

No que se refere à aprovação das medidas negociadas, caso o APRO seja viabilizado por um acordo administrativo formal, a competência de celebração será do Presidente do CADE, pois lhe cumpre, por lei, representar oficialmente a autarquia. Já a tarefa de fiscalizar o comportamento dos interessados na operação concentrativa caberá primariamente ao conselheiro-relator.

Observado o descumprimento dos condicionamentos, a autorização liminar deverá ser cassada. Impõe-se indagar se será lícita a cominação adicional de multa administrativa nesse caso. De um lado, essa sanção pecuniária constitui medida de polícia de caráter fortemente restritivo, e está sujeita ao princípio da legalidade em sua faceta mais intensa. De outro, o APRO é um acordo integrativo de uma decisão unilateral, de modo que suas determinações podem ser consideradas parte do ato unilateral autorizativo. Em assim sendo, o descumprimento do pactuado autorizará a multa diária do art. 39 da LDC desde que conduzido “processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais” (BRASIL, 2011).

Na atualidade, dada a falta de clareza da LDC de 2011 sobre a existência do APRO, o CADE tem se absterido de utilizar a figura, embora possa fazê-lo, como aqui defendido, nas excepcionais situações de aprovação *a posteriori*. Para exemplificar o acordo de preservação, nesse cenário, é necessário buscar experiências mais antigas, ainda regidas pela LDC de 1994, como a do Ato de Concentração n. 08012.004423/2009-18, em que se analisou a aquisição da Sadia S.A. pela Perdigão S.A no ano de 2009. Na ocasião, verificou-se que a operação poderia resultar em uma concentração elevada, surgindo assim a necessidade de se assegurar a plena reversibilidade do Ato. Tendo em vista tal preocupação, em 7 de julho de 2009 foi celebrado APRO entre o CADE e as empresas. Por meio do acordo, vedou-se o exercício de controle da Perdigão sobre a Sadia, determinou-se que as estruturas administrativas, produtivas e comerciais da Sadia fossem mantidas íntegras e independentes e limitou a troca de informações entre as duas empresas. Por outro lado, o acordo garantiu que a Perdigão procedesse à reestruturação financeira da Sadia e determinou um conjunto de medidas para as empresas implementares em tal reestruturação (BRASIL, 2009).

## 5. ACORDOS NO CONTROLE REPRESSIVO (CONTROLE DE CONDUTAS)

A intensa consensualização do direito da concorrência não é característica exclusiva dos processos autorizativos conduzidos no âmbito do controle de concentrações econômicas pelo CADE. No controle de condutas, atividade destinada a apuração de infrações administrativas contra a ordem econômica, a realidade concorrencial é também prenhe de meios pró-consensuais. Na ação repressiva do SBDC, habitam os acordos mais famosos e polêmicos, a saber: os acordos de leniência, de natureza integrativa, e os compromissos de cessação de prática, de natureza substitutiva do processo

administrativo sancionador.

Em grande medida, a emergência e consagração desses dois tipos de acordo no direito da concorrência se justificam por duas razões basilares. Por parte do Estado, eles são extremamente úteis quer por viabilizarem a instrução processual e, com isso, favorecerem a pretensão punitiva do Estado no combate a infrações extremamente complexas e nocivas ao mercado e à população (função da leniência), quer por permitirem que o CADE afaste comportamentos suspeitos ou de efeitos questionáveis sem os custos humanos, técnicos e financeiros do processo administrativo punitivo (função do compromisso de cessação).

Por parte dos particulares, os acordos do controle de condutas, nas suas duas espécies, revelam-se interessantes e atrativos por um benefício comum. Eles afastam ou mitigam as gravosas sanções administrativas que o Estado lhes pode impor em consequência da infração contra a ordem econômica. De acordo com a legislação atual, as sanções pecuniárias às empresas podem atingir 20% do faturamento bruto anual no ramo de atividade empresarial<sup>7</sup> em que ocorreu a infração. Para as pessoas físicas e pessoas jurídicas sem atividade empresarial, a multa chega a dois bilhões de Reais e, para os administradores, direta ou indiretamente responsáveis pela prática, a 20% da multa aplicada à pessoa jurídica<sup>8</sup>. Não bastasse isso, o CADE ainda deve cumular à multa a determinação de suspensão da prática (sanções principais), e poderá a elas somar um extenso rol de restrições administrativas de caráter punitivo (sanções acessórias), como a proibição de contratar ou de exercer comércio até medidas de caráter estrutural, como a cisão da sociedade condenada. Resta esclarecer como os agentes econômicos se valem dos acordos para se proteger contra essas sanções ou, ao menos, para reduzir seu impacto.

## 6. OS ACORDOS DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência se define como mecanismo pró-consensual de natureza administrativa com finalidade de cooperação instrutória e integrativo do processo sancionador. Por meio dele, uma pessoa física ou jurídica, que figure como coautora de infração concorrencial<sup>9</sup>, propõe-se a

7 Note-se que a base de cálculo não é o mercado relevante atingido, mas sim o faturamento no “ramo de atividade empresarial”. Esses ramos são definidos pelo CADE na Resolução nº 3, de 29 de maio de 2012. Porém, o CADE utilizou o mercado relevante como parâmetro no PA 08700.010769/2014-64, envolvendo distribuição de combustíveis.

8 Apesar de severas, as sanções máximas de multa às pessoas jurídicas em atividade empresarial e aos administradores são bem menores que as previstas na LDC de 1994, que o percentual atingia até 30% do faturamento bruto anual.

9 Na verdade, a pessoa física pode se valer do acordo seja como empregado da pessoa jurídica que comete a infração contra a ordem econômica, seja como autora principal de uma infração concorrencial. A leniência do funcionário não se resume à do administrador da empresa, pois abarca todos e qualquer funcionário que tenha participado da prática infrativa em nome da pessoa jurídica. Ademais, não há necessidade de que a pessoa física esteja, no momento da celebração da leniência, vinculada profissionalmente à pessoa jurídica. Importa apenas que tenha atuado em nome da jurídica no momento em que a infração foi cometida. De acordo com a LDC, os benefícios do acordo serão estendidos aos dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração, “desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas” (art. 86, §6º). Com isso, o legislador buscou vincular a adesão dos funcionários à da pessoa jurídica, tornando precluso o pedido de leniência superveniente. Diferentemente, a situação da pessoa física que figura como infratora direta da legislação concorrencial é muito mais grave que a do mero funcionário. A regra da celebração conjunta da leniência (art. 86, §5º) não incide nesse acordo. Ademais, como não se lhes aplica a regra do “*first come, first serve*” (incidente apenas à pessoa jurídica), a pessoa física pode realizar tanto a leniência prévia que lhe garanta uma imunidade administrativa e penal, quanto a leniência posterior a um acordo já firmado entre o CADE e uma empresa ou associação.

colaborar com o Estado no exercício do controle repressivo para, em compensação, beneficiar-se ou da extinção de sanções que lhes seriam aplicadas ou da sua mitigação. Ao celebrar o acordo, o CADE compromete-se a agir de modo mais leniente, mais brando em relação ao acusado confesso que, por sua vez, assume o papel de colaborador da instrução, por sua conta e risco.

A crescente importância e a frequente utilização do AL no direito da concorrência estão associadas (i) às dificuldades operacionais das autoridades antitruste para exercer com sucesso e efetividade suas funções punitivas; (ii) à complexidade atual das práticas ilícitas concertadas; e (iii) aos efeitos não apenas repressivos, mas igualmente preventivos associados à leniência. Não bastasse isso, a cooperação instrutória gerada por esse acordo com um infrator é vista geralmente como meio de promoção da celeridade do controle de infrações contra a ordem econômica, uma vez que facilita a produção de provas de elevada complexidade e custo. Além disso, o acordo acaba por criar uma “cultura de desconfiança” entre os agentes de mercado envolvidos em tais infrações, desestimulando-os a se unir em torno de objetivos e ações contrárias ao bom funcionamento da concorrência.

O Brasil inseriu a leniência no ordenamento jurídico pela Medida Provisória nº 2.055/2000, regulamentada pela Portaria do Ministério da Justiça nº 894/2000 e, mais tarde, incorporada definitivamente à LDC de 1994 (art. 35-B) (BRASIL, 1994). O primeiro acordo do gênero foi celebrado somente em 2003 no “cartel dos vigilantes”. Ao delator do caso, reconheceu-se a efetividade da cooperação e, por conseguinte, a imunidade administrativa, bem como os benefícios penais do acordo. Apesar desses e doutros exemplos, o programa criado durante a LDC anterior tinha alguns problemas, como os restritos benefícios penais à pessoa física envolvida e a vedação de leniência com “empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária” (art. 35-B, § 1º da Lei n. 8.884/1994) (BRASIL, 1994).

Em comparação, o modelo de leniência desenhado pela LDC/2011 foi bastante aprimorado e, assim, tornou-se bem mais atrativo. Em grande parte, o maior sucesso do atual programa de cooperação com o acusado se deveu a algumas modificações promovidas na legislação, sobretudo: (i) a extensão dos benefícios da leniência à esfera penal de modo amplo; (ii) a exclusão da vedação de celebração de acordos de leniência com líderes de práticas concertadas e (iii) a criação da regra de impedimento de nova leniência no prazo de três anos para o infrator confesso que descumprir as obrigações de colaboração instrutória assumidas perante o CADE.

Essas inovações se somaram a outras características típicas do programa de leniência do direito concorrencial que, desde o início, reforçaram sua atratividade. Refiro-me aqui especificamente: (i) à previsão de leniência única para pessoas jurídicas; (ii) à diferenciação dos benefícios de acordo com o momento da leniência e (iii) à concessão de benefícios penais às pessoas físicas. A segunda e a terceira características infelizmente não encontram paralelo nos acordos análogos que o legislador brasileiro embutiu na legislação de combate à corrupção editada alguns anos após a LDC de 2011. Diz-se “infelizmente”, porque elas são responsáveis pelo enorme sucesso do programa de leniência concorrencial, como se demonstrará a seguir.

Diversamente do que se vislumbra em países que permitem leniências múltiplas, com distribuição de benefícios a vários acusados – por vezes, conforme um sistema escalonado de redução gradual a cada novo colaborador –, no Brasil, a LDC adotou o sistema baseado na regra do “*first come, first serve*”. Isso significa que somente uma das pessoas jurídicas acusadas na apuração de infração

contra a ordem econômica poderá celebrar o acordo e obter todos os seus benefícios imunizantes.

Essa restrição legal do número de colaboradores gera uma natural e salutar “corrida pela leniência” a qualquer sinal de desestabilização das relações entre os infratores. Afinal, os administradores da pessoa jurídica infratora têm a consciência de que, caso ela não seja a primeira a se qualificar para o acordo, inexistirá outra alternativa para mitigar as sanções, a não ser buscar um compromisso de cessação de prática ou esforçar-se para celebrar uma modalidade especial de colaboração instrutória muito mais custosa, denominada “leniência plus”. Nesta última hipótese, o benefício de redução da multa atingirá no máximo 1/3 do seu valor no processo sancionador em curso (no qual já existe, portanto, uma leniência principal) e, ainda, o “colaborador *plus*” ficará obrigado a confessar infração nova, que dará origem a outro processo, no qual ele terá direito aos benefícios de uma leniência prévia.

Para além desse interessante sistema de restrições do número de acordos, aplicável unicamente a pessoas jurídicas, a LDC previu um escalonamento ou uma gradação dos benefícios gerados pela colaboração conforme o momento da adesão ao programa de leniência. Em contraste com a Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013) – que criou um modelo bastante frágil e imperfeito, alheio aos avanços que já se viam no SBDC –, o direito da concorrência faz uma clara e justa distinção entre: (i) *leniência prévia*, que permite o abatimento integral da multa; (ii) *leniência concomitante*, que ocasiona a redução da multa em 1/3 a 2/3 e (iii) a *leniência plus*, que, como visto, garante a redução de no máximo 1/3 do valor da multa cominada, além de benefícios de leniência prévia no segundo processo administrativo. Ao traçar essa distinção e oferecer maiores benefícios ao infrator que se oferecer a colaborar com o CADE antes que ele tenha qualquer conhecimento da prática infrativa, a LDC novamente estimula a “corrida pela leniência” e valoriza seu programa de colaboração.

Em terceiro lugar, o sucesso do SBDC no uso do relevantíssimo instrumento pró-consensual em comento se deve à importante extensão dos benefícios da leniência para além da esfera administrativa interna. Uma prática concorrencial, além de ensejar punição na esfera administrativa com base no poder de polícia do CADE, frequentemente abre espaço para outros inúmeros campos de responsabilização. Um cartel, por exemplo, ao mesmo tempo em que se mostra punível pela LDC, poderá deflagrar a responsabilidade civil dos envolvidos perante terceiros (como concorrentes, consumidores, fornecedores ou distribuidores) e a responsabilidade penal das pessoas físicas envolvidas, principalmente seus administradores, sem prejuízo de eventuais implicações em esferas de responsabilidade especial, tratadas, por exemplo, pela Lei de Improbidade (BRASIL, 1992) e pela Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013).

O reconhecimento das abrangentes implicações de uma prática contra o funcionamento da concorrência revela, imediatamente, que o sucesso de um programa de leniência jamais poderia ser garantido apenas com benefícios restritos ao processo administrativo sancionador conduzido no âmbito do CADE. Atento a isso, o legislador, em 2011, expandiu enormemente os benefícios às pessoas físicas, garantindo sua imunização na esfera penal de modo ilimitado, não apenas em relação aos tipos previstos na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/1990) (BRASIL, 1990). Sem essa extensão, o programa de leniência ficaria severamente comprometido, pois dificilmente algum administrador, envolvido na prática, levaria a pessoa jurídica que dirige a cooperar com o CADE sob o risco de, pessoalmente, responder na esfera criminal e sofrer intensas penas.

Além dessas características gerais, o acordo de leniência previsto na legislação concorrencial, em paralelo com os outros acordos celebrados pelo CADE, também se fragmenta nas fases de (i) proposta; (ii) negociação; (iii) celebração; (iv) execução e (v) extinção. Cada uma dessas fases suscita uma série de debates e questionamentos próprios que, a seguir, serão apenas ilustrados sem a mínima pretensão de qualquer esgotamento.

Na propositura, a legislação concorrencial é bastante rígida ao estabelece inúmeros requisitos, que devem ser comprovados pelo infrator qualificado, em ordem de chegada, para as negociações. De maneira geral, a utilização do instituto pressupõe: (i) o cometimento de uma infração concorrencial, a despeito da ocorrência de danos; (ii) a natureza concertada da conduta infrativa, ou seja, a existência de vários coautores; e (iii) a confissão da prática pelo infrator colaborador. O AL depende ainda da formulação de uma proposta oficial pelo infrator confesso, a qual é preliminarmente analisada quanto ao seu cabimento pelo CADE. Afinal, é preciso verificar, entre outras coisas, se já existe leniência firmada e se as provas que se pretende oferecer ao Estado são novas e úteis, colaborando efetivamente com a instrução. Se considerada cabível, então será aberta a negociação.

Isso significa, portanto, que a leniência não é oferecida ao primeiro que mostrar interesse, mas sim ao primeiro que se qualificar para a negociação. Essa constatação poderia levar potenciais interessados a abrir mão da leniência para não correr os riscos de revelação de provas e da confissão. Para evitar esse efeito nocivo, que desencorajaria a adesão ao programa, a legislação prevê duas medidas: o sigilo da proposta e a desconsideração de provas. Caso a proposta seja rejeitada em razão do descumprimento dos requisitos abordados, a confissão realizada pela empresa tanto em relação aos fatos quanto à ilicitude de sua conduta perderá os efeitos e as provas juntadas deverão ser devolvidas e ignoradas, delas não se podendo fazer qualquer divulgação por força de expressa determinação legal (art. 86, §10) (BRASIL, 2011).

Cumpridas as solicitações e os demais requisitos legais, opera-se a celebração do acordo, que acompanhará o processo administrativo e cujo cumprimento será definitivamente julgado pelo CADE no momento de expedição da decisão condenatória final pelo Tribunal Administrativo. A partir da remessa do processo administrativo devidamente instruído para julgamento do TADE, restará precluso o direito à propositura do acordo. Não poderia ser diferente, uma vez que a leniência tem como finalidade precípua a cooperação instrutória, de modo que, se não há mais provas a se produzir, não há mais motivo para acordo. Pela mesma lógica, sempre que se reabrir a instrução, inclusive a pedido do conselheiro relator, automaticamente ressurgirá o direito à propositura do acordo de leniência.

Existindo espaço para produção de provas e cumpridos os requisitos legais, a autoridade responsável deverá obrigatoriamente aceitar a negociação do acordo. Entendo, pois, inexistir qualquer tipo de discricionariedade do CADE para descartar a leniência à luz da legislação atual. Discricionariedade haverá somente na decisão sobre celebrar ou não o acordo, após a conclusão da minuta negociada. Reitere-se, a propósito, que a legislação brasileira não mais veda a celebração do acordo com o líder de uma infração. A má-fé do líder, ao organizar o ato infrativo e seduzir outras pessoas para contribuir com o ilícito, não o proíbe de se beneficiar do programa de leniência. Hoje, o líder será aceito como colaborador, a critério do CADE, sempre que cumprir os requisitos legais mínimos para tanto.

Um aspecto polêmico para a celebração da leniência diz respeito ao dever de cessar a prá-

tica em curso. Com efeito, prescreve o art. 86, § 1º da LDC de 2011, que o acordo somente poderá ser celebrado se (i) a empresa for a primeira a se qualificar; (ii) cessar completamente seu envolvimento na infração notificada ou sob investigação; (iii) não houver provas suficientes, nas mãos da SG, a respeito da prática; (iv) a empresa confessar sua participação no ilícito e se dispuser a cooperar plenamente na investigação (BRASIL, 2011). Não se trata aqui de aprofundar todos os requisitos, mas simplesmente de ressaltar os problemas da cessação da prática como condição da celebração. Na verdade, é mais adequado e compatível com o interesse público e com as finalidades do controle de condutas que o CADE e o colaborador possam combinar a cessação ou a manutenção da prática infrativa, sobretudo depois de uma avaliação dos impactos dessa medida. Essa avaliação é imprescindível, pois a cessação poderá gerar suspeitas por parte dos outros infratores, estimular a destruição de provas e inviabilizar o sucesso da cooperação para fins de instrução do processo administrativo.

Na execução do acordo, duas são as obrigações compulsórias e diretamente previstas em lei ao delator: identificar os demais coautores da infração e entregar documentos e informações que comprovem a infração noticiada ou que esteja sob investigação do SBDC. Para fins de julgamento do acordo e concessão final dos benefícios, será imprescindível avaliar a efetividade dessa ação colaborativa. Além de ser guiada pela efetividade e continuidade da colaboração, o acordo de leniência vem relacionado, na legislação ordinária, com o “resultado útil do processo” (art. 86, §3º) (BRASIL, 2011). Entendo, porém, que isso não significa um condicionamento dos benefícios da leniência à condenação de todos os acusados. Ademais, tampouco se deve entender que a colaboração instrutória implique em obrigações de assunção de todo o ônus instrutório. A oficialidade que rege o controle repressivo concorrencial impede que se transforme a leniência em um mecanismo de delegação integral de tarefas estatais ao particular, de sorte a eximir o Estado de seus deveres na condução do processo.

Respeitadas as competências do CADE, como responsável pela instrução e decisão do processo, o colaborador deve agir sempre de boa-fé, pronta e celeremente conforme as obrigações que assumiu. Todas essas atividades serão realizadas, como já dito, por sua conta e risco. Ele arcará com todos os custos da cooperação instrutória, sem qualquer direito de ressarcimento em relação ao CADE ou aos demais condenados. Além disso, assumirá todos os riscos decorrentes da colaboração e, principalmente, da confissão da prática. Isso exige que a celebração da leniência seja amplamente avaliada e ponderada pelo interessado, sobretudo porque algumas infrações concorrenciais, como o cartel licitatório, deflagrarão inúmeros processos de responsabilização, dentro e fora da esfera administrativa, e o acordo de leniência firmado com a autoridade concorrencial jamais será suficiente para conter, mitigar ou afastar as várias sanções aplicáveis<sup>10</sup>. Como se demonstrou anteriormente, a leniência concorrencial origina basicamente efeitos administrativos internos (no processo em que é firmada) e benefícios penais para as pessoas físicas.

10 A leniência concorrencial brasileira, por exemplo, não gera imunidade civil e, por força da lacuna normativa e das próprias finalidade técnicas do instituto, sequer poderia o administrador público assumir a função de árbitro dos danos civis no curso do processo administrativo. Não bastasse isso, a leniência abre um risco considerável de condenações no exterior, o que, por sua vez, influencia o ajuizamento de incontáveis ações (penais ou civis) sob diversos ordenamentos, colocando em estado de extrema incerteza não somente a empresa delatora, como também seus administradores e demais envolvidos na prática concertada ilícita. No Brasil, a existência de convênios internacionais entre o CADE e entidades estrangeiras não basta para solucionar todos os desafios da cooperação e conter a multiplicação das esferas de responsabilização que afetam negativamente a eficácia da via de cooperação administrativa criada pela legislação.

A mensuração e oferta dos benefícios da leniência se concretiza no momento de julgamento e, igualmente, de extinção desse acordo integrativo, vinculado e dependente do processo administrativo sancionador conduzido pelo CADE. É necessário que o Tribunal Administrativo, nesse momento, manifeste-se expressamente sobre a cooperação do infrator e, somente diante do reconhecimento do adimplemento de suas obrigações, concederá os benefícios prometidos. Isso revela que a finalização do acordo envolve diferentes situações, que podem ser sumarizadas nas seguintes hipóteses:

- *Decisão condenatória e leniência cumprida*, caso em que se concederão ao colaborador a imunidade em relação à sanção de multa ou a sua redução dentro dos patamares legais, garantido o benefício da menor sanção (art. 86, § 5º LDC) (BRASIL, 2011)<sup>11</sup>;
- *Decisão condenatória e leniência descumprida*, situação em que, por inadimplemento de obrigações de colaboração pactuadas, o infrator que ingressou no programa de leniência será condenado normalmente e, adicionalmente, poderá se sujeitar a sanções administrativas adicionais, perderá imunidade em processos penais que tenham por objeto a mesma conduta que configurou a infração administrativa, não poderá celebrar nova leniência pelo período de três anos e não se beneficiará da proteção sobre documentos e meios de prova que entregou ao CADE; e
- *Decisão absolutória*, hipótese esdrúxula, mas igualmente concebível, já que o Tribunal Administrativo pode declarar a prática como ato lícito ou, apesar da leniência, entender que inexistem provas suficientes para a condenação. Nessas situações, à primeira vista, poder-se-ia considerar que o acordo deveria se encerrar sem qualquer concessão de benefícios ao colaborador. Essa conclusão parece incorreta. Negar ao delator os efeitos do acordo de cooperação afigurar-se-ia uma decisão indevida e perigosa ao próprio sucesso da via de cooperação entre CADE e mercado. Isso, porque a conduta não punida no campo administrativo ainda está sujeita à verificação criminal, ao exame judicial em ações indenizatórias civis bem como eventuais processos perante agências reguladoras. Assim, o fato de o CADE reconhecer a absolvição não afasta seu dever de avaliar e, em caso de cumprimento, declarar o cumprimento do acordo, garantindo ao colaborador todos os benefícios diretos e indiretos previstos na legislação.

Dados os seus potenciais benefícios, os acordos de leniência, nos últimos anos, têm-se tornado cada vez mais frequentes. A título de ilustração, em maio de 2013 a Superintendência-Geral do CADE celebrou acordo com as empresas Siemens Ltda. e Siemens AG, além de alguns de seus funcionários, dando origem a processo administrativo para apurar o “cartel dos metrô de São Paulo” como uma forma de cartel em licitações públicas. Os infratores colaboradores confessaram a prática ilícita com o objetivo de obter, perante a Administração Pública, os benefícios referidos no art. 86, §4º, e 87 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011). Ao confessar, reconheceram a existência de ajustes entre concorrentes para eliminar a disputa em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares, desde, pelo menos, 1998. A partir dos dados e documentos obtidos por meio da leniência, o CADE realizou operação de busca e apreensão para fortalecer o conjunto probatório

11 Esse benefício, que não existe na leniência da legislação anticorrupção, garante ao colaborador que ele receba a menor multa, ou seja, os outros acusados, não colaboradores, receberão multa igual ou superior à do infrator que participou do programa de leniência e cumpriu todas as obrigações nele pactuadas.

inicial, angariando robustas provas da infração à ordem econômica praticada pelos representados. Ao final, em 2019, o processo culminou na condenação de 11 empresas e 42 pessoas físicas. As multas cominadas atingiram o valor de R\$ 535,1 milhões. Já os infratores colaboradores na leniência, em razão do cumprimento integral das obrigações acordadas, beneficiaram-se da extinção da pretensão punitiva da Administração Pública, além da imunidade penal para as pessoas físicas (BRASIL, 2013a).

## 7. OS COMPROMISSOS DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA (TCC)

Dos quatro acordos presentes no SDBC, o termo de compromisso de cessação de prática, conhecido como TCC, é certamente um dos mais polêmicos por ser o único com efeito substitutivo do processo administrativo. Trata-se de acordo instrumentalizado por um termo subscrito pelo CADE, no controle de condutas, e por uma ou mais pessoas, acusadas de infração contra a ordem econômica. Uma vez celebrado o compromisso, o processo acusatório é suspenso por prazo determinado e, ao se reconhecer o cumprimento das obrigações acordadas, determina-se seu arquivamento. Não se confere, porém, qualquer tipo de imunidade administrativa ou penal aos compromissários. Além disso, por lei, o TCC não pressupõe pluralidade de infratores, nem exige confissão – embora isso possa ocorrer por determinação infralegal.

No controle de condutas, o emprego do compromisso de cessação de prática apresenta três utilidades básicas expressivas, quais sejam: (i) impedir a continuidade da prática de mercado sob a qual pairam suspeitas de ilicitude ou de seus efeitos nocivos sem a necessidade de se impor medida preventiva ou decisão condenatória; (ii) concretizar o princípio da eficiência administrativa ao imprimir celeridade e economicidade processual; e (iii) democratizar a ação do CADE, o que tende a lhe conferir maior aceitação e, por conseguinte, reforçada efetividade e estabilidade às suas decisões em detrimento da litigiosidade.

Para se compreender esses benefícios, é preciso ter em mente que o TCC, diferentemente de todos os outros acordos concorrenciais debatidos, substitui o processo administrativo integral e definitivamente em relação ao compromissário, deixando o Estado de julgar a conduta suspeita quanto à sua legalidade. Em última instância, trata-se de uma ferramenta que permite o afastamento da prática ou, quando ela já tenha cessado, de seus efeitos sem a necessidade de conclusão processual. Seu objetivo maior não é viabilizar a instrução processual, como a leniência, mas sim evitar o processo! Isso contribui com a eficiência e a celeridade do controle de condutas e, indiretamente, com o aumento de legitimidade do CADE. Não fosse isso, a depender do próprio conteúdo do acordo celebrado, não é de se negar que o TCC ainda seja capaz de atingir objetivos preventivos gerais, reduzindo os riscos de ilícitos concorrenciais para além do processo administrativo em concreto<sup>12</sup>.

Apesar dessas vantagens, o acordo de cessação encontra certa resistência. Parte dela advém da tradição unilateralista das autoridades administrativistas brasileiras – concepção que privilegia uma administração mais repressiva e menos dialógica, resistente ao uso de meios pró-consensuais. Essa concepção mais repressiva, para Lobão, explicaria a recusa, pela Administração Pública, da negociação de compromissos de cessação em processos mais longos e já razoavelmente instruídos,

12 Nesse sentido, ressaltando os benefícios de cláusulas de “compliance”, cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

pois, nessas situações, o Estado teria despendido muito tempo e recursos na averiguação da conduta. De outra parte, “o compromisso, nestes casos, poderia ser um incentivo à adoção, *ex ante*, de práticas anticoncorrenciais, na medida em que o agente econômico, auferindo os benefícios econômicos da prática adotada, teria, ao final, o benefício do arquivamento do processo sem julgamento do mérito e sem aplicação de qualquer penalidade” (LOBÃO, 2001, p. 96).

Sob a lente do direito positivo, nota-se que o compromisso de cessação foi o acordo que mais sofreu transformações com a renovação da legislação concorrencial em 2011. Limitando-se o escopo da comparação histórica às diferenças entre o texto da LDC/1994 (BRASIL, 1994) e a LDC/2011 (BRASIL, 2011), parece evidente que o direito vigente não incrementou os estímulos à celebração do compromisso. A uma, a democratização do processo com a participação de terceiros pode levar o acusado a se eximir da negociação para não ter que suportar obrigações exageradas decorrentes da necessidade de atender interesses externos ao do processo concorrencial. A duas, a regra que impede o efeito suspensivo da abertura de negociações tende a reduzir o número de acordos, uma vez que, para viabilizá-los, os acusados terão que os propor na fase inicial da instrução, momento em que são menores os estímulos ao uso do meio consensual. A três, na legislação em vigor, proíbe-se nova propositura de acordo, caso um primeiro não tenha sido aprovado. Isso pressiona o acusado interessado a se esforçar mais ao longo das negociações, embora torne a relação negocial menos equilibrada.

Do quanto exposto, resta evidente que a legislação atual, em comparação com o modelo da LDC de 1994, tornou-se muito mais favorável à Administração Pública que aos acusados. Sutilmente, a legislação se afasta da horizontalidade negocial tão necessária para o sucesso da via consensual, o que parece estar relacionado com uma estranha cegueira do Estado quanto ao caráter transaccional do TCC. Afinal, o ordenamento prevê um acordo que implica a renúncia do poder sancionador não como uma dívida ao administrado, senão porque considera a transação igualmente benéfica ao exercício das funções administrativas. Diante disso, um regime relativamente verticalizado das negociações, como o vigente, coloca em risco a efetividade da via pró-consensual.

Procedimentalmente, sem prejuízo de seu efeito substitutivo do processo administrativo sancionador, o TCC passa pelas mesmas fases dos acordos concorrenciais de caráter integrativo. Inicia-se pela propositura, aberta a todas as pessoas físicas e jurídicas; passa-se à fase de negociação, que envolve uma ou mais pessoas físicas e jurídicas – sem, portanto, a vedação de acordos múltiplos que vige para a leniência; avança-se para a execução das obrigações pactuadas, durante a qual o processo sancionador fica suspenso e, enfim, chega-se à fase de encerramento e avaliação do acordo, momento em que, com a declaração de cumprimento, o processo sancionador é definitivamente arquivado em relação ao compromissário.

A respeito da legitimidade do acusado para a propositura do compromisso de cessação, basicamente não há grandes debates. Como principal interessado em evitar o exercício do poder punitivo pela Administração Pública, é ele que deve se dirigir à autoridade pública para demonstrar sua disposição em cessar a prática ou reverter seus efeitos nocivos com o objetivo de impedir que o processo prossiga. Também é possível que mais de um acusado tome a iniciativa de negociação do acordo. Ao contrário do que ocorre no programa de leniência comum, como dito, a propositura e celebração de TCC por uma pessoa jurídica acusada não obstam a proposta de outras pessoas físicas

ou jurídicas. Ademais, a presença de um acordo de leniência anterior tampouco impede que as demais pessoas jurídicas acusadas, sem a possibilidade de aderir ao programa de leniência, ofereçam propostas de cessação de prática ou de reversão de seus efeitos para se livrar do processo sancionador.

O reconhecimento da legitimidade primária do acusado para propor o TCC não obsta a pró-atividade do agente público para tanto. Essa possibilidade se vislumbra claramente nos art. 11, IX e 13, IX da LDC/2011 (BRASIL, 2011), pelos quais tanto o conselheiro do TADE quanto a SG podem propor termos de compromisso de cessação. Nessa situação específica, de acordo com normas do Regimento Interno do CADE, a recusa da proposta oficial de acordo não retira do acusado a possibilidade de propor TCC em fase mais adiantada do processo (art. 230, § 4º) (BRASIL, 2020). Aqui se excepciona, portanto, a vedação de nova proposta<sup>13</sup>.

Em termos formais, a proposta de TCC é necessariamente escrita, subscrita geralmente pelo acusado e direcionada ao CADE com ou sem pedido de confidencialidade<sup>14</sup>. O que importa na proposta é a demonstração de que o acusado interessado se dispõe a suspender ou alterar significativamente sua prática de mercado ou a reverter os efeitos nocivos que dela resulte ou tenha resultado. Por lei, a proposta e o acordo que dela advém não representam uma confissão quanto à matéria de fato e à ilicitude da conduta objeto do processo ou da averiguação preliminar. No entanto, é admissível que TCC contenha cláusula de confissão, que ganhará efeito jurídico com sua celebração.

Um exame da LDC/2011 mostra que a propositura de negociação do TCC ocorrerá durante o procedimento administrativo, o inquérito ou o processo administrativo propriamente dito (art. 85, caput) (BRASIL, 2011). Há, porém, um erro na norma em questão. O procedimento administrativo é previsto na legislação concorrencial como uma etapa de verificação da competência do CADE para apreciar e julgar o caso concreto. Durante seu curso, o Conselho não dispõe de uma conclusão acerca de sua competência e, diante de tão relevante incerteza, não poderia passar a negociar uma proposta de compromisso. Nem o CADE nem qualquer outra entidade administrativa está autorizada a negociar assunto sobre o qual não detém competência por força do princípio da legalidade administrativa. E como a competência é a medida do poder público, resta evidente que a propositura do TCC não é aceitável durante o procedimento administrativo de avaliação de competência do CADE.

Outro ponto polêmico a circundar a negociação do acordo diz respeito à exigência de confissão da prática. Como se afirmou, essa exigência não consta expressamente na LDC, embora apareça no Regimento Interno do CADE<sup>15</sup>. Para Lobão (2001), a desnecessidade de confissão incentiva o acusado a cessar voluntariamente sua conduta. Sem a confissão, os riscos de punição do acusado

13 Art. 230 §4º: A aceitação ou rejeição pelo Representado da negociação do termo de compromisso proposta pelo Superintendente-Geral não prejudica a apresentação de requerimento de termo de compromisso por parte do Representado, nos termos do Art. 219 deste Regimento Interno.

14 Existe norma legal expressa a autorizar a concessão de caráter confidencial à proposta (art. 85, §5º) (BRASIL, 2011).

15 Art. 219, §5º: O protocolo do requerimento de termo de compromisso não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta objeto do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo.

Art. 230, §7º: A manifestação do interesse dos representados em celebrar termo de compromisso de cessação não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta objeto do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo.

serão também menores diante de uma ocasional declaração de descumprimento do TCC e o consequente prosseguimento do processo administrativo sancionador. No compromisso firmado com um acusado não participante do programa de leniência, a confissão é por vezes inapropriada em razão de um motivo simples. A despeito da materialidade da prática, o acusado poderá não reconhecer a acusação de autoria, ou seja, ele pode aceitar o compromisso simplesmente com o objetivo de fazer cessar imediatamente sobre si uma acusação de prática que não cometeu. Nos processos em que já exista leniência, porém, dificilmente esse argumento subsistirá, daí a imprescindibilidade de que a confissão ocorra.

A celebração do compromisso, em contraste com a abertura da negociação, é ato discricionário, marcado por um juízo de conveniência e oportunidade. Apesar de uma boa minuta, o Tribunal Administrativo, entre outras coisas, poderá considerar oportuno recusar o acordo com o objetivo de conduzir o processo até o final e firmar jurisprudência sobre certa prática concorrencial no intuito de guiar o mercado. Poderá eventualmente recusar o acordo, igualmente, por entender muito tardia sua propositura e, por conseguinte, extremamente reduzidos os ganhos que advirão para o Estado. Afinal, se a instrução já estiver em fase de conclusão ou concluída, poucas serão as vantagens de suspender e arquivar o processo.

Entretanto, não deverá o CADE se recusar a firmar o acordo por considerar insatisfatórias as cláusulas que ele mesmo propôs nas negociações. O Tribunal deve agir coerentemente com o que os seus negociadores propuseram. Entra em jogo, aqui, a vedação do *“venire contra factum proprium”*. Na lição de Moreira (2010), trata-se de norma decorrente da moralidade que veda conduta dissonante a anteriormente assumida em prejuízo de expectativas legítimas. Tampouco se deverá recusar o acordo pela recusa de o particular aceitar obrigações excessivas ou completamente descoladas do objeto tutelado pelo SBDC. O princípio da razoabilidade administrativa e o princípio da finalidade pública impõem relevantes barreiras aos negociadores públicos, impedindo-os de demandar compromissos mais severos que os necessários a atingir os objetivos do acordo ou que visem a tutelar objetos alheios ao direito concorrencial.

A fixação desses limites principiológicos ao exercício da discricionariedade de celebração do acordo pelo CADE é relevante por conta de um aspecto prático claro. O Regimento Interno do CADE (BRASIL, 2020) somente permite que o Tribunal Administrativo negue ou aceite a minuta final de TCC de modo integral<sup>16</sup>. Não cabe ao Tribunal impor alterações de mérito de modo unilateral. Sua decisão consistirá em aceitar ou rejeitar a minuta sem emendas. E o indeferimento do acordo proposto pelo acusado terá o efeito de vedar nova proposta, como já dito. Não há dúvidas de que essa norma torne a negociação mais assimétrica e verticalizada em benefício dos negociadores públicos e em prejuízo dos particulares. O pretense efeito *“antiprotelatório”* da regra não convence, pois a LDC determina que o processo sancionador não se suspenderá por força da negociação de um TCC, o que, por si só, faz inúteis proposituras múltiplas, bem como inviável qualquer estratégia maliciosamente protelatória.

A seu turno, a aprovação da minuta tem efeitos relevantes. De um lado, exige a suspensão do processo e das atividades de instrução. De outro, ocasiona a *“cessação da prática”*. Note-se, contudo,

16 Art. 231, §2º: O Plenário do Tribunal somente poderá aceitar ou rejeitar a proposta final, não podendo fazer contra-proposta.

que desde 2007 é possível que o acordo entre o CADE e o acusado não acarrete a verdadeira extinção da conduta. A legislação tornou a negociação do TCC mais maleável e permeável à lógica do razoável. A obrigação principal pode, assim, consistir na paralização de um comportamento, bem como na modificação desse comportamento ou na reversão ou correção de seus efeitos nocivos. Em todo caso, imprescindível é o resultado benéfico do ajuste a justificar a dispensa de um processo sancionador. E a cessação em si da prática de mercado constitui somente um dos meios pelo qual esse resultado poderá ser atingido.

Diante do acordo celebrado e em execução, colocam-se inúmeras questões bastante interessantes, que se relacionam com a pouca clareza acerca do regime contratual. Apenas para exemplificar essa problemática, poderia o CADE, como ente estatal, valer-se de poderes exorbitantes, como o de modificar ou rescindir unilateralmente o ajuste? Seria possível revogá-lo por interesse público? Entendo que ao Poder Público, a partir de um interesse público relevante que conflite com a execução de um compromisso assinado, não se autorizará revogá-lo ou substituí-lo, unilateralmente, por outro acordo. Para substituir as obrigações em curso, a única solução cabível será a oferta de novas negociações com o acusado para que se chegue a um acordo integralmente adequado à realidade atual. Outra solução concebível seria a previsão, no TCC originário, de obrigações com prazo determinado, cujo término daria oportunidade de renegociações e, assim, tornaria o compromisso um instrumento mais flexível e adaptável às mudanças da realidade. *Ad argumentandum tantum*, mesmo que prevista a “reserva de rescisão unilateral por interesse público” no TCC, não há dúvidas de que o CADE continuaria obrigado a observar alguns limites para se valer do instituto, pois teria que comprovar: (i) a alteração das circunstâncias fáticas em que o compromisso foi celebrado; (ii) a configuração de “oneriosidade excessiva” a interesse público primário bem limitado; e (iii) o balanceamento dos interesses públicos que sugerem a rescisão e o princípio da segurança jurídica favorável à manutenção do TCC.

Encerrado o prazo de execução, com ou sem alterações, o CADE terá a incumbência de examinar o comportamento do compromissário para então declarar o cumprimento e determinar o arquivamento do processo administrativo. Ao ver declarado o cumprimento do acordo, o particular se subtrairá do risco de ser punido pela prática que vinha sendo investigada pelo SBDC. No entanto, caso o compromissário retome a mesma prática após a declaração de cumprimento do TCC, estará novamente sujeito a processo sancionador, pois a cessação constitui uma obrigação de prazo indeterminado e a celebração do compromisso suspende a prescrição da pretensão punitiva da Administração.

Para além da esfera administrativa, o compromisso de cessação não produz quaisquer efeitos. Seu cumprimento não beneficia a pessoa jurídica na esfera civil, nacional ou estrangeira, nem a pessoa física nas esferas civil e penal. Em contraste com o programa de leniência, a celebração e cumprimento do compromisso não impede, portanto, que os dirigentes sejam condenados na esfera penal por crime contra a ordem econômica. Apesar disso, os efeitos do cumprimento são significativos, sobretudo quando comparados com as consequências do processo administrativo sancionador e com os efeitos adicionais da declaração de descumprimento, que incluem desde multas sancionatórias, multas diárias até a possibilidade de execução judicial das obrigações pactuadas.

Por se tratar de um instrumento com obrigações recíprocas, é igualmente concebível que

o CADE venha a violar o pactuado. Para se defender contra a má-fé da Administração Pública, ao compromissário também se deve garantir o direito de exigir, administrativa ou judicialmente, o cumprimento do TCC e, por conseguinte, a suspensão ou o arquivamento do processo sancionador, bem como a paralisação de investigações. Afinal, se as obrigações assumidas pelo CADE mediante a celebração do compromisso decorrem diretamente da legislação, a violação contratual representa violação legal e possibilita o uso de remédios especiais, como mandado de segurança. Ademais, o inadimplemento da transação pela Administração Pública permite que o particular se valha da exceção do contrato não cumprido para voltar a praticar a conduta que se comprometeu a cessar e para obter eventuais indenizações, como também a devolução de valores eventualmente recolhidos ao Fundo de Direitos Difusos com as devidas correções.

Muitos são os TCCs firmados nos últimos anos pelo CADE. Para ilustrar, tome-se o Processo Administrativo n. 08012.010338/2009-99, em que o Conselho celebrou quatro compromissos ao longo da apuração de prática de cartel nos mercados de tubos para imagem colorida para televisão (CPT) e tubos para displays coloridos para monitores de computadores (CDT). As empresas celebrantes: (i) admitiram os fatos descritos no Histórico da Conduta e comprometeram-se a (ii) recolher contribuição pecuniária no valor de R\$ 17.112.134,59 ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos; (iii) apresentar ao CADE documentos, informações e outros materiais referentes aos fatos investigados no processo, providenciando, se necessário, a tradução juramentada dos documentos apresentados; (iv) cooperar plena e permanentemente com o CADE na presente investigação; (v) comparecer a todos os atos processuais sempre que solicitado pelo CADE até o julgamento; (vi) comunicar ao CADE a alteração dos dados constantes no aludido Termo; (vii) auxiliar o CADE na notificação inicial dos funcionários contra os quais o Processo Administrativo foi instaurado; (viii) abster-se de praticar qualquer das condutas investigadas, bem como a adotar medidas para assegurar que as condutas não voltem a ocorrer; (ix) portar-se com honestidade, lealdade e boa-fé durante o cumprimento das obrigações; (x) não realizar ato e não se omitir de qualquer forma que possa prejudicar o regular andamento das investigações, portando-se, assim, de maneira condizente com as obrigações e manifestações de vontade assumidas no Termo. No decorrer do processo, foi verificado cumprimento total das obrigações firmadas, o que culminou na decisão do CADE pela extinção da ação punitiva (BRASIL, 2009a).

## CONCLUSÕES

- O direito concorrencial brasileiro é prenhe de instrumentos pró-consensuais de natureza contratual que inspiram e estimulam o movimento de consensualização do direito administrativo e servem de inspiração para outros setores. Em comum, todos esses acordos passam por cinco fases: (i) propositura; (ii) negociação; (iii) celebração; (iv) execução e (v) extinção. Essas fases envolvem e suscitam debates e questionamentos próprios, intrincados, que têm estimulado a edificação de uma base doutrinária para sustentar um regime próprio dos acordos empregados em atividades administrativas de caráter restritivo (*i.e.* acordos no poder de polícia, no poder disciplinar ou em poderes contratuais do Estado).
- O controle de concentrações econômicas, por meio do qual o CADE exerce uma atividade de prevenção de danos concretos contra a ordem econômica ao examinar fu-

sões, aquisições e outros instrumentos jurídicos congêneres, abrange dois acordos de natureza integrativa. Esses acordos acompanham o processo administrativo e convivem com o ato administrativo unilateral – a revelar, para a teoria geral, que os modelos de administração consensual não se opõem à administração unilateral, baseada nos atos coercitivos e autoexecutórios, mas com ela convivem e se retroalimentam.

- O controle de concentrações demonstra que os acordos podem se vincular quer a decisões autorizativas liminares e precárias editadas ao longo do processo administrativo, como o APRO (que, apesar da falta de previsão legal, sustenta-se numa interpretação sistemática da LDC), quer a decisões finais, como o ACC. Em todas as situações, eles se destinam a afastar os inconvenientes de um modelo decisório binário (autorizar ou negar), abrindo múltiplos caminhos decisórios e, com isso, permitindo que o CADE possa elaborar soluções autorizativas mais criativas e aptas a compor os incontáveis interesses públicos primários e direitos fundamentais que uma operação de concentração econômica envolve.
- O controle de condutas, como atividade repressiva de infrações contra a ordem econômica, envolve igualmente dois tipos de acordo que, em comum, apresentam para o acusado a vantagem de afastar ou mitigar sanções, dentro e fora do processo concorrencial, e oferecem ao CADE a possibilidade de solucionar questionamentos de mercado e concluir inquéritos e processos punitivos com maior celeridade e efetividade, o que, em última instância, contribui para a estabilização de suas decisões, para a redução da litigiosidade e para o aumento de sua legitimidade diante do mercado e da sociedade.
- O acordo de leniência representa um instrumento de diálogo e ajuste com um infrator confesso com o objetivo de viabilizar a instrução e garantir a conclusão bem-sucedida dos processos punitivos. Ao construir seu programa de leniência atual, depois de muitas discussões e anos de experiência, a legislação concorrencial adotou um modelo bastante atrativo, sustentado em regras claras que, entre outras coisas, diferenciam os benefícios conforme o momento da celebração do acordo, vedam múltiplos acordos com pessoas jurídicas e garantem amplos efeitos penais às pessoas físicas. Muitos desses avanços do modelo concorrencial têm sido infelizmente ignorados em leis mais recentes que trazem instrumentos análogos, como a lei anticorrupção.
- Os compromissos de cessação, por fim, configuram o segundo acordo no controle de condutas e o único dos quatro acordos com efeito substitutivo do processo administrativo concorrencial. É exatamente desse efeito que derivam as maiores críticas e dúvidas em relação ao compromisso e sua compatibilidade com alguns princípios do ordenamento jurídico, como a indisponibilidade do interesse público. Na prática, porém, essas críticas foram superadas ao se demonstrar que o compromisso permite ao Estado solucionar rapidamente questionamentos quanto a condutas econômicas sem os custos técnicos, financeiros e humanos de um processo sancionador e sem os riscos da sua instrução. Ao fazê-lo, os compromissos tutelam o interesse público ao mesmo tempo em que liberam tempo e recursos para que o CADE se dedique a assuntos e casos prioritários ou de maior impacto, de modo a contribuir, em sentido abrangente, para a

efetividade da política de defesa da concorrência como um todo. Apesar dessas grandes vantagens, observa-se que a legislação atual tornou o regime dos compromissos mais verticalizado, de modo a tornar a negociação mais assimétrica e elevar os poderes de barganha do Estado. Isso se conclui a partir do exame de regras que limitam o número de propostas de negociação, que dão ao TADE o poder de apenas aprovar ou rejeitar integralmente a minuta e que vedam a suspensão do processo ao longo da negociação.

• Independentemente dos retrocessos ou avanços da legislação em vigor em comparação com a anterior, é inegável que o direito concorrencial continua sendo o principal laboratório brasileiro dos meios pró-consensuais em atividades administrativas restritivas, com funções preventivas ou repressivas. Suas normas, sua experiência, seus erros e acertos merecem ser levados em conta por todos aqueles que se dedicam ao tema da consensualização e, igualmente, pelo legislador no debate e na construção de mecanismos do gênero para outros setores. Eles ainda necessitam ser levados em conta na formulação de respostas a uma indagação bem mais complexa: já é hora de transformar esses acordos em ferramentas gerais do direito administrativo, aplicáveis a todos os setores e níveis da Administração Pública?

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. **Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)**. Berlim: Bunderministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 1976

BRASIL. [Constituição de 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 1942.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1992.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Presidência da República, 1999.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e

dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18**. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2HYP3Pv>. Acesso em: 25 ago. 2020

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53**. Requerentes: The Walt Disney Company, Twenty-First Century Fox, Inc., [...], ASSOCIAÇÃO NEO TV (“NEO TV”). Relator: Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/32igR86>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.010338/2009-99**. Interessados: Sde Ex-Offício, Samsung SDI Co. Ltda, [...], Sangkyu Park. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2009a. Disponível em: <https://bit.ly/3p2o9Xi>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**. Interessados: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Alstom Brasil Ltda., [...] O Estado de São Paulo. Relator: Conselheiro João Paulo Resende, 2013a. Disponível em: <https://bit.ly/3k3y778>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento interno do CADE**. Brasília: CADE, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kYtVXB>. Acesso em: 17 jul. 2020.

LOBÃO, Carla. Compromisso de cessação de prática: uma abordagem crítica do instituto. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v.8, n. 8, p. 87-98, 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3oT1T21>. Acesso em: 15 ago. 2020.

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

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.874/1999. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PASSOS, Fernando. Artigo 58: do compromisso de desempenho. In: COSTA, Marcos da et al. (org.). **Direito concorrencial**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

SALLER, Michael. **Europäische und Deutsche Fusionskontrolle beim Pay-TV unter besonderer Berücksichtigung von Zusagen**. Berna: Stämpfli, 2004.

SCHIRATO, Victor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Brasileira de Direito Público**, [S. l.], n. 27, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/34RjDmG>. Acesso em: 17 jul. 2020.

VILLARES, Andréa Lúcia Nazário. **Instrumentos jurídicos consensuais para proteção à concorrência**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/34UaQQL>. Acesso em: 10 jul. 2020.

# 5

## ATOS DE CONCENTRAÇÃO E CARTÉIS NOS SETORES MAIS PROTEGIDOS POR MEDIDAS ANTIDUMPING

*Mergers and acquisitions in the most protected sectors by anti-dumping measures: a descriptive analysis*

Rafael Oliveira<sup>1</sup>

### RESUMO

As sobreposições entre as políticas de defesa comercial e defesa da concorrência têm se mostrado cada vez mais evidentes, seja nos critérios das análises de interesse público e nas investigações antidumping, seja nas análises de atos de concentração (ACs). Em vista disso, a maior coordenação entre as autoridades responsáveis tem sido amplamente defendida na literatura acadêmica. Este artigo contribui com o debate ao relacionar dados de medidas antidumping, do Ministério da Economia, com dados de ACs, de uso exclusivo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Analisa-se o perfil dos casos concluídos pelo Cade desde 2015 que ocorreram nos segmentos industriais com o maior número de medidas antidumping em vigor. Nota-se que, em média, o tempo de análise dos casos de rito sumário é maior nestes segmentos, assim como a ocorrência de integrações verticais. As conclusões do Cade, no entanto, não parecem destoar dos padrões do órgão em outros segmentos.

**Palavras-chave:** defesa comercial; medidas antidumping; defesa da concorrência; atos de concentração; análise descritiva.

### ABSTRACT

The overlaps between trade protection and antitrust policies are becoming increasingly evident not only with respect to the criteria of public interest analyses and antidumping investigations, but also regarding analyses of mergers and acquisitions. As a result, a better coordination among competent authorities has been widely defended in the academic literature. This article contributes to the debate by relating antidumping measures data, from the Brazilian Ministry of the Economy, with exclusive M&A data from the Administrative Council for Economic Defense (“Cade”, in Portuguese). The profile

<sup>1</sup> Mestrando em Economia na Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-USP/SP) e Pesquisador Bolsista do Instituto Data Zumbi da Faculdade Zumbi dos Palmares (FAZP/SP). Bacharel em Economia pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EESP-FGV/SP). Foi Analista da GO Associados Consultoria Multidisciplinar (2016-2018) e pesquisador do Centro do Comércio Global e Investimento (CCGI) (2014-2016). Participou do PinCade 2020 (Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)). E-mail: rafael.pereira.oliveira@usp.br.

of all the cases concluded by Cade since 2015 are analyzed for the industrial segments characterized by the greatest number of antidumping measures in force. On average, the analysis period of less complex cases is higher in these segments, as well as the occurrence of vertical integrations. Cade conclusions, however, do not seem to differ from the authority standards in other segments.

**Keywords:** trade protection; antidumping measures; antitrust; mergers and acquisitions; descriptive analysis.

**Classificação JEL:** F13; F14; L40.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A interface entre defesa comercial e defesa da concorrência; 3. Perfil das medidas antidumping em vigor e os setores mais protegidos; 4. Análise de atos de concentração nos setores mais protegidos; 5. Considerações finais.

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é tratar da relação entre políticas de defesa comercial, notadamente medidas antidumping, e de defesa da concorrência no Brasil. Em particular, busca-se analisar o perfil dos atos de concentração (ACs) ocorridos nos setores industriais que se destacam pelo maior número de medidas antidumping em vigor.

Para além dos efeitos conhecidos no comércio internacional, medidas antidumping podem gerar impactos negativos nas condições de concorrência do país importador<sup>2</sup>. Isso porque, ao limitar a concorrência externa, tais medidas tendem a elevar o poder de mercado das empresas domésticas. Dentre os possíveis impactos tratados na literatura empírica, destacam-se a redução da produtividade e dos incentivos a inovar das empresas e a elevação de *mark-ups* e preços<sup>3</sup>.

Este artigo propõe uma análise descritiva a partir do cruzamento de dados de medidas antidumping em vigor, obtidas do Ministério da Economia, com dados de uso exclusivo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) do Painel de Metadados de Atos de Concentração<sup>4</sup>. Busca-se entender se as eventuais distorções geradas pela aplicação de medidas antidumping se refletem, de alguma maneira, nos casos de ACs avaliados pela autoridade antitruste.

Ressalta-se que a natureza descritiva da análise não permite identificar relações causais entre a aplicação de medidas antidumping e ocorrências de ACs. Além disso, foge do escopo deste artigo a análise de condutas anticompetitivas. Isso porque, embora parte da literatura sugira haver uma relação do tema com o uso de instrumentos de defesa comercial, há menos dados disponíveis. Conforme será discutido, o painel de ACs permite uma análise detalhada dos processos, uma vez que possui diferentes filtros de pesquisa, tais como: ano de decisão, código de Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), abrangência e valor da operação, mercado relevante envolvido, den-

2 Bown e Crowley (2007) definem quatro tipos de efeitos no comércio internacional provenientes de medidas antidumping: (i) destruição de comércio; (ii) desvio de comércio; (iii) deflexão de comércio; e (iv) depressão de comércio.

3 Ferraz, Ornelas e Pessoa (2018) apresentam uma revisão da literatura empírica nesse sentido.

4 A base de dados do Cade utilizada neste artigo contempla ACs com decisão publicada entre janeiro de 2015 e fevereiro de 2020. Os dados foram acessados durante a participação do autor no Programa de Intercâmbio do Cade – PinCade 2020.

tre outras características<sup>5</sup>.

A despeito das limitações da análise proposta, este artigo contribui com a literatura sobre a interface entre defesa comercial e defesa da concorrência de três maneiras. Primeiro, evidencia-se as sobreposições existentes entre ambas as políticas, seja nos critérios das análises de interesse público da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) e nas investigações antidumping da Câmara de Comércio Exterior (Camex), seja no processo de análise de ACs do Cade.

Segundo, analisa-se de forma detalhada o perfil das medidas antidumping em vigor no Brasil. A Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) é traduzida para o código CNAE, de forma a permitir a identificação dos setores industriais mais protegidos e a relação posterior com os dados do Cade. Os segmentos de “Fabricação de laminados planos e tubulares de material plástico” (2211.1), “Fabricação de intermediários para plastificantes, resinas e fibras” (2022.3) e “Fabricação de resinas termoplásticas” (2031.2) aparecem como as classes CNAE mais protegidas da competição externa. Além disso, chama atenção o fato de que quase dois terços do estoque atual das medidas antidumping devem perder validade até o final de 2021, o que sugere um possível aumento no fluxo de pedidos de revisão no próximo ano.

Terceiro, associa-se de forma inédita os dados de medidas antidumping dos segmentos mais protegidos com dados de ACs exclusivos do Cade, do período entre 2015 e 2020. Nota-se que, em média, o tempo de análise casos de rito sumário é maior nestes segmentos. O mesmo ocorre com a proporção de integrações verticais. A abrangência das operações analisadas é predominantemente internacional e os mercados relevantes mais recorrentes são os de “Fabricação e comercialização de pneus”, de “Monoetileno glicol – MEG”, de “Ácido tereftálico (PTA)” e de “Resina PET”.

Este artigo serve de subsídio para o Cade no âmbito das discussões do Comitê Executivo de Gestão (Gecex) da Camex, do qual o Cade é convidado permanente, embora sem direito a voto, nos termos do Decreto nº 10.044, de 2019 (BRASIL, 2019d)<sup>6</sup>. Aproveitando-se de sua expertise, o Cade deve contribuir com as decisões, trazendo informações a respeito das condições de concorrência nos setores mais protegidos da competição externa. Embora as conclusões dos ACs nestes segmentos não destoem do padrão de conclusões do Cade, nota-se que o maior intercâmbio de informações no Gecex pode não só conferir maior celeridade nas análises do órgão, como garantir maior robustez às aplicações e revisões de medidas antidumping.

Este artigo está organizado da seguinte forma, além desta Introdução. A Seção 2 trata da interface entre as políticas de defesa comercial e de defesa da concorrência. A Seção 3 descreve o perfil das medidas antidumping em vigor e identifica os setores industriais mais protegidos. A Seção 4 analisa os casos de ACs nestes setores e a Seção 5 traz as considerações finais.

5 A base de dados pública do Cade, “Cade em Números”, possui informações sobre condutas anticompetitivas, mas é mais restrita em termos de filtros de pesquisa. Não é possível, por exemplo, separar processos administrativos com base no setor industrial ou nas classes CNAE, o que limita a associação com os dados disponíveis de medidas antidumping em vigor. Os filtros de pesquisa disponíveis são: classificação do processo, instância, mérito, relator do processo, sessão de julgamento, tipo de conduta, representantes e requerentes envolvidos (CADE, [2020a]).

6 A comunicação entre o Cade e a Camex só foi institucionalizada com a publicação do Decreto nº 10.044, de dezembro de 2019, que tratou das competências do Gecex.

## 2. A INTERFACE ENTRE DEFESA COMERCIAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O objetivo desta seção é discutir a interface entre as políticas de defesa comercial e de defesa da concorrência. Sem o intuito de tratar o tema de forma exaustiva, busca-se contextualizar a análise descritiva dos dados subsequentes, evidenciando as sobreposições existentes e dimensionando a importância de uma maior coordenação entre as autoridades responsáveis.

Entende-se como prática de dumping quando uma empresa exporta um produto a um preço inferior àquele que pratica para um produto similar no mercado interno (MINISTÉRIO, [2020c]). Isto é, quando o preço de exportação de um bem é menor que seu “valor normal”<sup>7</sup>. Tal prática é considerada comércio desleal de acordo com o Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT, em inglês), de 1947, do qual o Brasil tornou-se signatário em 1979 (MINISTÉRIO, [2020a]). Conforme o GATT, o dumping é passível de condenação se causa ou ameaça causar prejuízo material à indústria do país importador. Assim, “a investigação deve não só comprovar a existência de dumping e de dano à indústria doméstica como verificar nexos causal entre ambos” (MINISTÉRIO, [2020d]). Cabe então à autoridade responsável do país alvo decidir sobre a imposição ou não de direito antidumping.

Embora menos frequentes, existem outros instrumentos alternativos de defesa comercial. Medidas compensatórias têm como objetivo compensar subsídios concedidos à produção e à exportação, direta ou indiretamente, no país exportador (MINISTÉRIO, [2020e]). Já medidas de salvaguardas visam aumentar temporariamente a proteção à indústria doméstica que esteja sofrendo prejuízo por conta de um surto de importações (MINISTÉRIO, [2020b]). Ocorre que, entre 1988 e 2018, o Brasil acumulou “665 investigações antidumping, contra apenas 25 investigações de medidas compensatórias” (NAIDIN, 2019, p. 42). Este artigo, portanto, foca na análise dos dados relativos à aplicação de medidas antidumping.

A literatura acadêmica é extensa com relação aos efeitos de medidas antidumping sobre as condições de concorrência, conforme mostram Ferraz, Ornelas e Pessoa (2018). No contexto brasileiro, no entanto, os trabalhos empíricos ainda são escassos. Destacam-se estudos que tratam dos efeitos sobre os incentivos para investimentos em melhorias e inovação, como os da OCDE (2018) e do Iotty e Falco (2019), sobre produtividade e poder de mercado, como o de Remédio (2017) e de Kannebley Júnior, Remédio e Oliveira (2017); e sobre preços de importação, como o de Almeida e Messa (2017).

Tais efeitos ficam evidentes nas análises de interesse público, atualmente conduzidas pela SDCOM, nos termos do Decreto nº 9.745, de 2019. Conforme mostra Naidin (2019, p. 51), os argumentos com as três maiores taxas de incidência, quando citados como justificativa para a alteração de medidas antidumping entre 2013 e 2018, foram: (i) elevada concentração da estrutura do mercado doméstico e condições de concorrência (86,36% dos casos); (ii) impacto nos preços domésticos do produto objeto da medida (50%); e (iii) impacto nos custos de produção a jusante ou a montante (50%).

O Guia Processual e Material de Interesse Público em Defesa Comercial de janeiro de 2020 deixa clara a sobreposição entre as políticas de defesa comercial e de defesa da concorrência (SD-

7 Valor normal corresponde ao preço de um produto logo ao sair da fábrica, à vista, deduzido de impostos e que é vendido em volume significativo a compradores independentes.

COM, 2020). Dentre os critérios considerados, destacam-se: as características do produto sob análise; seu grau de substitutibilidade; a concentração do mercado; as origens alternativas; o risco de restrições à oferta nacional em termos de preço, a qualidade e variedade; e impactos na cadeia a jusante e a montante. Tais aspectos também são considerados nas análises do Cade de ACs horizontais (BRASIL, 2016).

A recente investigação antidumping envolvendo importações brasileiras de laminados a quente da Rússia e da China é ilustrativa a esse respeito. Em janeiro de 2020, foi publicada a Resolução nº 5 da Camex, encerrando a avaliação de interesse público com extinção das medidas aplicadas em 2018 (BRASIL, 2020). Nota-se que a investigação levou em consideração tanto a concentração de mercado do produto e ACs associados ao setor siderúrgico, como a ocorrência de práticas anticompetitivas no mercado nas últimas décadas.

Além disso, há inúmeros casos de ACs analisados pelo Cade que mencionam as investigações antidumping. Chamam atenção alguns casos recentes envolvendo os mercados relevantes de “Varejo de serviços e produtos óticos” (AC nº 08700.005884/2019-21) (BRASIL, 2019c), “Resinas termofixas” (AC nº 08700.004568/2019-32) (BRASIL, 2019a), “Alumínio metálico” (AC nº 08700.005104/2019-43) (BRASIL, 2019b), “Utilidades domésticas de vidro” (AC nº 08700.005137/2017-21) (BRASIL, 2017b) e “Pincéis, rolos, trinchas, broxas, escovas e acessórios” (AC nº 08700.009988/2014-09) (BRASIL, 2014).

É evidente, portanto, que a interface de ambas as políticas exige uma maior coordenação entre os diferentes órgãos responsáveis. Conforme Domingues (2018), ainda que os objetivos específicos sejam distintos, ambas as políticas devem buscar o cumprimento dos objetivos da ordem econômica constitucional. Desse modo, pode haver casos em que questões concorrenciais deveriam ser analisadas pela autoridade de defesa comercial e vice-versa<sup>8</sup>.

O desafio, segundo Iottty e Falco (2019, p. 29-41), é criar mecanismos capazes de, simultaneamente: (i) evitar que a aplicação de medidas antidumping prejudique a concorrência; e (ii) não abrir mão de eventuais benefícios da utilização racional das regras internacionalmente estabelecidas para o comércio internacional. De acordo com o relatório, a maior coordenação do Cade junto à autoridade que analisa interesse público seria importante para trocar informações, especialmente acerca de setores investigados por cartel ou abuso de posição dominante.

Para Cuiabano (2018), além do instrumento da análise de interesse público, a agenda de possibilidades para a melhor interação entre as políticas também passa pela participação ativa do Cade na Camex. Desde 2019, a SDCOM tem dialogado com a sociedade civil e atuado de maneira a promover maior segurança jurídica, transparência e previsibilidade acerca dos critérios analisados nas investigações (MINISTÉRIO, 2019). Já os procedimentos internos por parte do Cade a fim de promover uma contribuição relevante e contínua junto ao Gecex ainda não estão bem definidos (CADE PASSA..., 2019). É neste contexto de necessidade de maior comunicação entre as políticas de defesa comercial e defesa da concorrência que se insere este artigo.

### **3. PERFIL DAS MEDIDAS ANTIDUMPING EM VIGOR E OS SETORES MAIS PROTEGIDOS**

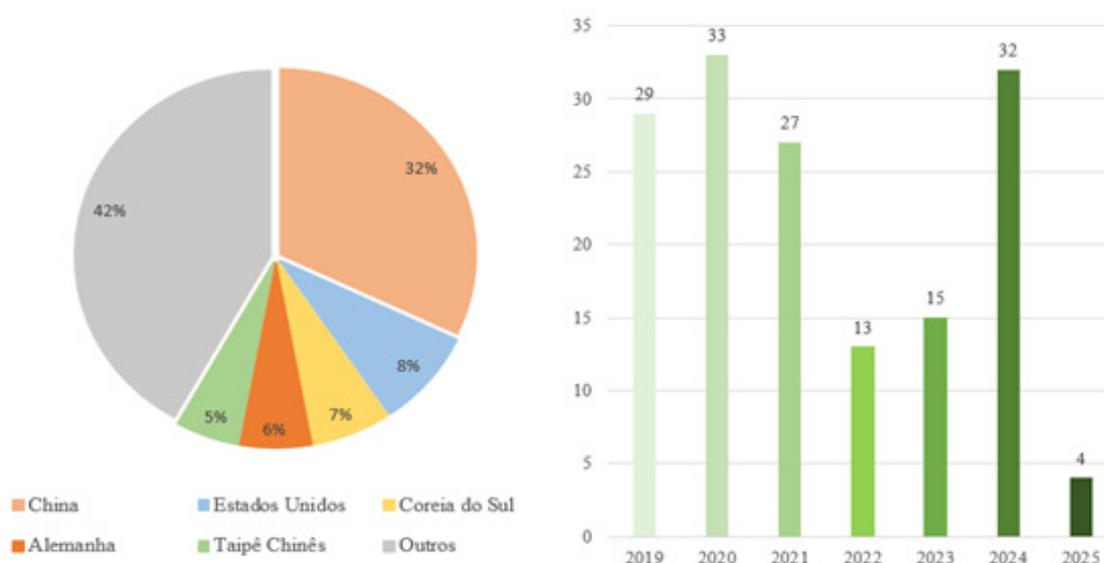
8 Na mesma linha, para Silveira e Baqueiro (2018), os dois campos devem ser vistos como complementares.

O objetivo desta seção é descrever de forma detalhada o perfil das medidas antidumping em vigor no Brasil e identificar quais são os setores mais protegidos da competição externa. Os dados das medidas foram obtidos do Ministério de Economia (MINISTÉRIO, 2020). As informações setoriais classificadas de acordo com a NCM são traduzidas para o código de CNAE, a fim de permitir a relação com os dados do Cade apresentados na Seção 4<sup>9</sup>.

Atualmente, estão em vigor 161 medidas no Brasil, sendo 105 originais (cerca de 65%) e 56 revisões (35%). Dentre estas medidas, 153 correspondem a um “Direito Antidumping Definitivo”, seis são relativas a um “Direito Antidumping Definitivo e Compromisso de Preço” e apenas duas sobre “Medida Compensatória Definitiva”<sup>10</sup>. Assim, daqui em diante, a análise do perfil das medidas antidumping considera apenas os direitos antidumping definitivos.

O Quadro 1 categoriza os 153 direitos antidumping em vigor no Brasil por país alvo e de acordo com seu ano de vencimento. A China é o principal alvo das medidas antidumping brasileiras, com 49 direitos definitivos aplicados. Estados Unidos e Coreia do Sul aparecem em seguida, com 13 e 10 medidas, respectivamente. Com relação ao ano de vencimento das medidas em vigor, pouco mais de 40% vencem ao final de 2020<sup>11</sup>. Ao final de 2021, quase dois terços do estoque atual de direitos antidumping perderão validade. Tal cenário indica que o Brasil pode estar retornando a uma frequência mais moderada no uso deste mecanismo (ARAÚJO JR., 2018).

**Quadro 1: Medidas antidumping em vigor - por país alvo e ano de vencimento**



**Fonte:** Lado esquerdo apresenta classificação das medidas antidumping por país alvo e lado direito apresenta o número de medidas antidumping que vencem em cada ano, de 2019 até 2025. Ministério da Economia – Indústria, Comércio Exterior e Serviços – Camex. Elaboração própria.

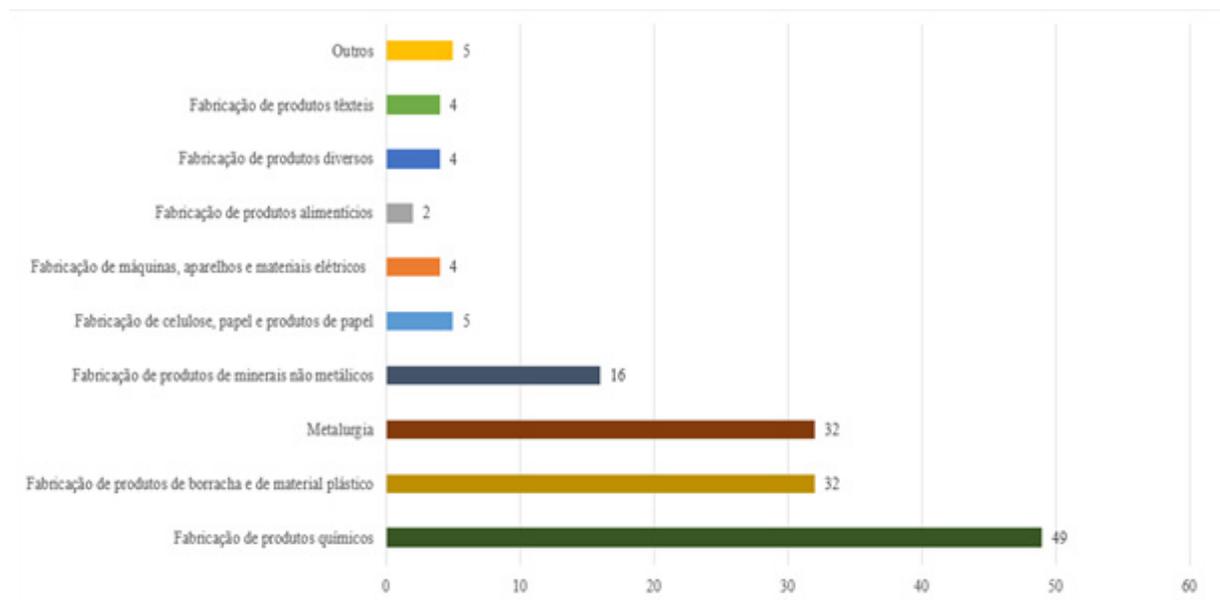
9 Os dados do Ministério da Economia contêm uma NCM associada a cada medida antidumping. Tais códigos foram emparelhados com os códigos CNAE por meio da tabela NCM 2012 x CNAE 2.0 da Comissão Nacional de Classificação (CONCLA), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (COMISSÃO..., 2020). A CNAE 2.0 possui cinco níveis hierárquicos: são 21 seções, 87 divisões, 285 grupos, 673 classes e 1301 subclasses.

10 Dos 153 direitos antidumping em vigor, apenas um não pertence à seção CNAE de “Indústrias de Transformação”. Trata-se de medida peticionada pela Associação Nacional dos Produtores de Alho (Anapa) contra a China, envolvendo a seção de “Agricultura, Pecuária, Produção Florestal, Pesca e Aquicultura”.

11 Medidas antidumping prestes a vencer ou cujo prazo de vigência já passou podem estar sob análise de revisão.

Com relação às divisões CNAE, vale destacar os setores de “Fabricação de produtos químicos” (49), “Fabricação de produtos de borracha e de material plástico” (32) e “Metalurgia” (32), como os mais protegidos da competição externa no Brasil, conforme ilustra o Quadro 2.

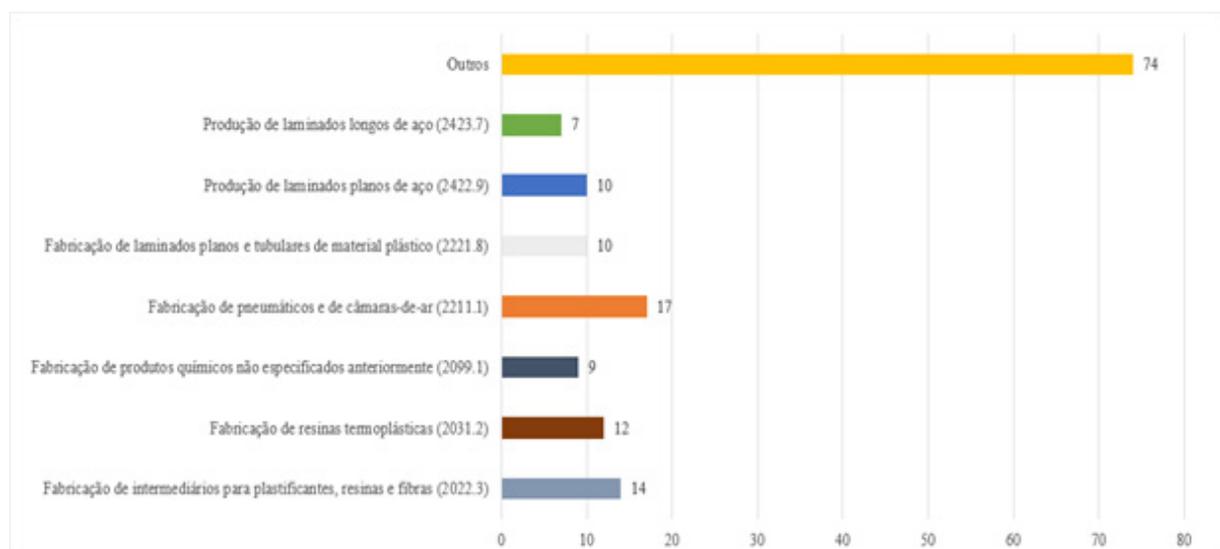
**Quadro 2: Medidas antidumping em vigor, por Divisão CNAE**



**Fonte:** Ministério da Economia – Indústria, Comércio Exterior e Serviços – Camex. Elaboração própria.

O Quadro 3 apresenta as medidas antidumping em vigor separadas por classe CNAE. De um total de 38 classes envolvidas com alguma medida, a classe mais protegida é a de “Fabricação de pneumáticos e de câmaras-de-ar” (2211.1) (17). Destacam-se também as classes de “Fabricação de intermediários para plastificantes, resinas e fibras” (2022.3) (14) e de “Fabricação de resinas termoplásticas” (2031.2) (12).

**Quadro 3 : Medidas antidumping em vigor, por classe CNAE**

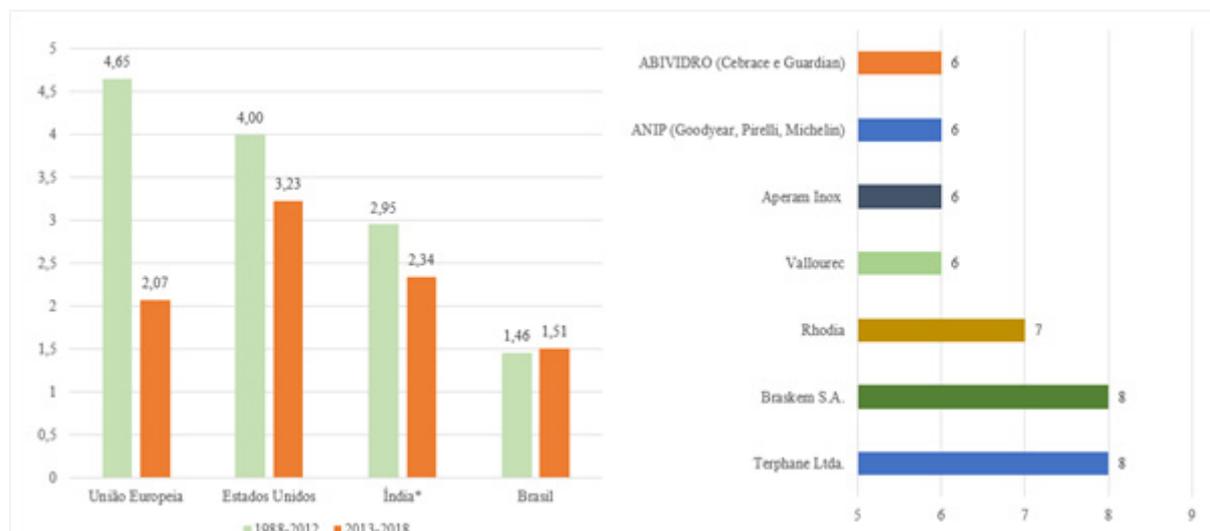


**Fonte:** Ministério da Economia – Indústria, Comércio Exterior e Serviços – Camex. Elaboração própria.

De acordo com Iooty e Falco (2019, p. 13), o número médio de petiçãoários por investigação no Brasil é baixo e inferior ao de outros grandes usuários de medidas antidumping. Conforme mostra

o Quadro 4, a reduzida média brasileira pode ser explicada pela elevada participação de associações industriais, como a Associação Nacional da Indústria de Pneumáticos (Anip) e a Associação Brasileira das Indústrias de Vidro (Abividro). Quase um quarto (cerca de 23%) das medidas antidumping em vigor no Brasil foram peticionadas por associações e sindicatos. Dentre as empresas, destacam-se a Terphane Ltda., na fabricação de produtos de borracha e material plástico, e Braskem S.A. (“Braskem”) e Rhodia, na fabricação de produtos químicos.

**Quadro 4: Número de peticionários por investigação e principais peticionários**



**Fonte:** IOOTY e FALCO, 2019, p. 13, Ministério da Economia – Indústria, Comércio Exterior e Serviços – Camex. \*No caso da Índia, as médias referem-se aos períodos de 1992-2012 e 2013-2018. Elaboração própria.

Com relação aos produtos mais protegidos da competição externa no Brasil, destacam-se “pneus de carga” e “vidros planos flotados incolores”, com seis direitos antidumping definitivos cada. “Ácido adípico”, “Chapas *off-set*”, “tubos de borracha elastomérica” e “Filmes PET” aparecem em seguida com cinco cada. Conforme Naidin (2019, p. 44), “parte majoritária das medidas incide sobre produtos intermediários, cerca de 85%”, o que tende a reforçar os efeitos das medidas sobre as condições de concorrência ao longo da cadeia produtiva envolvida<sup>12</sup>.

Em resumo, nota-se que boa parte do estoque atual de direitos antidumping, que tem a China como principal alvo e que conta com elevada participação de associações industriais, perderá validade ao final de 2021. Isso sugere um possível aumento no fluxo de pedidos de revisão no próximo ano. Os segmentos de “Fabricação de laminados planos e tubulares de material plástico” (2211.1), “Fabricação de intermediários para plastificantes, resinas e fibras” (2022.3) e “Fabricação de resinas termoplásticas” (2031.2) são as classes CNAE mais protegidas da competição externa. Uma vez traduzidas as NCM para os códigos CNAE, torna-se possível, a partir do filtro de pesquisa por CNAE disponível no Painel de Metadados de ACs do Cade, analisar o perfil dos casos ocorridos nestes segmentos. Tal análise será realizada na Seção 4.

<sup>12</sup> Segundo a autora, a concentração de medidas antidumping em produtos das indústrias de produtos químicos, siderúrgicos e outros metais, e de material plástico, não é característica apenas do Brasil. As dinâmicas e estruturas destes mercados são tais que os tornam propensos à prática do chamado “dumping estrutural”, baseado na discriminação internacional de preços de forma a viabilizar aumento de capacidade produtiva.

#### 4. ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NOS SETORES MAIS PROTEGIDOS

O objetivo desta seção é analisar ACs recentes que ocorreram nos setores mais protegidos atualmente por medidas antidumping. Os dados apresentados na Seção 3 são cruzados com os dados do Cade de janeiro de 2015 a fevereiro de 2020 do Painel de Metadados de ACs. Em trabalho similar, Araújo (2015) analisa dados de 1989 até 2015 e mostra que, dentre os 244 casos de aplicação de direito antidumping definitivo no período, em 83 (34%) foram identificados ACs envolvendo o mercado do produto objeto da medida. Destacam-se o setor de metais e suas obras (28%) e o setor de químicos (24%).

De acordo com o Painel de Metadados de ACs do Cade (CADE, [2020b]), foram concluídos 2056 protocolos de ACs no período entre 2015 e 2020. Foram analisados cerca de 2420 mercados relevantes envolvendo 478 segmentos distintos, com base no código de classe CNAE<sup>13</sup>. Os segmentos de “Geração de energia elétrica” (3511.5), com 105, “Incorporação de empreendimentos imobiliários” (4110.7), com 72, e “Atividades imobiliárias de imóveis próprios” (6810.2), com 62, são os com mais ACs registrados<sup>14</sup>.

Note-se que nenhum dos cinco principais segmentos associados a ACs possui alguma medida antidumping em vigor. No entanto, vale ressaltar que a amostra de todos os segmentos associados a fusões e aquisições neste período envolvem tanto segmentos *tradables* como *non-tradables*<sup>15</sup>. De fato, não se espera haver nenhuma investigação antidumping em setores ligados à infraestrutura essencial ou de serviços públicos, como “Geração de energia elétrica”, nem em atividades imobiliárias, como “Atividades imobiliárias de imóveis próprios”.

Embora o desenvolvimento tecnológico nas últimas décadas tenha dificultado a distinção entre atividades econômicas *tradables* e *non-tradables*, uma abordagem tradicional é apresentada e discutida por Zeugner (2013, p. 6). Com base nessa classificação, é possível analisar apenas os setores *tradables* no que tange ao número de ACs e medidas antidumping em vigor<sup>16</sup>. Ainda assim, conforme ilustra o Quadro 5, não parece haver correlação entre estas duas variáveis: -0,0019.

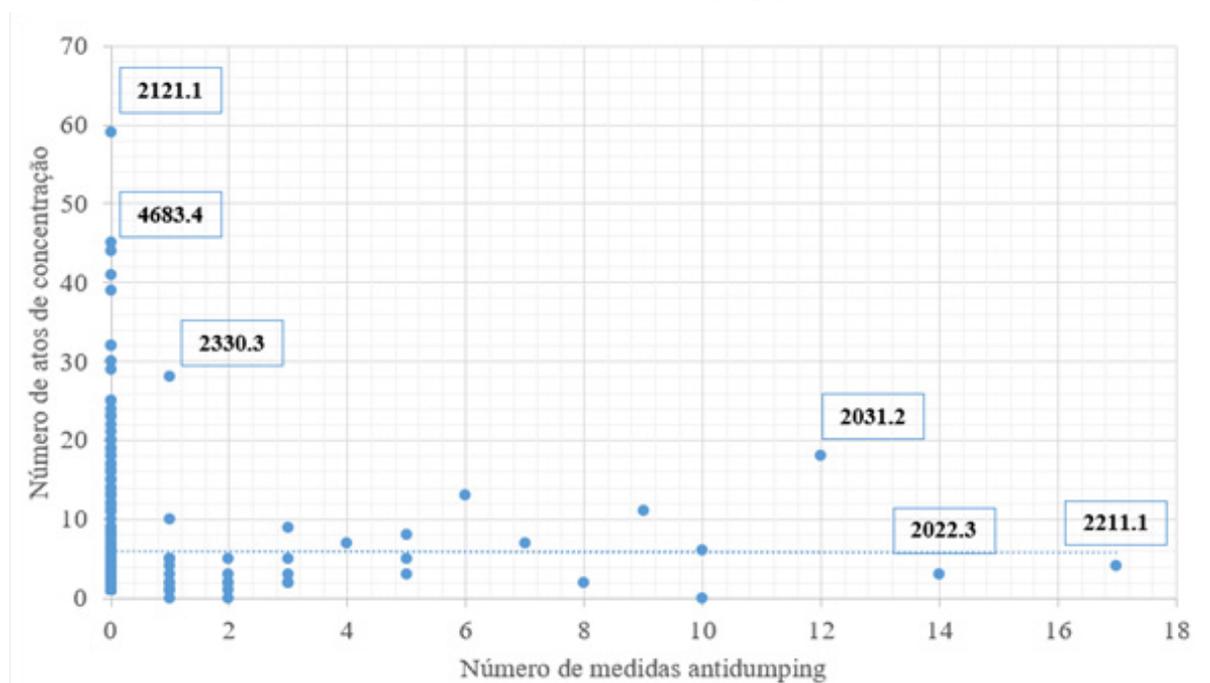
13 Note-se que um protocolo de AC pode envolver diversos mercados relevantes e classes CNAE, ao passo que diferentes protocolos podem tratar de um mesmo mercado relevante ou código CNAE. Em geral, uma classe CNAE representa uma categoria mais agregada que o conceito de mercado relevante.

14 Destaque-se que 33 observações de protocolos (aproximadamente 0,4% do total da amostra) não foram associadas a nenhum código de classe CNAE e então foram desconsiderados da análise.

15 Bens e serviços *tradables* (ou comercializáveis) são aqueles que podem ser comercializados internacionalmente e não possuem necessariamente um vínculo com a um determinado local. Por exemplo, manufaturas, bens alimentícios industrializados ou semi-industrializados e serviços de varejo podem ser considerados *tradables*. Já atividades econômicas ligadas ao setor de construção, serviços públicos, médicos ou imobiliários são considerados *non-tradables*.

16 Considera-se, conjuntamente, a classificação usada pelo Banco Central (ECONOMIC..., 2019).

**Quadro 5: Números de ACS e medidas antidumping, por Classe CNAE tradable**



**Fonte:** Painel de Metadados de ACs do Cade (dados de janeiro de 2015 a fevereiro de 2020) e Ministério da Economia – Indústria, Comércio Exterior e Serviços – Camex (última atualização dos dados considerada: 19/02/2020). Elaboração própria.

Por exemplo, as classes CNAE de “Fabricação de medicamentos para uso humano” (2121.1), com 59 ACs concluídos, e “Comércio atacadista de defensivos agrícolas, adubos, fertilizantes e corretivos do solo” (4683.4), com 45, aparecem entre os segmentos *tradables* com mais ACs, mas não apresentam nenhuma medida antidumping em vigor. O segmento com mais ACs concluídos que responde atualmente por alguma proteção externa é o de “Fabricação de artefatos de concreto, cimento, fibrocimento, gesso e materiais semelhantes” (2330.3), com 28 ACs e apenas uma medida antidumping. Da mesma forma, as classes CNAE mais protegidas da competição externa apresentam relativamente poucos casos de ACs concluídos.

Ressalte-se, no entanto, que um setor onde tenha ocorrido um elevado número de ACs não é necessariamente concentrado. Da mesma forma que não é de se esperar, por exemplo, que um mercado onde haja poucos concorrentes apresente muitos ACs. Logo, a inexistência de correlação observada no Quadro 5 não significa que a aplicação de medidas antidumping não esteja correlacionada com o grau de concentração dos mercados. Inclusive, a este respeito, Kannebly Júnior e Oliveira (2019) mostraram que tal correlação é positiva. Ademais, embora um setor apresente muitas medidas antidumping para diferentes países, todas podem tratar do mesmo tipo de produto. Por outro lado, o mesmo setor pode conter poucos ACs, mas todos tratarem de um dado mercado relevante que englobe este determinado produto<sup>17</sup>.

A despeito da relação entre o número de ACs e de medidas antidumping em vigor ser pouco informativa, a análise das condições de concorrência dos setores protegidos por medidas antidum-

17 O segmento de “Fabricação de pneumáticos e de câmaras-de-ar” (2211.1) é ilustrativo. Há hoje 17 medidas antidumping, mas todas tratam de pneus de cinco tipos: agrícolas, de automóveis, de bicicleta, de carga e de motocicletas. Embora haja apenas quatro ACs analisados, são oito mercados relevantes e todos associados com os pneus objetos de proteção externa, tais como “Fabricação e comercialização de pneus”, “Recapagem de pneus” e “Revenda/distribuição de pneus”.

ping pode ser útil ao Cade nas discussões no âmbito do Gecex. Isso porque, dentre as 38 classes CNAE envolvidas nas 153 medidas antidumping em vigor, em 35 (92%) houve algum ato de concentração concluído nos últimos cinco anos.

Nesta seção, o foco da análise passa a ser os três segmentos com mais medidas antidumping em vigor identificados na Seção 3, quais sejam: “Fabricação de pneumáticos e de câmaras-de-ar” (2211.1), “Fabricação de intermediários para plastificantes, resinas e fibras” (2022.3) e “Fabricação de resinas termoplásticas” (2031.2). O primeiro segmento pertence à divisão CNAE de “Fabricação de produtos de borracha e de material plástico”, enquanto os outros dois pertencem à divisão de “Fabricação de produtos químicos”, as duas divisões mais protegidas por medidas antidumping.

O Quadro 6 apresenta os mercados relevantes analisados pelo Cade nos ACs que ocorreram nas classes CNAE mais protegidas. Note-se que na classe 2211.1, os mercados constituem basicamente o de “pneus”. Na classe 2022.3, os mercados de “Monoetileno glicol – MEG” e o de “Resina PET” são os mais recorrentes. Já para a classe 2031.2 são apresentados apenas os mercados mais citados nos ACs, de um total de cerca de 78 mercados relevantes analisados. Destacam-se os de “Resinas de polietileno” e “Ácido tereftálico (PTA)”. Todos os mercados relevantes apresentados devem estar no radar do Cade no âmbito das discussões do Gecex.

**Quadro 6: Mercados relevantes envolvidos - Classes CNAE mais protegidas**

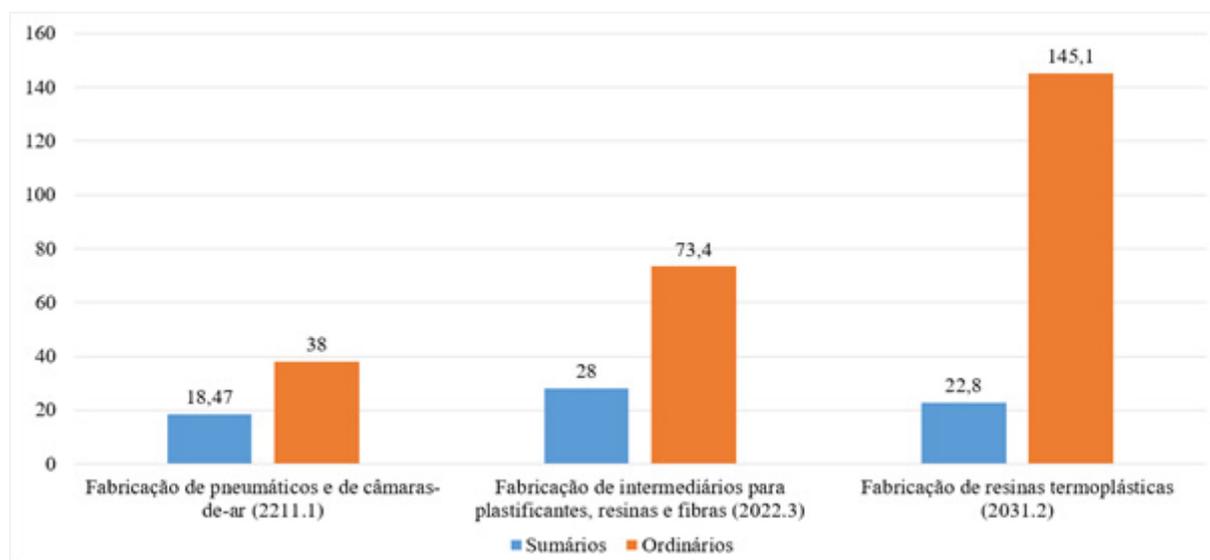
Classe CNAE	Mercado relevante	Classe CNAE	Mercado relevante
Fabricação de pneumáticos e de câmaras-de-ar (2211.1)	Revenda/Distribuição de pneus	Fabricação de resinas termoplásticas (2031.2)	Monoetileno glicol - MEG
	Fabricação e comercialização de pneus		Ácido tereftálico (PTA)
	Fabricação de insumos para recapagem de pneus		Resina PET
	Mercado de fabricação de borrachas sintéticas (SBR e PBR)		Chips de poliéster grau filme
	Recapagem de pneus		Compostos de polipropileno (PPC)
Fabricação de intermediários para plastificantes, resinas e fibras (2022.3)	Monoetileno glicol - MEG		Fibras de poliéster têxtil (PSF)
	Chips de poliéster grau filme		Polietileno de alta densidade (“PEAD”)
	Fibras de poliéster têxtil (PSF)		Polietileno de baixa densidade linear (“PEBDL”)
	Resina PET		Resinas de polietileno: PEBDL
	Ácido tereftálico (PTA)		Produtos químicos derivados de petróleo
	Óxido de etileno (OE)		Soda cáustica
Flocos de acetato de celulose	Elastômeros; dentre outros		

**Fonte:** Painel de Metadados de ACs do Cade. Dados de janeiro de 2015 a fevereiro de 202. Elaboração própria

Com relação ao perfil dos ACs que ocorreram nos segmentos mais protegidos por medidas antidumping, há alguns aspectos que merecem destaque. O tempo médio de análise é um deles, conforme apresentado no Quadro 7. Note-se que os casos de rito ordinário da classe de “Fabricação de resinas termoplásticas” (2031.2) levam, em média, 145 dias para ser concluídos. Tal duração está acima da média geral, de 130,9 dias, e da média que considera apenas segmentos *tradables*, de 134,9 dias. Já no caso do rito sumário, os três segmentos apresentam duração média maior que a média geral (18,1 dias) e que a média dos *tradables* (18,3 dias). Esta constatação é intuitiva na medida em que as análises do Cade a respeito de ACs nestes segmentos costumam envolver, para além das condições de concorrência no mercado doméstico, aspectos como: rivalidade de concorrentes de outras jurisdições, existência de tarifas de importação, pedidos de proteção da competição externa por parte das empresas interessadas junto à Camex e potenciais medidas antidumping já em vigor no mercado.

O segmento “Fabricação de pneumáticos e de câmaras-de-ar” (2211.1), que apresenta quatro ACs concluídos no período, possui apenas um AC de rito ordinário. Já a classe 2022.3 possui dois processos de rito ordinário e um de rito sumário. Nesse sentido, dentre os três segmentos mais protegidos, o que chama mais atenção é o de “Fabricação de resinas termoplásticas” (2031.2). Dos 18 ACs concluídos, metade foi considerado complexo e em dois deles houve inclusive a necessidade de parecer técnico por parte do Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade. Nenhum outro AC concluído nestes segmentos exigiu parecer do DEE.

**Quadro 7: Tempo médio de análise dos processos – Classes CNAE mais protegidas**

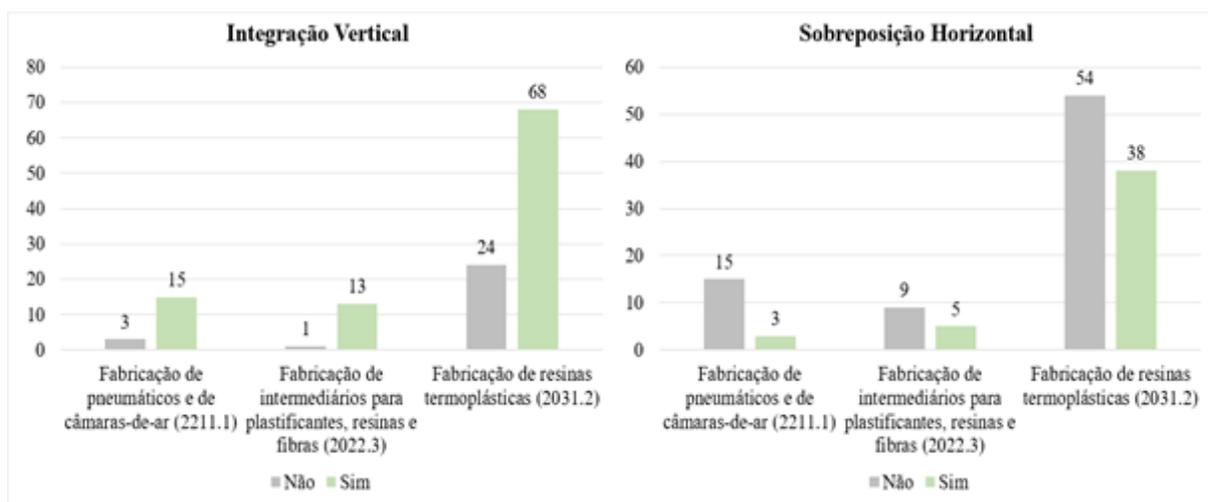


**Fonte:** Painel de Metadados de ACs do Cade. Dados de janeiro de 2015 a fevereiro de 2020. Elaboração própria. Tempo em dias.

O Quadro 8 ilustra a proporção de mercados relevantes em que houve integração vertical e sobreposição horizontal, para cada um dos três segmentos mais protegidos por medidas antidumping<sup>18</sup>. Note-se que o perfil é bem distinto do observado no restante dos segmentos. A proporção de casos analisados com integração vertical é de cerca de 83% para a classe 2211.1, de 92% para a classe 2022.3 e de 73% para a classe 2031.2. Tal proporção, considerando todos os segmentos com ACs analisados, é bem menor: de 44%. O mesmo vale para os segmentos *tradables*, de 42%.

18 Ressalte-se que um AC pode envolver mercados em que haja integração e/ou sobreposição e mercados em que não haja nenhum dos dois. Além disso, diferentes ACs podem tratar dos mesmos mercados relevantes.

**Quadro 8: Ocorrências de sobreposição horizontal e integração vertical**  
**– Classes CNAE mais protegidas**



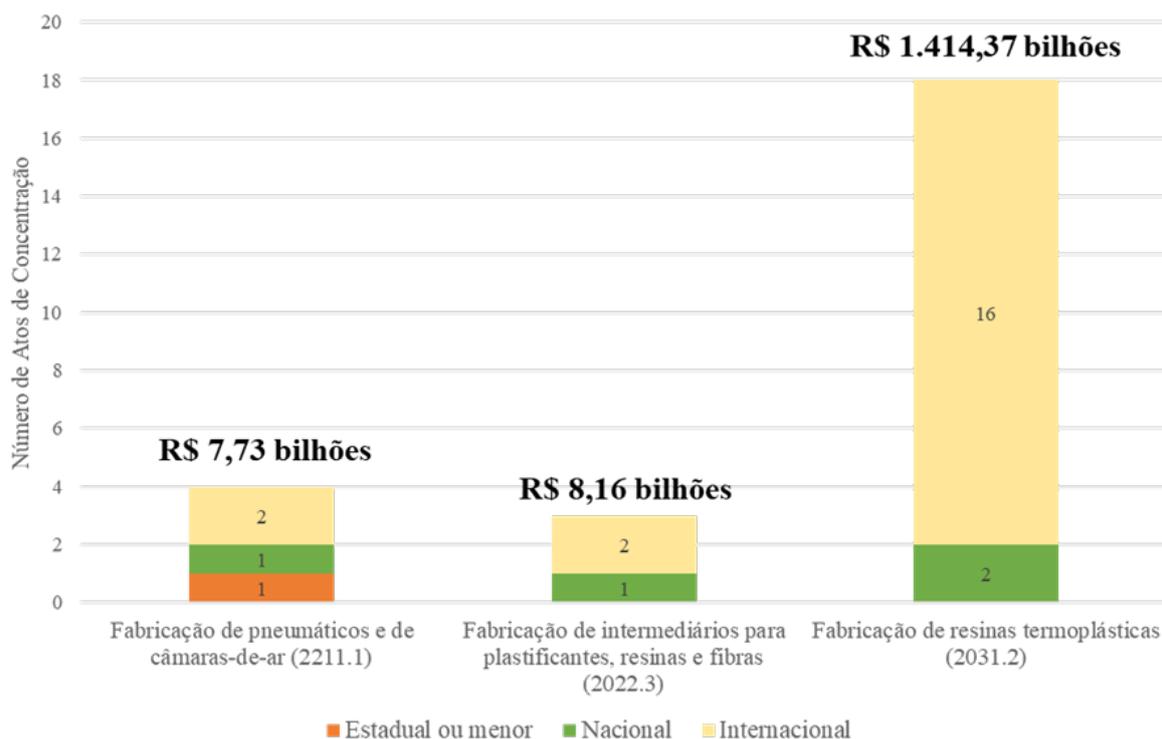
**Fonte:** Painel de Metadados de ACs do Cade. Dados de janeiro de 2015 a fevereiro de 2020. Elaboração própria. Na classe CNAE 2031.2 há uma observação de AC não identificada.

Por outro lado, nos segmentos mais protegidos houve sobreposição horizontal em apenas 16% dos casos na classe 2211.1, em 35% na classe 2022.3 e em 40% na classe 2031.2. Tal proporção é mais elevada quando consideramos todos os segmentos, de 52%, e todos os segmentos *tradables*, de 53%. Ou seja, os números sugerem que provavelmente deva haver, por parte do Cade, uma preocupação maior com os efeitos de eventuais integrações verticais nos mercados mais protegidos por medidas antidumping.

O Quadro 9 compara a abrangência geográfica e a soma do valor total das operações dos ACs de cada segmento. O segmento “Fabricação de resinas termoplásticas” (2031.2) chama atenção tanto no que diz respeito à proporção de ACs com abrangência internacional (16 ACs dos 18 concluídos) quanto ao valor total das operações, cerca de R\$ 1.414 milhões<sup>19</sup>. Há predominância de casos internacionais também na classe de “Fabricação de intermediários para plastificantes, resinas e fibras” (2022.3), sendo dois dos três ACs concluídos. Já no segmento de “Fabricação de pneumáticos e de câmaras-de-ar” (2211.1), metade dos ACs são internacionais.

<sup>19</sup> Os dados desagregados do valor total das operações de ACs são informações confidenciais e foram acessadas para a elaboração deste artigo sob compromisso de confidencialidade junto ao PinCade 2020.

**Quadro 9: Abrangência e valor total das operações – Classes CNAE mais protegidas**

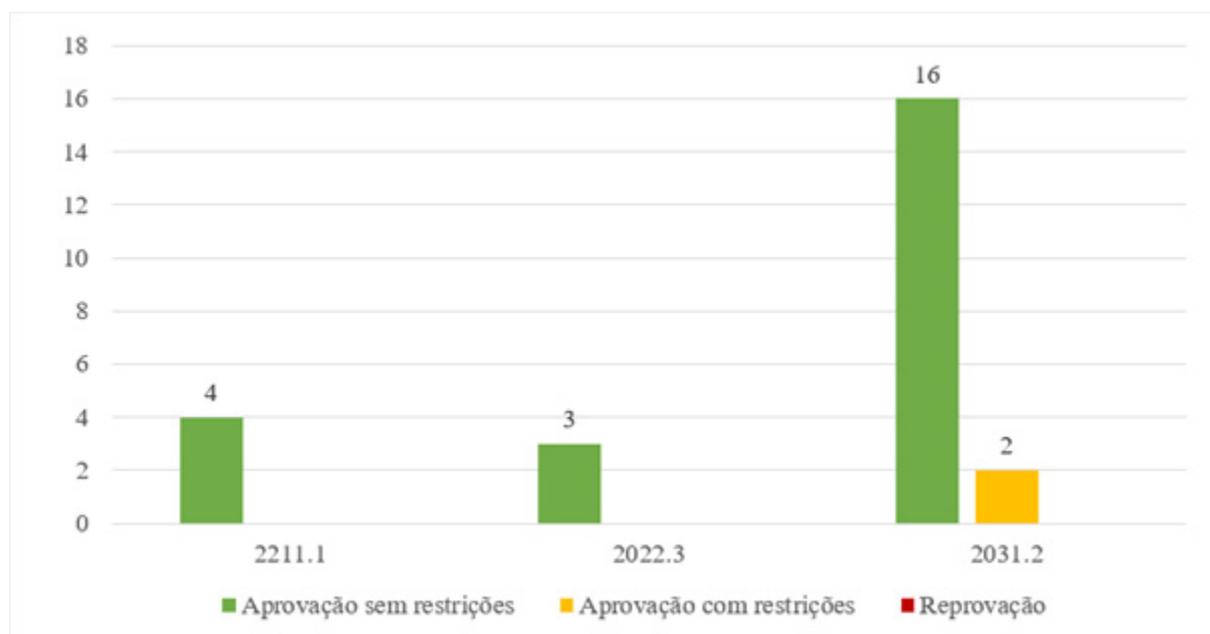


**Fonte:** Painel de Metadados de ACs do Cade. Dados de janeiro de 2015 a fevereiro de 2020. Elaboração própria.

Embora a análise dos ACs, em média, dure mais nestes segmentos, as conclusões do Cade têm seguido o mesmo padrão observado nos últimos anos em outros casos. Segundo os dados da base “Cade em Números” (CADE, [2020a]), desde o ano de 2015 até fevereiro de 2020, a taxa geral de aprovação sem restrições do órgão foi de cerca de 93%. O percentual de aprovações com restrições foi de 1,44% e de reprovações de apenas 0,25%. Verifica-se o mesmo padrão para os casos analisados nos segmentos mais protegidos da competição externa, conforme ilustra o Quadro 10.

Os dois únicos ACs aprovados com restrições, no segmento de “Fabricação de resinas termoplásticas” (2031.2), foram concluídos com a celebração de um Acordo em Controle de Concentrações (ACC). Um deles diz respeito à compra pelo Grupo Petromex das ações da Companhia Petroquímica de Pernambuco (Petroquímica Suape) e da Citepe (Companhia Integrada Têxtil de Pernambuco), ambas subsidiárias da Petrobras (AC nº 08700.004163/2017-32) (BRASIL, 2017a). O segundo é o que trata da fusão entre a Dow Chemical e a DuPont (AC nº 08700.005937/2016-61) (BRASIL, 2017c). Não houve reprovações em nenhum dos segmentos mais protegidos, os demais casos concluídos foram aprovados sem restrições.

### Quadro 10: Decisões do Cade - Classes CNAE mais protegidas



Fonte: Painel de Metadados de ACs do Cade. Elaboração própria.

Em resumo, nota-se que, em média, o tempo de análise casos de rito sumário é maior nos três segmentos industriais mais protegidos da competição externa, quais sejam: “Fabricação de laminados planos e tubulares de material plástico” (2211.1), “Fabricação de intermediários para plastificantes, resinas e fibras” (2022.3) e “Fabricação de resinas termoplásticas” (2031.2). Há nestes segmentos uma proporção relativamente maior de integrações verticais em comparação ao restante da indústria, mas o contrário ocorre com sobreposições horizontais. A abrangência das operações analisadas é predominantemente internacional, enquanto os mercados relevantes mais recorrentes são os de “Fabricação e comercialização de pneus”, de “Monoetileno glicol – MEG”, de “Ácido tereftálico (PTA)” e de “Resina PET”. As conclusões do Cade, no entanto, não parecem destoar dos padrões do órgão em outros segmentos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo analisou o perfil dos atos de concentração ocorridos nos últimos anos nos segmentos industriais que se destacam pelo maior número de medidas antidumping em vigor, mais especificamente, direitos antidumping definitivos. A contribuição com a literatura sobre a interface entre defesa comercial e defesa da concorrência dá-se de três maneiras. Primeiro, evidencia-se as sobreposições existentes entre ambas as políticas, seja nos critérios das análises de interesse público da SDCOM e nas investigações antidumping da Camex, seja no processo de análise de ACs do Cade. Note-se que, a despeito das diferenças nos objetivos específicos de cada política, inúmeros autores têm defendido uma maior coordenação entre as autoridades responsáveis.

Segundo, analisa-se o perfil das medidas antidumping em vigor no Brasil. Os códigos NCM são traduzidos para os códigos CNAE, de forma a permitir a identificação dos setores industriais mais protegidos e a relação posterior com os dados do Cade. Verifica-se que: (i) China, Estados Unidos e Coreia do Sul são os principais países alvos das medidas antidumping brasileiras; (ii) quase dois

terços do estoque atual das medidas devem perder validade até o final de 2021, o que sugere um possível aumento no fluxo de pedidos de revisão de direitos antidumping no próximo ano; (iii) os setores químico, metalúrgico e de fabricação de produtos de borracha e material plástico destacam-se entre os setores mais protegidos da competição externa; (iii) os segmentos de “Fabricação de laminados planos e tubulares de material plástico” (2211.1), “Fabricação de intermediários para plastificantes, resinas e fibras” (2022.3) e “Fabricação de resinas termoplásticas” (2031.2) aparecem como as classes CNAE mais protegidas; (iv) há uma importante participação dos sindicatos e associações na petição de medidas antidumping no país; e (v) dentre os produtos mais protegidos destacam-se “pneus de carga” e “vidros planos flutados incolores”.

Terceiro, associa-se de forma inédita os dados de medidas antidumping com os dados mais recentes de processos de ACs do Cade. Os dados do Painel de Metadados de ACs, de uso exclusivo do Cade, são analisados para os segmentos industriais mais protegidos da competição externa. Verifica-se que: (i) os mercados relevantes de “Fabricação e comercialização de pneus”, “Monoetileno glicol – MEG”, “Ácido tereftálico (PTA)” e “Resina PET” são recorrentes nos ACs destes segmentos; (ii) em média, o tempo de análise dos ACs de rito sumário é maior nestes segmentos; (iii) a proporção de integrações verticais nestes segmentos é bem maior do que a média de todos os segmentos industriais, e o contrário ocorre com sobreposições horizontais; e (iv) a abrangência das operações analisadas é predominantemente internacional, em especial no segmento de “Fabricação de resinas termoplásticas” (2031.2).

Embora as conclusões das análises dos ACs nos segmentos atualmente mais protegidos por medidas antidumping pareça seguir o padrão das análises do Cade, isto é, em que a grande maioria dos casos são aprovados sem restrições, os resultados constituem subsídio importante para a autoridade antitruste no âmbito das discussões do Gecex. Dados os recursos escassos, é fundamental identificar os segmentos industriais e mercados relevantes que mais merecem atenção por parte do órgão.

Os dados reforçam a importância de o Cade ter uma participação ativa nas discussões do comitê, em especial em um período em que muitas medidas antidumping deverão ser revistas. O maior intercâmbio de informações, por exemplo, pode conferir celeridade nas análises dos casos de rito sumário dos segmentos mais protegidos, além de contribuir com a avaliação de casos de integrações verticais.

Embora não permita identificar relações causais entre a aplicação de medidas antidumping e ocorrências de ACs, a metodologia proposta neste artigo também pode ser útil no monitoramento dos efeitos sobre a concorrência de medidas antidumping já aplicadas. A análise pode ser aprofundada para ACs específicos ou ainda ser estendida para casos de conduta anticompetitiva.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Raquel Araújo de; MESSA, Alexandre. Medidas Antidumping e Cadeia Produtiva: Evidências empíricas para o Brasil. In: MESSA, Alexandre; OLVEIRA, Ivan Tiago Machado (orgs.). **A Política Comercial Brasileira em Análise**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2lqY2sd>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ARAÚJO JR., José Tavares de. Antidumping: O retorno à normalidade. **Diálogos Estratégicos**, Brasília, v. 1, n. 3, p. 20-22, out. 2018.

ARAÚJO, Vinícius Camargo. **Medidas de Defesa Comercial no Brasil e Impacto Anticoncorrencial - 1989 a 2015**. 2015. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público) - Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3eLI3Bk>. Acesso em: 23 fev. 2020.

BOWN, Chad P; CROWLEY, Meredith A. Trade deflection and trade depression. **Journal of International Economics**, [S. l.], v. 72, n. 1, p. 176-201, maio 2007. Disponível em: <https://bit.ly/38tbI0p>. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32**. Requerentes: Grupo PetroteMex, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, 2017a. Disponível em: <https://bit.ly/3kwITTW>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004568/2019-32**. Requerentes: ASK Produtos Químicos do Brasil Ltda. e SI Group Crios Resinas S.A. Superintendência-Geral, 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/3ni4SiZ>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005104/2019-43**. Requerentes: Companhia Brasileira de Alumínio e Arconic Indústria e Comércio de Metais Ltda. Superintendência-Geral, 2019b. Disponível em: <https://bit.ly/3niytcd>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005137/2017-21**. Requerentes: Nadir Figueiredo e Owens-Illinois do Brasil. Relatora: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 2017b. Disponível em: <https://bit.ly/3eUny5w>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005884/2019-21**. Requerentes: EssilorLuxottica S/A e GrandVision NV. Superintendência-Geral, 2019c. Disponível em: <https://bit.ly/32zh9Ys>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61**. Requerentes The Dow Chemical Company, E.I Du Pont de Nemours and Company. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 2017c. Disponível em: <https://bit.ly/3krc3U8>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.009988/2014-09**. Requerentes: Tigre S.A. - Tubos e Conexões e Condor Pinceis Ltda. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3lry8Dk>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Análise de Atos de Concentração**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3eQi2Rj>. 20 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.044, de 4 de outubro de 2019**. Dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior. **Diário Oficial da União**: seção 1, página 1, Brasília, DF, 7 out. 2019d. Disponível em: <https://bit.ly/3lnTcdY>. Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 5, de 15 de janeiro de 2020**. Encerra avaliação de interesse público com extinção das medidas antidumping aplicadas sobre as importações brasileiras de laminados a quente originárias de Rússia e China. **Diário Oficial da União**: seção 1, página 15, Brasília, DF, 17 jan. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Ug1850>. Acesso em: 21 fev. 2020.

CADE PASSA a integrar comitê-executivo da Camex como membro convidado. **CADE**, Brasília, 8 out. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3kkh7tx>. Acesso em: 24 jan. 2020.

COMISSÃO NACIONAL DE CLASSIFICAÇÃO (CONCLA): atividades econômicas. **IBGE**, Brasília, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/36rRICN>. Acesso em: 29 jan. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA (CADE). **Cade em Números**. Brasília, [2020a]. Disponível em: <https://bit.ly/2Uw6auS>. Acesso em: 29 out. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA (CADE). **Pesquisa Avançada de Ato de Concentração**. Brasília, [2020b]. Disponível em: <https://bit.ly/3kljBYA>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CUIABANO, Simone Maciel. Interação entre Defesa da Concorrência e Defesa Comercial: Possibilidades. **Diálogos Estratégicos**, Brasília, v. 1, n. 3, p. 43-46, out. 2018.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. Concorrência e Defesa Comercial: Encontro ou Desencontro? **Diálogos Estratégicos**, Brasília, v. 1, n. 3, p. 47-53, out., 2018.

ECONOMIC INDICATORS DATING JULY 10, 2019. **Banco Central do Brasil**, Brasília, 7 out. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/35n189T>. Acesso em: 2 mar. 2020.

FERRAZ, Lucas Pedreira do Couto; ORNELAS, Emanuel Augusto Rodrigues; PESSOA, João Paulo Cordeiro de Noronha. **Política Comercial Brasileira: Estratégias de inserção internacional**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2018.

IOOTTY, Mariana; FALCO, Guilherme. Antidumping e interesse público: experiência internacional e propostas de reformas para o Brasil. **Brazil Improving business Environment for Prosperity**. [S. l.], Banco Mundial, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/32B9vg4>. Acesso em: 20 fev. 2020.

KANNEBLEY JÚNIOR, Sérgio; OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio. **Probabilidade de investigação e aplicação de medidas antidumping para a indústria brasileira: Efeitos para a concorrência: Documento de Trabalho, N° 002/2019**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Departamento de Estudos Econômicos (DEE), 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3nckIM8>. Acesso em: 20 fev. 2020.

KANNEBLEY JÚNIOR, Sérgio; REMÉDIO, Rodrigo Ribeiro; OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio. **Antidumping e concorrência no Brasil: Uma avaliação empírica: Documento de Trabalho, N° 001/2017**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Departamento de Estudos Econômicos (DEE), 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2lPkwtY>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (ME). **Acordos da OMC**. Brasília, [2020a]. Disponível em: <https://bit.ly/3llxesh>. Acesso em: 18 fev. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (ME). **As medidas de salvaguarda**. Brasília, [2020b]. Disponível em: <https://bit.ly/3lnDgbF>. Acesso em: 18 fev. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (ME). **Consultas públicas**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lllV36>. Acesso em: 23 fev. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (ME). **Dumping**. Brasília, [2020c]. Disponível em: <https://bit.ly/3eQj7Zm>. Acesso em: 18 fev. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (ME). **Dumping e direitos antidumping**. Brasília, [2020d]. Disponível em: <https://bit.ly/3eQj7Zm>. Acesso em: 18 fev. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (ME). **Medidas de defesa comercial em vigor**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2lqa31e>. Acesso em: 23 fev. 2020

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (ME). **Subsídios e medidas compensatórias**. Brasília, [2020e]. Disponível em: <https://bit.ly/2ltqGjg>. Acesso em: 18 fev. 2020.

NAIDIN, Leane Cornet. O Interesse Público na Política de Defesa Comercial Brasileira. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, Rio de Janeiro, ano 33, n. 139, p. 4-56, abr./jun. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/36oMheh>. Acesso em: 20 fev. 2020.

OECD. **OECD Economic Surveys: Brazil**. Paris: Organization for Economic Cooperation and Development, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/35j1tdK>. Acesso em: 20 fev. 2020.

REMÉDIO, Rodrigo Ribeiro. **Impactos da medida antidumping sobre as firmas industriais brasileiras**. 2017. Dissertação (Mestrado em Economia) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/36tqLF9>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SDCOM. **Defesa Comercial e Interesse Público**. Brasília: Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM), 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kt50dW>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo; BAQUEIRO, Paula. Defesa da Concorrência e Defesa Comercial: Possíveis contribuições das políticas antitruste para as políticas antidumping. **Diálogos Estratégicos**, v. 1, n. 3, p. 36-42, out. 2018.

ZEUGNER, Stefan. **Tradable vs. Non-tradable: An Empirical Approach to the Classification of Sectors**. [S. l.]: European Commission, ECFIN B1, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/36saU9X>. Acesso em: 12 nov. 2020.

# 6

## CONSIDERAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES

*Public interest considerations on merger controls*

Roberto de Castro Pimenta<sup>1</sup>

### RESUMO

Determinadas concentrações de mercado geram repercussões não apenas econômicas, como também políticas e sociais. Valores como proteção à indústria nacional, redução de desigualdades, manutenção do nível de empregos ou proteção à pluralidade de setores estratégicos (mídia, saúde, educação, segurança pública) constam em diversas legislações concorrenciais. O desafio, comum a autoridades ao redor do mundo, consiste em como ponderar critérios de interesse público com critérios estritamente concorrenciais, visto que eles não necessariamente apontam para a mesma direção. O artigo se propõe a delimitar um conceito das “cláusulas de interesse público” e a verificar como elas podem ser veiculadas na legislação, do ponto de vista material e procedimental, por meio da análise de diferentes jurisdições e de *roundtables* da OCDE. Foi verificada ampla gama de modelos institucionais, bem como gradual consolidação, no Brasil, da utilização de critérios essencialmente concorrenciais – ilustrada por casos como Brahma/Antarctica (2000), Sadia/Perdigão (2011), HSBC/Bradesco (2016) e Kroton/Estácio (2017).

**Palavras-chave:** Antitruste; Controle de Concentrações; Cláusulas de Interesse Público; OCDE; Modelos; Brasil; CADE.

### ABSTRACT

Some mergers brings not only economic, but also social and political consequences. Values as protection of national industry, reduction of inequalities, preservation of jobs or plurality in strategic sectors (such as media, health, education, public security) are established in several antitrust legislations. The challenge among different jurisdictions is to consider standards of public interest combined with strictly competitive standards, since they do not necessarily point to the same direction. The article aims to define the so-called “public interest clauses”, in order to examine how these clauses can be established by legislation, through the analysis of different jurisdictions and OCDE roundtables. It finds a wide range of institutional models, as well as a gradual consolidation, in Brazil, of economic and competition based methodology - illustrated by cases such as Brahma/Antarctica (2000), Sadia/Perdigão (2011), HSBC/Bradesco (2016) and Kroton/Estácio (2017).

**Keywords:** Antitrust; Merger Control; Public interest clauses; OECD; Institutional Models; Brazil; CADE.

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Regulatório pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Advogado. E-mail: robertodcpimenta@gmail.com.

**Classificação JEL:** A12; B41; D47; D61; K21; L11; L22; L40; L49; L50.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O Interesse Público como Ferramenta para Alcançar Objetivos e Valores para Além de Econômicos? Aspectos Doutrinários. 2.1. A Origem Multi-Dimensional do Antitruste, o Estruturalismo, a Escola de Chicago e o “Contexto Pós-Chicago” 2.2. Objetivos Centrais do Antitruste e a Definição de Cláusulas de Interesse Público. 3. Cláusulas de Interesse Público, Tipos e Modelos Institucionais. 3.1. Modelos Institucionais. 3.2. Análise Direta ou Indireta de Interesse Público. 3.3. Dificuldades na Aplicação. 4. Experiência Brasileira. 4.1. Histórico legislativo. 4.2. Casos Representativos. 4.2.a. *Brahma e Antarctica (2000)*. 4.2.b. *Sadia e Perdigão (2011)*. 4.2.c. *Bradesco e HSBC (2016)*. 4.2.d. *Kroton e Estácio (2017)*. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

O direito antitruste é historicamente marcado por debates a respeito de suas finalidades, sendo esta, certamente, uma das temáticas mais abordadas pela sua literatura especializada. Não raro, é possível encontrar obras (tanto de juristas quanto de economistas) que se debruçam sobre as teorias econômicas e sociais que o fundamentam, ou que analisam a história e as razões de sua criação (o que geralmente remonta à edição do *Sherman Act*, nos Estados Unidos, em 1890).

Curiosamente, este tema retorna à pauta do dia de tempos em tempos (embora sob nova roupagem). Recentemente, por exemplo, candidatos a presidente dos Estados Unidos propunham, como plataforma eleitoral, a “quebra” de grandes empresas tecnológicas, exatamente pela via do antitruste<sup>2</sup>.

A dimensão política que o antitruste alcança não surpreende, afinal o controle estatal sobre grandes estruturas de mercado é, pela sua própria natureza, uma intervenção de porte, que afeta poderosos interesses. Se para alguns ele representa uma postura estatal excessivamente intervencionista, para outros é tido como uma condição necessária para o bom funcionamento dos mercados e, em última instância, do próprio regime democrático<sup>3</sup>.

Cabe lembrar que o antitruste já chegou a ser considerado por alguns, até mesmo, um instrumento para disputas políticas no plano internacional. Há quem alegue, por exemplo, que o antitruste teria assumido determinado viés na década de 70 em benefício das empresas americanas, ou que, atualmente, a autoridade europeia “perseguiu” poderosas corporações tecnológicas americanas<sup>4</sup>,

2 Cabe menção às propostas da pré-candidata democrata Elizabeth Warren (2019) de (i) impedir a verticalização de empresas tecnológicas que funcionem como plataforma para outras empresas fornecerem serviços/produtos (como o Amazon Marketplace, Google’s ad Exchange e Google Search); e (ii) buscar a reversão de fusões de empresas tecnológicas tidas como anticompetitivas, como Facebook/Whatsapp, Facebook/Instagram, Amazon/Whole Foods, Google/Waze, dentre outras. Também pela “quebra” das *big techs* se posicionaram pré-candidatos como *Bernie Sanders*, *Tom Steyer* e *Pete Buttitiieg* (este último, contudo, no sentido de que a medida se justifica somente em caso da presença de comprovadas condutas abusivas). Notícias disponíveis em Warren (2019) Molla e Stewart (2019).

3 Entre esses dois polos existe, evidentemente, uma miríade de posicionamentos intermediários e não generalistas, em razão da complexidade que envolve o tema e da ampla gama de casos que se apresentam para as autoridades concorrenciais.

4 “Como a defesa da concorrência acompanha um viés político (e não só econômico), a escola de Chicago endereçava uma preocupação específica com a perda de espaço das empresas americanas, não só no cenário internacional, como no cenário doméstico” (RAGAZZO, 2014, p. 14).

como o Google e o Facebook<sup>5</sup>.

Para além dessas polêmicas, outro ponto que merece atenção – e que será objeto do presente artigo – é a constatação de que certas concentrações geram efeitos não apenas econômicos, mas também sociais, que extrapolam seus respectivos mercados. Daí decorre a constatação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) de que “o controle de concentrações costuma possuir consequências políticas e econômicas, o que torna [...] considerações [sobre valores de interesse público] bastante usuais” (OCDE, 2016, p. 2).

Isso pode ocorrer, por exemplo, para operações que envolvam os mercados de saúde, educação, segurança pública ou o setor financeiro, nos quais as concentrações têm potencial para atingir outros valores caros à sociedade<sup>6</sup>.

Em casos como estes, indaga-se: devem as concentrações ser analisadas somente sob o prisma dos seus aspectos econômicos? A resposta à questão não é trivial. Afinal, o que são, exatamente, critérios estritamente econômicos, como harmonizar estes critérios com outros não econômicos, quais os limites de competência da agência antitruste – e, ainda, se seria conveniente ao antitruste considerar outros valores – são questões que recorrentemente voltam à tona.

O artigo não pretende discorrer extensamente a respeito das finalidades do antitruste, ou se vincular a qualquer posição a respeito. Seu intuito é fornecer ao leitor um breve panorama sobre como possíveis considerações não econômicas (de “interesse público”) podem integrar a análise de um ato de concentração, e qual vem sendo a experiência internacional e a brasileira a respeito do tema.

A parte inicial analisa o que seriam as chamadas “cláusulas de interesse público”. A segunda parte verifica quais as formas, legais e institucionais, de inclusão destes valores na análise de concentrações. A terceira (e última) parte avalia a evolução brasileira a respeito do tema.

Ao cabo, espera-se fornecer respostas às seguintes perguntas: quais valores de interesse público costumam ser previstos nas legislações antitruste? Quais as formas de incluí-los no procedimento de análise de atos de concentração? Quais os modelos institucionais adotados em outros países? E em que direção aponta a experiência do CADE a respeito do tema?

## 2. O INTERESSE PÚBLICO COMO FERRAMENTA PARA ALCANÇAR OBJETIVOS PARA ALÉM DE ECONÔMICOS? ASPECTOS DOUTRINÁRIOS.

O debate sobre os objetivos centrais do controle de estruturas antitruste é recorrente. Deve

5 A acusação chegou a ser formulada pelo próprio Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, ao afirmar que a União Europeia indevidamente endereçava investigações contra companhias como o Google, Facebook, Amazon e Apple, as quais, na verdade, deveriam correr a cargo das autoridades americanas. Além disso, teceu duras críticas contra a Comissão Europeia para a Concorrência, Margrethe Vestager: “Ela odeia os Estados Unidos talvez pior do que qualquer pessoa que eu já conheci” (US/EU, 2019).

6 São inúmeros os exemplos possíveis. É o caso de uma fusão que cria um enorme veículo de comunicação, capaz de centralizar o fluxo de informações da mídia nacional; uma fusão que gera um monopólio no setor de distribuição de energia elétrica; uma operação que cria uma empresa-líder que pode levar à falência pequenos produtores de região pobre do país; ou, trazendo para os dias de hoje, que cria uma plataforma tecnológica com tamanho poder que possa influir diretamente no resultado das eleições de um país.

ele perseguir uma estrutura de mercado eficiente a todo custo, mesmo que isso importe na concentração excessiva de poder em um único *player*? Ou deve buscar uma estrutura de mercado com o maior número de competidores possível?

O critério democrático da liberdade de empreender, no sentido de possibilitar o mais amplo acesso ao mercado por novos *players* (em verdadeira concepção “madisoniana”), deve ser seu mote central? Ou o preço ao consumidor deve ser o “padrão ouro” da análise de eficiência de um mercado? Pode o antitruste ser utilizado para a consecução de outras políticas públicas?

Essa discussão não se resume ao campo teórico. Ela impacta diretamente as premissas e a metodologia utilizada pela autoridade concorrencial, podendo levar a resultados diametralmente opostos no exame de um ato de concentração. É a lente pela qual a autoridade analisa e interpreta as operações entre agentes econômicos. Nas lições do sempre citado Robert H. Bork (1978, p 50), definir os valores do antitruste é tão primordial “*que todo o restante decorre da resposta que damos*”.

## 2.1. A Origem Multi-Dimensional do Antitruste, o Estruturalismo, a Escola de Chicago e o “Contexto Pós-Chicago”

Khan (2016, 2018) aponta aquela que seria a grande divergência que permeou o debate no século XX, entre a visão anteriormente predominante e a visão da “Escola de Chicago”. Segundo a autora, até a década de 60 teria prevalecido a visão que enxergava nas estruturas dos mercados um dos fatores mais relevantes para sua dinâmica competitiva. Tendo como um expoente a figura do juiz da Suprema Corte *Louis Brandeis*, entendia-se que estruturas concentradas de mercado devem ser evitadas, pois a diversidade de agentes seria, por si só, uma forma eficaz de promover o processo competitivo e a eficiência do mercado.

Amparado nas lições da escola de organização industrial de Harvard (paradigma “Estrutura-Condução-Desempenho”)<sup>8</sup>, tal entendimento propiciava uma análise metodologicamente mais simples – ao atribuir menor relevância a fatores como economias de escala, análise das barreiras de entrada (consideradas geralmente elevadas) e outras hipóteses de contestabilidade de posição dominante -, sendo dotado de maior previsibilidade, mas, certamente, *mais restritivo* para concentrações (RAGAZZO, 2014).

Outros autores, por sua vez, enquadram este momento inicial do antitruste como uma fase “*multi-dimensional*” (WRIGHT et al, 2019), atribuindo a ele forte carga pejorativa, por entendê-lo amparado em valores dispersos, casuisticamente levados em consideração, sem critérios de aplicabilidade bem estabelecidos:

*Wright, por sua vez, afirma que “[c]om esse objetivo [i.e., de impedir a con-*

7 Inspirada nas lições de James Madison Jr., consiste, essencialmente, na busca por uma distribuição democrática de poder e de oportunidades na economia política. Nesse sentido é a menção em KHAN, Lina. The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 3, p. 131–132, mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3ipN56K>. Acesso em: 5 jul. 2019.

8 “[...] desenvolveu-se o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho, segundo o qual a estrutura de um mercado (mais ou menos concentrado, dentre outras características) determinava a sua condução (os preços praticados no mercado, mais ou menos altos, dependendo do grau de concentração) e o seu desempenho (lucratividade, seguindo a mesma lógica)” (RAGAZZO, 2014, p. 12).

*centração econômica], os tribunais entendiam a função do direito antitruste como a de servir vários - por vezes, conflitantes e anticompetitivos - objetivos sócio-políticos' (WRIGHT, 2019 apud JASPER, 2019, p. 175).*

De toda forma, nas décadas de 70 e 80 ganhou proeminência a perspectiva da chamada “Escola de Chicago”, a qual, com premissas calcadas em conceitos econômicos, na crença da autorregulação dos mercados e enfoque na análise de eficiências, revolucionou a forma de análise até então dominante (FRAZÃO, 2017).

Ao deslocar a atenção do antitruste das estruturas dos mercados para as eficiências das operações (especialmente os custos de produção e preços ofertados aos consumidores), Chicago se contrapôs à visão anterior do “*small is beautiful*” (RAGAZZO, 2014).

As ideias de Chicago representaram, também, um ganho de complexidade analítica, pois afastavam a mera análise das estruturas e reduzia o uso de regras *per se*, exigindo verificações pormenorizadas dos efeitos das operações sobre preços, em um viés mais empírico e econômico. Tal complexidade teria trazido consigo, contudo, um incremento da imprevisibilidade das análises, muitas vezes marcadas por premissas irreais ou causalidades de difícil aferição (RAGAZZO, 2014).

Essa mudança de paradigma foi, segundo alguns autores, determinante para a aprovação de grandes fusões entre empresas e conglomerados à época - especialmente no que se refere às integrações verticais (KHAN, 2016). De maneira mais crítica, há quem atribua a Chicago um suposto “declínio” do antitruste, pois o abandono de valores políticos, morais e sociais levou à aceitação de concentrações em setores estratégicos, com poucos ganhos de objetividade nas análises - sendo que o “objetivismo” propugnado por Chicago jamais teria afastado as autoridades antitruste da ingerência de políticos ou grupos de interesse (STUCKE, 2012; FOX, 2008). O antitruste teria, assim, se afastado de questões sociais e políticas relevantes, com mínimos ganhos.

Para além da divergência entre Estruturalistas e a Escola de Chicago - a qual, segundo Frazão (2017), pode dar margem a posturas maniqueístas que ignoram ou supervalorizam o papel das estruturas nas análises concorrenciais<sup>9</sup> -, há quem defenda a existência de um “**Contexto Pós-Chicago**”, marcado por postura mais crítica às limitações dos modelos teóricos de Chicago e que pode, inclusive, ter influenciado a adoção de outros objetivos para além da eficiência alocativa, como a proteção dos consumidores (RAGAZZO, 2014).

O que se tem notado hoje em dia, contudo, é a tendência de alguns autores se ampararem neste “Contexto Pós-Chicago”<sup>10</sup>, para defender a inclusão de outros valores ao antitruste, sob o fundamento de que o antitruste não seria um “fim em si mesmo”, mas instrumento para consecução de valores socialmente e legalmente relevantes (FORGIONI, 2015, p. 188; ATHAYDE, 2017).

É importante lembrar, contudo, que ainda existem vozes que advogam pela autonomia do direito da concorrência, entendendo que a inclusão de outros valores prejudica a construção de uma política coerente e sistemática (MENDES, 2013). Em outras palavras, a inclusão daria margem a aná-

9 Ou que, segundo Wu (2018), pode retirar o enfoque do processo competitivo. O referido autor, que se intitula como adepto do movimento “*NeoBrandeisian*”, não define, contudo, seus critérios para análise do processo competitivo, e parece se aproximar muito da tese estruturalista.

10 Embora o que ele signifique, precisamente, ainda não seja algo bem delimitado

lises casuísticas, voltadas para a consecução de políticas públicas momentâneas (que devem ser reservadas a outras esferas, que não o antitruste). Há também quem aponte que uma sólida política de concorrência pode ajudar, por si só, a alcançar objetivos de desenvolvimento econômico sustentável (DAVIES; THIEMANN, 2015), ou que a superação do critério da eficiência no antitruste simplesmente não encontrou ainda alternativas mais seguras (HOVENKAMP, 2002).

## 2.2. Objetivos Centrais do Antitruste

Em rodada de discussões da OCDE realizada em 2016 (OCDE, 2016e, p. 4-5), especialistas e delegações de diversos países buscaram a definição do que seria o “núcleo do antitruste”, ou seja, quais seus elementos e valores essenciais, que representam convergência entre diferentes correntes e jurisdições.

Na oportunidade, embora um consenso não tenha sido alcançado, a maioria dos participantes apontou conceitos como a busca “pela eficiência dos mercados, como um meio para geração de bem-estar”, a “eficiência do processo competitivo” ou a mera “eficiência alocativa”.

Infelizmente, tal núcleo pode parecer genérico e inócuo, vez que é difícil imaginar alguém que iria se contrapor a conceitos como “eficiência”, “bem-estar” e “competição”. A busca por conceitos genéricos como “processo competitivo”, “eficiência dos mercados” ou “promoção do bem-estar” nunca foi apta a unificar a política antitruste, pois simplesmente transfere o debate para a definição destes conceitos indeterminados (STUCKE, 2012).

Nesse sentido, são ilustrativas duas pesquisas da *International Competition Network* (ICN, 2011; 2007) que apontam divergência relativa a conceitos como “bem-estar” ou os objetivos perseguidos por autoridades de vários países<sup>11</sup>. Foi verificado que, se mais geral e abstrato o objetivo, maior consenso existe entre as autoridades. Ao buscar uma delimitação mais precisa, as divergências tornam-se acentuadas (ICN, 2011, p. 93).

Esse panorama revela, portanto, que o debate ainda está longe de um consenso. De toda maneira, mesmo se tratando de conceitos indeterminados, não há como negar que as definições possíveis dos objetivos concorrenciais tradicionais ainda são aquelas ligadas aos critérios de eficiência, bem-estar e processo competitivo. Ou seja, outros valores, quanto mais se distanciarem da análise destes conceitos, poderão, com maior razão, ser considerados “cláusulas de interesse público”, tendo sido esta, também, a definição adotada pela OCDE na sua rodada de discussões (OCDE, 2016, p. 6).

Por essa razão, valores como proteção à indústria nacional e razões de interesse nacional<sup>12</sup>,

11 O conceito do “bem-estar” não é totalmente delineado, existindo controvérsia se essa busca deve se dar pelo bem-estar total, pelo bem-estar dos consumidores ou mesmo por outros recortes. Em pesquisa de 2011, apenas 07, de 57 autoridades, concordaram com o conceito fornecido pela entidade (ICN, 2011). Em outra pesquisa, sobre os objetivos das autoridades antitruste, os dez mais mencionadas foram: (i) garantir um processo competitivo eficaz; (ii) promover o bem-estar dos consumidores; (iii) maximizar a eficiência; (iv) garantir a liberdade econômica; (v) garantir condições equitativas para as pequenas e médias empresas; (vi) promover justiça e igualdade; (vii) promover a escolha do consumidor; (viii) alcançar a integração do mercado; (ix) facilitar a privatização e a liberalização do mercado; e (x) promover a competitividade nos mercados internacionais. (ICN, 2002 *apud* STUCKE, 2012, p. 567).

12 Prevista, por exemplo, na Austrália, África do Sul, Canadá, China, Itália, Holanda e Portugal (OCDE, 2016, p. 7, 9, 14, 19) e (OCDE, 2016e).

redução de desigualdades, manutenção do nível de empregos<sup>13</sup>, proteção à pluralidade de setores estratégicos (mídia, saúde, educação, segurança pública, setor financeiro, indústria exportadora)<sup>14</sup>, alinhamento com políticas culturais<sup>15</sup>, garantia do fornecimento de energia elétrica<sup>16</sup>, dentre outros, foram considerados, por quase todos os membros, como exemplos de cláusulas de interesse público.

### 3. CLÁUSULAS DE INTERESSE PÚBLICO, TIPOS E MODELOS INSTITUCIONAIS

Como visto, em 2016 a OCDE definiu “cláusulas de interesse público” como todas as cláusulas legais que preveem a utilização de outros valores, tradicionalmente alheios ao direito antitruste, na análise de um ato de concentração.

Tais cláusulas podem estar veiculadas sob algumas das seguintes formas (OCDE, 2016, p. 7):

- (i) Pela inclusão nos objetivos e princípios gerais da lei antitruste;
- (ii) Pela inclusão nos critérios legais de avaliação das concentrações (como diretriz ou mesmo como uma etapa autônoma da análise da concentração); ou
- (iii) Pela inclusão de disposições que permitem que concentrações sejam reavaliadas por outras entidades, que não a concorrencial (muitas vezes, entes políticos).

As cláusulas podem ser gerais (abstratas ou exemplificativas) ou taxativas. Um exemplo de cláusula geral é a alemã, que autoriza o Ministro de Assuntos Econômicos e Energia, excepcionalmente, a permitir uma concentração vetada pela autoridade concorrencial alemã, se a restrição da concorrência “for compensada por vantagens para a economia nacional” (OCDE, 2016b, p. 3).

Outro exemplo de cláusula geral é a do Reino Unido, que conta com lista exemplificativa de valores considerados de interesse público: segurança nacional, pluralidade da mídia e estabilidade do sistema financeiro (OCDE, 2016s, p. 4).

Já a Espanha adota uma lista taxativa. Segundo o artigo 14 da sua “*Ley de Defensa de la Competencia*” (ESPAÑA, 2007), o Conselho de Ministros espanhol possui competência para aprovar ou reprovar uma operação de casos que envolvam (i) defesa e segurança nacional; (ii) proteção da saúde ou segurança pública; (iii) livre circulação de bens e serviços no território nacional; (iv) proteção do meio ambiente; (v) promoção de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; ou (vi) garantia de manutenção dos objetivos da regulamentação setorial.

#### 3.1. Modelos Institucionais

Outro aspecto importante a respeito das considerações de interesse público é o *procedimental*, relativo ao momento em que será realizada a análise de interesse público, e a quem caberá a sua realização. Segundo a OCDE, dois modelos de desenho institucional podem ser adotados: o unitário

13 Há julgados na África do Sul, Namíbia e Brasil (AMBEV) (OCDE, 2016, p. 21), e previsão na legislação da França, Coreia do Sul, China (OCDE, 2016, p. 7) e (OCDE, 2016e, p. 10, 18).

14 Reino Unido, Portugal, União Europeia (OCDE, 2016, p. 7, 12, 21) e (OCDE, 2016e, p. 6, 19) dentre outros.

15 Canadá (OCDE, 2016a, p. 14).

16 Coreia, Alemanha, Espanha (OCDE, 2016, p. 7, 15) e (OCDE, 2016e, p. 7, 10).

ou o dual (OCDE, 2016, p. 9).

No modelo unitário, cabe à própria autoridade concorrencial a análise da operação, tanto sob a ótica concorrencial quanto sob a ótica das cláusulas de interesse público.

A vantagem desse modelo é que ele permitiria, em tese, uma maior coerência na aplicação dos valores previstos em lei, pois a centralização das funções viabiliza uma abordagem holística, com a ponderação entre os valores concorrenciais e os não concorrenciais. Além disso, aos que entendem que as autoridades da concorrência são menos sujeitas a pressões governamentais e à captura por setores do mercado<sup>17</sup>, esse modelo seria menos suscetível a pressões externas de grupos de interesse<sup>18</sup>.

No modelo dual, a autoridade da concorrência se atém aos aspectos concorrenciais da operação, sendo as considerações de interesse público avaliadas por um regulador setorial ou por um agente decisório político externo (um ministro de Estado, por exemplo)<sup>19</sup>. O modelo dual comportaria, segundo a OCDE (2016, p. 10), a seguinte subdivisão:

**(i) competência compartilhada**, no qual a autoridade antitruste e o órgão regulador atuam em conjunto, de maneira coordenada, na análise da operação<sup>20</sup>;

**(ii) competência concorrente**, em que a autoridade antitruste e o agente regulador setorial analisam a operação de maneira independente, não levando em conta a opinião um do outro nas suas avaliações, ambos com competência para análise de questões de interesse público<sup>21</sup>; e

**(iii) intervenção externa**, na qual a operação pode ser analisada por um agente político, geralmente após a autoridade antitruste, e de maneira excepcional, com poderes para aprovar, impor condições ou rejeitar a operação.

Essa gama de modelos institucionais é ilustrada pelo seguinte esquema gráfico:

17 Vez que atuam no mercado como um todo, e não em um nicho específico, como as demais agências reguladoras.

18 Já as críticas a esse modelo alertam para o perigo da possibilidade de pressão política contaminar a análise concorrencial e, ainda, para a carência de legitimidade democrática da autoridade antitruste avaliar questões de interesse de toda a sociedade (tarefa que deveria ser atribuída a agentes políticos eleitos).

19 O modelo apresenta a vantagem de possibilitar que a autoridade antitruste faça um julgamento com base apenas em critérios concorrenciais, sem precisar se preocupar com os efeitos socioeconômicos que uma futura decisão em um ato de concentração causaria. Além disto, afastaria as questões relacionadas à legitimidade democrática das autoridades antitruste, em vista que os aspectos que escapam da seara do direito concorrencial seriam analisados por outra autoridade. A discussão acerca da legitimidade democrática das autoridades antitruste passa pela questão de que as decisões de tal autoridade seriam feitas por agente que estariam em instituições tecnocráticas, longe do controle democrático, sem estar sujeitas a “*accountability*”. Para um maior aprofundamento: (OCDE, 2017).

20 Embora as autoridades da concorrência fiquem menos expostas à pressão política e a preocupações com conflitos de interesse, é preciso alinhar os procedimentos da atuação em cooperação das diferentes instituições.

21 Mais comum em concentrações no sistema financeiro (Banco Central e autoridade antitruste).

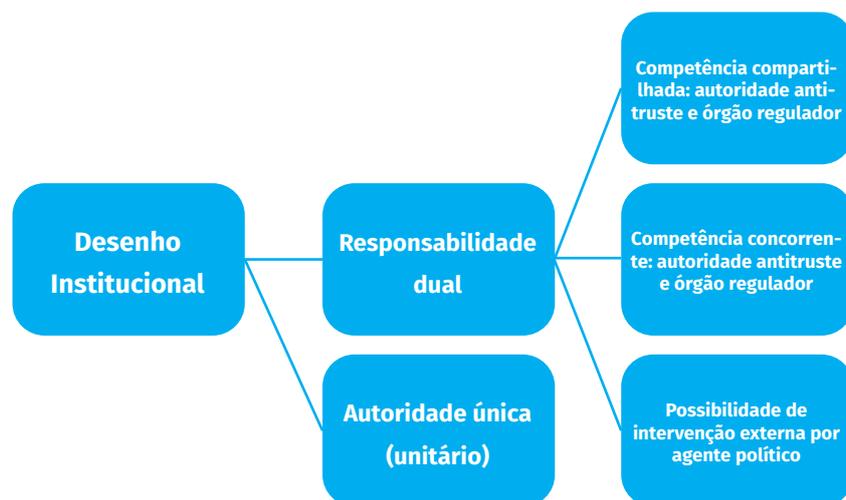


Figura 1. Modelos Institucionais para Avaliação do Interesse Público (elaboração própria)

Como exemplo de países que admitem a intervenção externa por autoridades políticas, após a análise concorrencial, é possível mencionar os exemplos da Espanha e da Alemanha.

No caso espanhol, o seu Conselho de Ministros (composto por membros do Executivo) é dotado de poderes para, mesmo após a análise da autoridade concorrencial, aprovar ou manter a reprovação de operações pelos motivos específicos de interesse público (previstos nos artigos 10.4, 14 e 60 da sua “*Ley de Defensa de la Competencia*”)(ESPAÑA, 2007)<sup>22</sup>.

De maneira semelhante, o sistema alemão permite que seu Ministro de Assuntos Econômicos e Energia autorize, em casos excepcionais, uma concentração proibida pela autoridade alemã da concorrência, caso a restrição da concorrência possa ser compensada por vantagens para a economia nacional<sup>23</sup>.

### 3.2. Análise Direta ou Indireta de Interesse Público

Há quem faça distinção, ainda, quanto à forma como as considerações de interesse público podem ser veiculadas na análise de um ato de concentração.

Em alguns casos, a autoridade antitruste leva em consideração valores de interesse público explicitamente na avaliação final dos efeitos da concentração, sopesando fatores concorrenciais com valores não concorrenciais na sua decisão.

22 Como já mencionado, são eles: Defesa e segurança nacional; Proteção da saúde ou segurança pública; Livre circulação de bens e serviços no território nacional; Proteção do meio ambiente; Promoção de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; Garantia de manutenção dos objetivos da regulamentação setorial.

23 Artigo 42.9, n.º 1, da lei alemã da concorrência, conforme informação obtida no documento oficial “*Guide to Mergers & Acquisitions in Germany*” (GTAI, 2016, p. 40). Embora tal previsão não seja largamente utilizada, dois casos ilustram bem a dinâmica do ordenamento alemão. A concentração E.ON/Rhurgas, por exemplo, foi vetada pelo Bundeskartellamt, mas autorizada pelo Ministério, sob o fundamento de aumento da competitividade internacional e da segurança de fornecimento de energia ao país. Já no caso da EDEKA/Kaiser, embora a operação gerasse uma concentração de 85% e tenha sido vetada pela autoridade concorrencial, foi aprovada pelo Ministro sob as condições de salvaguarda de empregos e a proteção dos direitos dos trabalhadores (OCDE, 2016b).

Para certos países, a análise do interesse público constitui, inclusive, uma etapa independente do procedimento, como ocorre na África do Sul, onde os critérios não econômicos são analisados de maneira separada, como etapa independente e obrigatória para reprovação ou aprovação condicionada do ato.

Já na Nova Zelândia e Canadá, a autoridade ocasionalmente pondera esses valores de maneira indireta - eles não são de consideração obrigatória pela autoridade antitruste, podendo, contudo, ser abarcados nas “análises amplas de eficiência” (OCDE, 2016c, p. 11), nas quais o teste de competição tradicional é “elastecido” para cobrir outras metas relacionadas a um interesse público mais geral (OCDE, 2016a, p. 12).

### 3.3. Dificuldades na Aplicação das Cláusulas

A OCDE aponta desafios práticos na aplicação das cláusulas de interesse público. O primeiro deles é a dificuldade na interpretação dessas cláusulas, visto que geralmente apresentam conceitos indeterminados, abertos a diferentes interpretações. Daí a razão pela qual a previsão de interesses públicos claramente definidos pode ajudar na previsibilidade da autoridade.

A segunda dificuldade é o horizonte temporal do impacto da avaliação das concentrações. Avaliações baseadas no interesse público tendem a refletir necessidades atuais, da conjuntura existente à época da concentração, mas os efeitos da concentração são permanentes, devendo os efeitos do médio e longo prazo ser contabilizados.

A terceira dificuldade é a análise da especificidade dos efeitos da fusão. É preciso delimitar, precisamente, quais efeitos decorrem diretamente da fusão, ou seja, que não ocorreriam caso ela não fosse concretizada. Muitas autoridades tendem a adotar decisões para atender objetivos de outra política pública, não se atendo aos efeitos diretos e específicos da concentração analisada.

## 4. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

### 4.1. Histórico legislativo

Embora exista registro de legislações esparsas ao longo das décadas de 20 e 30, os valores concorrenciais foram positivados pela primeira vez, de maneira expressa, na Constituição de 1946<sup>24</sup>, ao passo que a primeira lei da concorrência foi promulgada em 1962, trazendo dispositivo que possibilitava a aprovação de uma operação com base em cláusula de interesse público.

A Lei 4.137/62 (BRASIL, 1962), voltada à repressão ao abuso de poder econômico, não continha rol de princípios gerais a reger o antitruste, tampouco um instituto geral (e recorrentemente apli-

24 Constituição Federal de 1946, “Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros” (BRASIL, 1946).

cado), da forma que conhecido atualmente, de “análise de concentrações”<sup>25</sup>. De toda maneira, seu art. 74, §1º possibilitava a aprovação de atos potencialmente problemáticos por razões de interesse público:

*Art. 74, § 1º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no “caput”, **quando a restrição neles contida for necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum**, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final (BRASIL, 1962, grifo nosso).*

Já na vigência da Constituição Federal de 1988, a Lei 8.884/94 (BRASIL, 1994) fortaleceu o controle de estruturas no ordenamento brasileiro, determinando que qualquer ato que pudesse restringir à concorrência, se preenchidos os requisitos legais, deveria ser autorizado pelo CADE.

A 8.884/94 também consagrou, em seu artigo 1º, a observância, pelo antitruste, de princípios constitucionais como a liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Por sua vez, a cláusula genérica de aprovação por justificativas relevantes “da economia nacional e do bem comum” foi mantida<sup>26</sup>:

*Art. 54, § 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por **motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum**, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final (BRASIL, 1994, grifo nosso).*

Com o advento da Lei 12.529/11 (BRASIL, 2011), vieram alterações significativas à dinâmica até então existente, que se baseava na análise posterior das operações, o que dificultava enormemente a análise pelo CADE diante do fato consumado (pelos prejuízos decorrentes da desconstituição de uma operação já consumada). Como amplamente divulgado à época, definiu-se que a autorização do CADE deve ser prévia à consumação das operações.

E, assim como a 8.884/94, a atual lei prevê que os princípios constitucionais devem orientar a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica<sup>27</sup>.

Contudo, ao contrário das anteriores, a nova lei não trouxe previsão de cláusula geral de interesse público, sendo retirada a possibilidade de aprovação de operação “por motivos preponderantes da economia nacional ou do bem comum”, extirpando a possibilidade de aprovação por cláusula

25 Ela previa a análise, pelo poder público, de determinados *ajustes, acordos ou convenções*, com âmbito de aplicação mais limitado. Lei 4.137/62: “Art. 74. *Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos [...]*” (BRASIL, 1962).

26 Muito embora a partir dali, para ser aprovada por motivos de interesse público, a operação deveria cumprir pelo menos três das quatro condições previstas em lei (condicionada, também, à ausência de prejuízos ao consumidor ou usuário final).

27 Em especial aqueles previstos no artigo 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

de interesse público, vigente no país por 50 anos.

Dessa forma, o ordenamento brasileiro não conta mais com uma cláusula genérica que permita a aprovação de concentrações em prol da “economia nacional ou bem comum”. Também é importante notar que não há qualquer previsão, na legislação brasileira, de interferência de agente externo. A decisão do CADE é, por assim dizer, soberana no âmbito administrativo, o que reforça, positivamente, a sua autonomia enquanto autoridade concorrencial.

## 4.2. Casos representativos

### a. Operações na vigência da Lei 8.884/94

O início de vigência da Lei 8.884/94 (BRASIL, 1994) aparenta se tratar de fase menos rigorosa do CADE no controle de concentrações, visto tratarem-se dos estágios iniciais da sua atuação na seara<sup>28</sup>. A partir dos anos 2000, dois casos emblemáticos contextualizam a evolução no trato da questão.

#### i. Operação Brahma e Antarctica (Ambev - 2000)<sup>29</sup>

A operação que deu origem a Ambev foi, se não uma das mais relevantes, certamente das mais polêmicas na vigência da Lei 8.884/94. Desde seu início o caso assumiu contornos midiáticos e políticos, pelo anúncio nacional da fusão das companhias Antarctica e Brahma - que eram, àquela época, líderes no mercado nacional de cervejas<sup>30</sup>.

Naturalmente, a operação encontrou oposição da concorrente Kaiser, que apontava preocupações com a posição dominante que a nova empresa teria no mercado de cervejas<sup>31</sup>.

Além de atrair repercussão da mídia, o caso assumiu dimensão política, ensejando manifestação de ministros de Estado, realização de 06 audiências públicas (inclusive na Câmara dos Deputados), além de contar com a participação de associações e sindicatos do setor no processo do CADE<sup>32</sup>.

Na instrução do caso, chama atenção o envio de ofício pela Conselheira-Relatora, Hebe Romano, ao Secretário de Política Industrial do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), solicitando manifestação sobre “o motivo de preponderante interesse da economia nacional e do bem comum que foi alegado pelas requerentes em seu pedido de aprovação do ato”<sup>33</sup>.

28 Provavelmente por essa razão, existem poucos registros de operações problemáticas que envolvessem a análise de questões de interesse público. No ano de 1996, verificou-se caso envolvendo as empresas Rhodia S.A e Sinasa S.A (AC nº 0012/94) – contudo, os motivos de interesse público, invocados pelas partes, não foram acatados.

29 CADE, AC nº 08012.005846/1999-12, Rel. Conselheira Hebe Romano, Data de Julgamento: 28.03.2000.

30 Detentoras das marcas Brahma, Antarctica, Skol, Bavaria, Bohemia, Caracu e Budweiser, dentre outras.

31 Corroborada por pareceres da SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) e da SDE (Secretaria de Direito Econômico). CADE, AC nº 08012.005846/1999-12, Rel. Conselheira Hebe Romano, Data de Julgamento: 28.03.2000, volume 03, Fls. 768/829 e volume 13, fls. 3.634-3.839.

32 De distribuidores, de estabelecimentos comerciais, de produtores de cerveja, de empregados das empresas envolvidas, dentre outros

33 CADE, AC nº 08012.005846/1999-12, Rel. Conselheira Hebe Romano, Data de Julgamento: 28.03.2000, volume 14, fl. 3.973.

Em resposta, o Secretário opinou que a fusão deveria ser aprovada em razão da internacionalização de empresas brasileiras (“ganhos econômicos e sociais ao país, pelo aumento de exportações”), a criação de empregos, investimentos em regiões menos desenvolvidas, valorização dos ativos das empresas participantes da cadeia setorial e o desenvolvimento no país de atividades de alto valor agregado<sup>34</sup>.

Embora órgãos técnicos tenham opinado pela imposição de rigorosos remédios, e o parecer da Procuradoria Federal opinado pela sua reprovação, o Procurador-Geral do CADE à época entendeu que o CADE deveria aprovar a operação, salientando a necessidade de cautela da autoridade anti-truste e demonstrando preocupação em relação aos efeitos da operação ao mercado de trabalho<sup>35</sup>.

Ao final, a fusão foi aprovada mediante a assinatura de TCD (Termo de Cumprimento de Desempenho), pelo placar de 04 a 01<sup>36</sup>. Da análise dos votos verifica-se que, embora o fundamento da aprovação não tenha sido, expressamente, o artigo 54, §2º da Lei 8.884/94, questões de interesse público foram justificativas determinantes para a aprovação do ato - especialmente o fortalecimento da indústria nacional, a internacionalização das companhias e os efeitos da operação ao mercado de trabalho.

A manifestação do Presidente do CADE à época, Gesner Oliveira, é ilustrativa. Ao considerar necessária a análise dos impactos ao mercado de trabalho, assim consignou em seu voto:

*Emprego e Defesa da Concorrência*

*O Parecer do ilustre Procurador Geral assinalou com propriedade a questão do emprego. Tal preocupação, ausente nos demais pareceres, é por vezes mal-entendida como tema que transcenderia o escopo competências de uma autoridade de defesa da concorrência.*

*Dirijo desta visão simplista e reitero que, diferentemente de outras questões de política industrial, o emprego atende os quesitos jurídico e econômico explicitados antes para ser incorporado na análise antitruste.*

*Lembro, ademais, que tal posição está de acordo com a jurisprudência do CADE nos casos Gerdau/Pains (1996) e Colgate/Kolynos (1996), tendo motivado inclusive um convênio de cooperação entre o CADE e o Ministério do Trabalho<sup>37</sup>.*

Não por acaso, o TCD firmado contou com previsão expressa que a Ambev se comprometeria a manter o nível de empregos e a promover programa de treinamento e recolocação profissional para todos os empregados dispensados em decorrência da fusão.

34 Embora não localizado o documento oficial de resposta do MDIC, ela está transcrita em parecer da Procuradoria do CADE. CADE, AC nº 08012.005846/1999-12, Rel. Conselheira Hebe Romano, Data de Julgamento: 28.03.2000, volume 17, fls. 5.346/5.347.

35 O Despacho do Procurador Geral consta no volume 17, fls. 5.235-5.236 dos autos físicos. “Logo pensei no desemprego que essa decisão poderia provocar. Eu já fui desempregado também, fiquei pensando no sofrimento das famílias”, disse o procurador ao jornal Folha de São Paulo, em 24/03/2000 (VERSIANI, 2000).

36 Vencido o Conselheiro Ruy Santacruz, que votou pela reprovação da operação.

37 CADE, AC nº 08012.005846/1999-12, Rel. Conselheira Hebe Romano, Data de Julgamento: 28.03.2000, volume 17, fls. 5.543-5.544.

## ii. Operação Sadia e Perdigão (BRFoods - 2011)<sup>38</sup>

No ano de 2011, o CADE analisou operação envolvendo a fusão das empresas Sadia e Perdigão.

Embora também gerasse alto grau de concentração no mercado nacional e contasse com interesse midiático, a instrução do caso foi bastante distinta do caso da AMBEV<sup>39</sup>. Não há notícia de realização de audiência pública ou de discussões realizadas no âmbito na Câmara dos Deputados, como ocorrera no caso anterior, tampouco requerimento, pelo relator do caso (Conselheiro Carlos Ragazzo), de pedido de informações a Ministérios acerca de motivos de interesse público.

Na ocasião do julgamento, fatores como a política industrial nacional, ou mesmo os reflexos da operação nas vagas de emprego do mercado de trabalho, não foram objeto de discussão pelo Tribunal do CADE. A operação foi analisada, sobretudo, sob a ótica da eficiência e dos benefícios gerados aos consumidores.

Embora as empresas tenham invocado argumentos semelhantes ao caso da Ambev, como o aumento de exportações e efeitos benéficos à economia nacional, o relator tratou tais argumentações como “aspectos externos” à operação – não embutidos, propriamente, na análise concorrencial da concentração. Na oportunidade, o Conselheiro Ragazzo entendeu pela prevalência da ótica do consumidor para a análise do caso:

*[...] a Lei proíbe, expressamente, a aprovação de atos que “impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”, mesmo diante de pretensos “motivos preponderantes da economia nacional”, indicando o quanto o bem-estar do consumidor se sobrepõe diante de quaisquer outros interesses.*

*Essas disposições legais levam a uma conclusão bastante simples: o fortalecimento de uma empresa, ainda que nacional, e o aumento de exportações porventura decorrentes disso não podem se sobrepor, em absoluto, ao bem-estar dos consumidores brasileiros. Um ato de concentração que gere danos severos ao consumidor nacional não pode ser aprovado sob o mero argumento de que esse mesmo ato criou uma empresa forte, capaz de competir internacionalmente e exportar seus produtos. [...]*

*Também não há mensuração de como o fortalecimento de um único agente privado poderia gerar, no caso, benefícios à coletividade que ultrapassem os severos prejuízos aos consumidores aqui encontrados, até porque essa seria uma hipótese extremamente improvável<sup>40</sup>.*

Embora o relator tenha ficado vencido quanto à reprovação da operação, os demais conselheiros votaram pela aprovação condicionada a substanciais medidas de desinvestimento.

O caso ilustra que, mesmo na vigência do mesmo diploma normativo (Lei 8.884/94), foi possível mudança de postura, com menor enfoque a valores de interesse público, como a política indus-

38 CADE, Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18, Rel. Conselheiro Carlos Ragazzo, Data de julgamento: 09.06.2011.

39 As duas firmas, Sadia e Perdigão, em conjunto, respondiam por mais de 50% das vendas de praticamente todos os principais mercados de alimentos processados, chegando-se, em alguns segmentos, a patamares superiores a 80%, conforme a instrução do AC demonstrou. CADE, Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18, Rel. Conselheiro Carlos Ragazzo, Data de julgamento: 09.06.2011, Fl. 3.618, item 716 do voto do Cons. Relator.

40 CADE, Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18, Rel. Conselheiro Carlos Ragazzo, Data de julgamento: 09.06.2011, volume 16, Fls. 3.729-3.732.

trial e os efeitos sobre os empregos.

### **b. Operações na vigência da Lei 12.529/11**

Sob a égide da nova Lei (BRASIL, 2011), o CADE rotineiramente analisa relevantes operações e, para alguns, tem vivenciado um substancial aumento de rigor em suas análises<sup>41</sup>.

Em levantamento de casos selecionados para o presente artigo - por envolverem setores importantes da economia nacional, como Itaú/Unibanco, Itaú/XP, Cetip/Bovespa, Lan/Tam, AT&T/Warner, Disney/Fox, ALL/Rumo, Dow/Dupont, Suzano/Fibria, Mataboi/BJB e Ale/Ipiranga<sup>42</sup>, não foram encontradas significativas menções a valores de interesse público. Neles, a análise do CADE se ateve, essencialmente, a aspectos concorrenciais das operações.

O mesmo ocorreu em recentes casos de reprovação, como as operações da Liquigás/Ultrazgaz, Mataboi/BJB e Ale/Ipiranga<sup>43</sup> (setores de energia e alimentos), reprovadas por aspectos, essencialmente, de cunho concorrencial. O tema, contudo, foi abordado, mesmo que indiretamente, no julgamento de dois casos: HSBC/Bradesco (aprovada) e Kroton/Estácio (reprovada), como se passa a expor.

### **i. Operação HSBC e Bradesco (2016)**<sup>44</sup>

Na operação de aquisição do HSBC pelo Bradesco, o “Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Curitiba” requereu sua habilitação, como terceiro interveniente, sob o fundamento de que a concentração teria impactos relevantes em Curitiba, onde o HSBC mantém sua sede, sobre a manutenção dos níveis de emprego da instituição.

Ao abordar a questão, o Conselheiro Relator, João Paulo Resende, afastou a análise sob a ótica da “eficiência”, considerando que tal não seria uma questão concorrencial *stricto sensu*.

Segundo o Conselheiro, os efeitos de uma operação no mercado de trabalho não podem ser motivo determinante para a rejeição de uma operação, não cabendo à autoridade antitruste sequer a exigência de medidas a esse respeito como condição necessária à aprovação da operação. Em suas palavras:

*A preservação de empregos, a meu ver, é um bem social que deve ser perseguido por políticas públicas específicas, e não pela autoridade de defesa da concorrência.*

41 Segundo levantamento realizado pelo Conselheiro João Paulo Resende, exposto na 145ª Sessão Ordinária de Julgamento, de 26/06/2019, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ieDl7xYB4nA> (1:02:45 a 1:03:15, acesso em julho de 2019.), entre os anos de 1994 a 2015, o CADE teria tentado reprová-las apenas 03 operações de grande relevância, ao passo que, nos últimos anos, foram 08 operações reprovadas (ou com desistência por reprovação). Acesso em 02/07/2019.

42 Os casos foram selecionados de maneira amostral, e dizem respeito a setores como o mercado financeiro, de investimentos, de mídia, agrícola, de exportações, dentre outros. São os Atos de Concentração nº 08012.011303/2008-96, 08700.004431/2017-16, 08700.004860/2016-11, 08012.009497/2010-84, 08700.001390/2017-14, 08700.004494/2018-53, 08700.005719/2014-65, 08700.005937/2016-61 e 08700.004085/2018-57, respectivamente.

43 Atos de concentração nº 08700.002155/2017-51, 08700.007553/2016-83 e 08700.006444/2016-49, respectivamente.

44 CADE, Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41, Rel. Conselheiro João Paulo Resende, Data de Julgamento: 08/06/2016.

Ao refutar a possibilidade de análise dos efeitos aos postos de trabalho, mesmo dentro do âmbito da análise de eficiências, assim justificou:

*A manutenção de postos de trabalho tampouco se qualifica como uma espécie de possível eficiência da operação. Nem tudo que tem um efeito positivo é uma eficiência, e é preciso estressar bem esse ponto, pois muitas vezes essa pretensa acepção da palavra “eficiência” é utilizada no contexto anti-truste para justificar decisões regulatórias, seja numa direção ou em outra. Eficiências são reduções de custos, otimizações do processo produtivo. Podem ser estáticas ou dinâmicas, mas não incluem, por exemplo, a geração de emprego ou a realização de um determinado valor de investimento que, por si só, não necessariamente gerará redução de custos passíveis de serem apropriados pelo consumidor final. Conforme bem sustentou agora há pouco o patrono do sindicato, é verdade que já houve casos em que o CADE admitiu compromissos de manutenção de empregos em acordos de controle de concentração. No entanto, a meu ver, tal compromisso tem que ser assumido unilateralmente pelas Requerentes no momento da proposição do ACC, e não partir de uma imposição do órgão antitruste em uma aprovação condicionada, ou de uma condição trazida pela autoridade para celebração do acordo. Até mesmo porque, tendo em vista que muitas vezes acordos são negociados entre as partes, a busca da preservação de postos de trabalho poder acabar prejudicando a negociação de uma solução para as preocupações verdadeiramente concorrenciais do ato de concentração.*

Na ocasião, o voto do Relator foi acompanhado por unanimidade, em forte sinalização de que questões relativas ao mercado de trabalho não fariam parte da análise concorrencial da autoridade antitruste, não podendo integrar a análise das eficiências da operação.

## ii. Operação Kroton e Estácio (2017)<sup>45</sup>

Em outro recente caso, envolvendo o mercado de educação superior, a aquisição da Estácio pela Kroton foi reprovada pela maioria do Tribunal do CADE. Embora analisado sob uma ótica econômica/concorrencial, o caso suscitou reflexões a respeito da abrangência da análise que caberia ao CADE, por tratar de setor caro à sociedade e à economia nacional (educação).

Segundo a Superintendência-Geral, a concentração no mercado, além de redução de eficiências, traria prejuízos “para a qualidade do ensino superior no Brasil e as decorrências disso para a economia como um todo”<sup>46</sup>. Por sua vez, o Conselheiro Paulo Burnier reafirmou, na ocasião de julgamento, sua preocupação com repercussões “metajurídicas” do ato, para além das tradicionalmente analisadas no antitruste:

*Sem aprofundar nas ricas e profundas discussões sobre o tema, parece oportuno pontuar que, em casos de extrema relevância social como o que ora se examina, a atuação do CADE deve observar, com especial atenção, a pluralidade de princípios e valores constitucionais que orientam a interven-*

45 CADE, Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56, Rel. Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, Data de Julgamento: 28.06.2017.

46 Anexo ao Parecer Técnico nº 1/2017/CGAA2/SGA1/SG/CADE (item 728).

*ção do Estado no domínio econômico. Sob esse viés, fica claro que, embora a busca pela eficiência alocativa seja sem dúvida diretriz de extrema relevância para o controle antitruste, não se trata do único e exclusivo conteúdo a informar a política de defesa da concorrência.*

*Nesse sentido, afiguram-se preciosas as observações feitas pela Professora Ana Frazão, ex-Conselheira do CADE, apoiada nas lições do Professor Maurice Stucke, ao afirmar que “o direito antitruste em qualquer democracia com um pluralismo razoável não pode ser reduzido a um único e bem definido objetivo, tendo em vista que, ao alcançar o bem-estar das pessoas, precisa ponderar diversos objetivos políticos, sociais, morais e econômicos”.*

*No caso em tela, fica claro que a operação submetida a escrutínio suscita importantes preocupações acerca das suas repercussões metaeconômicas. Tendo em vista a elevada participação de mercado das duas Requerentes, caso aceito, o Ato de Concentração teria grande potencial de homogeneização da educação superior no país, comprometendo significativamente a variedade da oferta. Além disso, sob uma perspectiva dinâmica, poder-se-ia cogitar sobre possíveis impactos negativos no desenvolvimento de novas tecnologias, o que representaria retrocessos principalmente em setor tão central para a economia e para o desenvolvimento.*

Dessa forma, embora o CADE tenha pautado sua análise em considerações essencialmente econômicas, reflexões a respeito de valores não diretamente relacionados àqueles tradicionais da esfera antitruste - como a importância da qualidade e pluralidade dos serviços educacionais, não só para seus usuários, mas para a sociedade - foram não apenas objeto de lembrança pelo Conselheiro, como constituíram importante reforço argumentativo de sua posição pela reprovação da operação.

#### **4.3. Evolução da Jurisprudência do CADE**

A evolução legislativa brasileira indica que, a cada novo diploma normativo, o ordenamento teve reduzida a previsão de cláusulas genéricas, ligadas a valores abstratos de interesse público (como “economia nacional” ou “bem comum”), para aprovação de atos de concentração. Não por acaso, a atual lei não conta com dispositivo que permita a aprovação de um ato de concentração com base, exclusivamente, em critérios de interesse público.

É importante notar que a legislação prevê a aplicabilidade dos princípios constitucionais para orientação das normas de defesa da concorrência (art. 1º, Lei 12.529 e artigo 170 da Constituição Federal) (BRASIL, 2011) (BRASIL, 1988) - o que ainda enseja discussões a respeito da utilização, ou não, de critérios não estritamente concorrenciais no âmbito do controle de concentrações (SCHUARTZ, 2009).

De toda maneira, - e isso é fundamental ressaltar - a autoridade concorrencial não mais conta com uma cláusula genérica, que permite a aprovação de uma operação a despeito dela gerar efeitos anticompetitivos. Em tese, *caso se admita* a invocação de quaisquer razões de interesse público na análise de uma operação - alheias às tradicionalmente adotadas na esfera antitruste -, elas necessariamente deverão contar com fundamento constitucional, que seja excepcionalmente e diretamente aplicável ao caso concreto em análise.

O exame dos casos selecionados parece apontar uma gradual tendência, na experiência brasileira, de delimitação do escopo da análise do CADE. Se na década de 1990 argumentos como a proteção à indústria nacional e aos empregos eram recorrentes, levando até mesmo à participação de

políticos e a realização de audiências públicas na instrução dos casos, na última década o Conselho tem apresentado um escopo de análise menos abrangente, centrada essencialmente em aspectos econômicos e concorrenciais das operações.

## CONCLUSÃO

Determinadas concentrações de mercado geram repercussões não apenas econômicas, mas também sociais e políticas, que extrapolam o segmento de mercado envolvido. Tal situação é especialmente propensa a ocorrer em setores tidos como essenciais (ou estratégicos) à sociedade, como a segurança pública, os serviços de saúde, a educação, o setor financeiro ou dos meios de comunicação, dentre outros.

O direito da concorrência é historicamente permeado por debates a respeito de suas finalidades e dos valores por ele tutelados, que acabam por refletir diretamente nas metodologias de análise dos atos de concentração. Ao longo do séc. XX, existiram correntes que advogaram uma visão multidimensional do direito antitruste, uma abordagem estruturalista (paradigma “S-C-P”) ou a perspectiva defendida pela Escola de Chicago.

Mesmo nos dias atuais, existem importantes vozes que classificam o atual momento como pertencente a um “*Contexto Pós-Chicago*”, e que não se limitam a questionar as premissas e a metodologia propostas por Chicago, defendendo expressamente o resgate da inclusão de outros valores, que não meramente econômicos, na análise antitruste.

No intuito de delimitar um conceito das chamadas “*cláusulas de interesse público*”, o presente artigo verificou que os valores mais tradicionais do antitruste, que parecem constituir seu “núcleo”, ainda estão geralmente ligados à critérios econômicos como a busca pela eficiência (alocativa ou dinâmica), a promoção do bem-estar (geral ou dos consumidores) e a proteção do processo competitivo. Outros valores, quanto mais distantes e menos relacionados a estes critérios tradicionais, com maior razão merecerão a alcunha de “*cláusulas de interesse público*”, tendo sido essa também a classificação adotada pela OCDE.

É este o caso das previsões, presentes em diferentes ordenamentos, de valores como o combate à desigualdade, proteção à indústria nacional, proteção à indústria exportadora, manutenção dos empregos ou da pluralidade dos veículos de mídia (para mencionar alguns).

Não existe uma única forma de inclusão de cláusulas de interesse público no ordenamento. Elas podem ser veiculadas como princípios da lei concorrencial, como diretrizes a serem seguidas pela autoridade ou mesmo como uma etapa autônoma da análise de concentrações.

Também existem variações quando aos modelos institucionais adotados, que dizem respeito ao momento da análise e qual é o agente competente para tanto. Há jurisdições que adotam o modelo *unitário*, no qual as análises concorrenciais e de interesse público são concentradas em uma única autoridade, e outras que adotam o modelo *dual*, separando a análise concorrencial da análise de interesse público para entidades distintas.

É certo que a presença de tais cláusulas, invariavelmente, vem acompanhada de fortes críticas, que atribuem a elas um ganho de subjetividade indesejado no antitruste e a possibilidade de

influência de pressões políticos sobre uma decisão que deveria ser, predominantemente, técnica. Ainda assim, a regra geral parece ser a existência destas cláusulas, mesmo entre países desenvolvidos e membros da OCDE.

Uma hipótese explicativa seria o fato destas cláusulas servirem como uma verdadeira “*válvula de escape*” ao direito concorrencial, para aquelas situações nas quais os instrumentos tradicionais do direito antitruste são considerados insuficientes para abarcar a complexidade das questões políticas, sociais e morais envolvidas (FORGIONI, 2015)<sup>47</sup>. Não por acaso, a grande presença dessas cláusulas levou Frédéric Jenny, ex-presidente da Comitê de Concorrência da OCDE, a afirmar que os critérios de interesse público talvez sejam um “*mal necessário*” (VANE, 2015).

Em relação à experiência brasileira, ela parece indicar uma gradual delimitação dos critérios utilizados pelo CADE, com menor recurso a argumentos como a proteção à indústria nacional, ao nível de empregos e a conceitos indeterminados como “bem comum”, mais centrada em aspectos econômicos e concorrenciais das operações.

Por fim, é oportuna a constatação de que, ao menos no que diz respeito à utilização de cláusulas de interesse público no controle de estruturas, a autoridade brasileira parece estar em patamar menos suscetível à interferência de agentes externos que outras jurisdições, como Alemanha e Espanha, que permitem a agentes políticos (Ministros de Estado) darem a palavra final e decidirem, inclusive, em sentido contrário ao de suas respectivas autoridades concorrenciais.

## BIBLIOGRAFIA

ATHAYDE, Amanda. As três ondas do antitruste no Brasil: A Lei 12.529/2011 e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Portal Jota**. São Paulo, 1 nov. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2GakgOL>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BORK, Robert. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. Nova York: The Free Press, 1978.

BRASIL. [Constituição de 1946]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Brasília: Presidência da República, 1946.

BRASIL. [Constituição de 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Brasília: Presidência da República, 1962.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**. Atos de Concentração nº

<sup>47</sup> É nesse sentido a lição de Forgioni (2015), a respeito da utilização de conceitos flexíveis e indeterminados, pelo antitruste, para adequá-lo às necessidades concretas que se imponham.

08012.005846/1999-12, 08012.004423/2009-18, 08012.011303/2008-96, 08700.004431/2017-16,  
08700.004860/2016-11, 08012.009497/2010-84, 08700.001390/2017-14, 08700.004494/2018-53,  
08700.005719/2014-65, 08700.005937/2016-61, 08700.004085/2018-57, 08700.002155/2017-51,  
08700.007553/2016-83, 08700.006444/2016-49, 08700.006185/2016-56, 08700.010790/2015-41 e  
08700.006185/2016-56.

DAVIES, John; THIEMANN, Ania. **Competition Law and Policy: Drivers of Economic Growth and Development**. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3cRvFi3>. Acesso em: 5 jul. 2019.

ESPAÑA. **Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3liiQAr>. Acesso em: 5 jul. 2019.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOX, Eleanor M. The Efficiency Paradox. **NYU Law and Economics Research Paper**, n. 09-26, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/30t9v0D>. Acesso em: 3 jul. 2019.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

GERMANY TRADE AND INVEST (GTAI). **Guide to Mergers & Acquisitions in Germany**. Berlim: GTAI, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2EUc9Fc>. Acesso em: 3 jul. 2019.

HOVENKAMP, Herbert J. The reckoning of post-Chicago antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; VAN DER BERGH, Roger. **Post-Chicago Developments in Antitrust Law**. Northampton: Edward Elgar, 2002.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **Competition Enforcement and Consumer Welfare**. [S. l.], ICN, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3jsM6nB>. Acesso em: 3 jul. 2019.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies**. Moscou: ICN, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2SjAQhB>. Acesso em: 3 jul. 2019.

JASPER, Eric Hadmann. Paradoxo Tropical: a Finalidade do Direito da Concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, v.7, n. 2, 2019.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 710, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3irqXJb>. Acesso em: 3 jul. 2019.

KHAN, Lina. The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 9, n. 3, p. 131-132, mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3ipN56K>. Acesso em: 5 jul. 2019.

MOLLA, Rani; STEWART, Emily. How 2020 Democrats think about breaking up Big Tech. **Vox**. [S. l.], 5 dez. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3cPfdz2>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MENDES, Francisco Schertel. **O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Competition and Democracy: Paper by Spencer Weber Waller**. Paris: OECD, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2FbCJde>.

Acesso em: 3 jul. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Public Interest Considerations In Merger Control**: Background Note by the Secretariat. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3nhBxfX>. Acesso em: 3 jul. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Public Interest Considerations In Merger Control**: Note by Canada. Paris: OECD, 2016a. Disponível em: <https://bit.ly/3lnChrL>. Acesso em: 3 jul. 2019

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Public Interest Considerations In Merger Control**: Note by Germany. Paris: OECD, 2016b. Disponível em: <https://bit.ly/3lbayKK>. Acesso em: 3 jul. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Public Interest Considerations In Merger Control**: Note by New Zealand. Paris: OECD, 2016c. Disponível em: <https://bit.ly/3nhKvU5>. Acesso em: 3 jul. 2019

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Public Interest Considerations In Merger Control**: Note by the United Kingdom. Paris: OCDE, 2016d. Disponível em: <https://bit.ly/3llMlfw>. Acesso em: 22 ago. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Public Interest Considerations In Merger Control**: Summaries of contributions. Paris: OCDE, 2016e. Disponível em: <https://bit.ly/3llMlfw>. Acesso em: 5 jul. 2019.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: GUERRA, Sérgio Antônio Silva (org.). **Regulação no Brasil**: Uma Visão Multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014. Disponível em [http://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/20](http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20).

SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. **Boston College Law Review**, v. 53, p. 551, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/33oObLF>. Acesso em: 3 jul. 2019

US/EU: Trump Attacks Vestager Over Tech Probes. **Competition Policy International**. 26 jun. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/36n2GBI>. Acesso em: 20 fev. 2020.

VANE, Henry. Public interest clauses may be a necessary evil, says OECD head. **Global Competition Review**. 13 mar. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/36QntOr>. Acesso em: .5 jul. 2019.

VERSIANI, Isabel. Procurador do Cade aprova AmBev, com restrições. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 24 mar. 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2SkNHjt>. Acesso em: 8 jul. 2019.

WARREN, Elizabeth. Here's how we can break up Big Tech. **Medium**. [S. l.], 8 mar. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3cUI700>. Acesso em: 20 fev. 2020.

WRIGHT, Joshua D. et al. Requiem for a Paradox: The dubious rise and inevitable fall of hipster antitrust. **Arizona State Law Journal**, v. 21, n. 1, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/36qYHUB>. Acesso em: 3 jul. 2019.

WU, Tim. **The Curse of Bigness**: Antitrust in the New Gilded Age. Nova York: Columbia Global Reports, 2018.

# 7

## DEFININDO SANÇÕES ÓTIMAS A PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS E CORRUPTAS: A PUNIÇÃO A INDIVÍDUOS POR MEIO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS

*Defining optimal sanctions for anti-competitive  
and corrupt practices: punishment individuals  
through alternative mechanisms*

Renan Cruvinel<sup>1</sup>

### RESUMO

Apesar da elevação das multas e da criação de estratégias mais efetivas de detecção e dissuasão de infrações anticompetitivas, há dúvidas sobre os efeitos dissuasórios da política de defesa da concorrência. Diante disso e da necessidade de se pensar mecanismos de punição que visem a manutenção das empresas, que evitem eventual excesso punitivo e que considerem os eventuais custos sociais das investigações de grande monta, este artigo buscou investigar as sanções disponíveis, segundo sua aptidão para gerar incentivos negativos à prática de cartel, bem como considerou os distintos impactos que a atividade punitiva pode ter em relação a pessoas físicas e jurídicas. Utilizando a análise crítica aplicada das decisões, legislação e doutrina existentes sobre o tema, defende-se a capacidade de sanções alternativas de direcionar as sanções para aqueles efetivamente responsáveis pelas infrações, buscando evitar que eles assumam posições que os permitam reincidir nas práticas, bem como desloquem o impacto da sanção das companhias para pessoas físicas, tornando mais efetivo o poder dissuasório da persecução. Nesse sentido, analisou-se os casos da alienação compulsória de controle, da proibição de exercício de exercer comércio e da desconsideração da personalidade jurídica.

**Palavras-chave:** sanções alternativas; punição a indivíduos; condutas anticompetitivas; corrupção; direito concorrencial.

### ABSTRACT

Despite the increase in fines and the introduction of more effective strategies for detecting and deterring anti-competitive conducts, there are doubts about the deterrent effects of competition policy. In view of this and of the necessity to think punishment mechanisms that aim at the maintenance of companies, that avoid eventual punitive excess and consider the social costs of major investigations, this article sought to investigate the sanctions available, according to their ability to generate negative incentives for the practice of cartels, as well as considering the different

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo e advogado. E-mail: cruvinel.renan@gmail.com.

impacts that punitive activity can have on individuals and legal entities. The paper defend the ability of alternative sanctions to direct sanctions to those actually responsible for the conducts, aiming at prevent them from taking positions that allow them to repeat the practices, as well as shifting the impact of sanctioning from companies to individuals, making the deterrent of persecution more effective.

**Keywords:** alternative sanctions; punishment of individuals; anticompetitive conduct; corruption; competition law; anti-corruption law.

**Classificação JEL:** K21; K0; K22.

**Sumário:** I. Introdução; II. Definição de sanções ótimas; III. A punição a indivíduos por meio de mecanismos alternativos às sanções pecuniárias e ao encarceramento; IV. mecanismos de punição alternativos; IV.1. A alienação compulsória de controle; IV.2. A proibição de exercer comércio; IV.3. A desconsideração da personalidade jurídica; V. Conclusão; VI. Referências Bibliográficas.

## I. INTRODUÇÃO

Apenas em uma de suas sessões de julgamento de novembro de 2018, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) celebrou acordos em seis investigações distintas relacionadas à Lava Jato, que, somados, levaram a um recolhimento de quase novecentos milhões de reais em contribuições pecuniárias. A notícia leva a crer que as autoridades antitruste brasileiras são cada vez mais efetivas na persecução à colusão empresarial. Contudo, questiona-se se os valores das multas e das contribuições pecuniárias recolhidas pelo Cade são, realisticamente, capazes de impedir que outras firmas se envolvam em atividades semelhantes, uma vez que, infelizmente, apesar dos melhores esforços das autoridades responsáveis pela investigação e punição de cartéis, tais práticas, muitas vezes, continuam sendo rentáveis para os criminosos.

Em busca de mecanismos eficientes de dissuasão, Foer e outros (2015), em artigo publicado no *USA Today Weekend*, defendem que é tempo de focar em indivíduos que participaram de cartéis em nome das companhias a que são vinculados, uma vez que, apesar de as empresas serem propriamente responsabilizadas, são os indivíduos que implementam a conduta.

Como meio de punir os infratores e dissuadi-los da prática de cartel, a legislação antitruste brasileira estabelece uma série de sanções aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas que se envolvem na conduta. As penalidades vão desde a imposição de multas, previstas no artigo 37, I a III, da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), até medidas como a proibição de exercício de atividade comercial, conforme se depreende do artigo 38, I a VII, da mesma Lei. Na seara criminal, é possível, ainda, a prisão dos condenados pela prática de cartel.

Apesar de o ordenamento jurídico trazer uma pluralidade de sanções possíveis, o Cade tem privilegiado a aplicação de multas como forma de punir os envolvidos nas condutas anticompetitivas.

Esse caminho seguido pela autoridade antitruste brasileira não se descola de uma tendência global, marcada pelo considerável aumento das sanções pecuniárias impostas, principalmente, às pessoas jurídicas, como sustentam Ginsburg e Wright (2010):

*Antitrust authorities across the world are increasingly concerned with fighting cartels, especially international cartels. Countries previously without cartel prohibitions, including many in Latin America, Asia, and Africa, have in recent years adopted antitrust laws and begun to enforce them. Countries with longstanding cartel prohibitions have adopted corporate leniency policies and increased the resources they dedicate to antitrust enforcement, with the result that more cartels than ever are coming to light and being sanctioned (GINSBURG; WRIGHT, 2010, p. 4).*

A atenção maior às penas pecuniárias tem refletido no aumento dos valores recolhidos pelas autoridades antitruste brasileiras. Ginsburg e Wright (2010), ao analisar o contexto americano e europeu, asseveram que tal aumento se deve à crença de que multas altas aplicadas às empresas infratoras são mais efetivas em dissuadir da prática de cartéis hard-core e usam como exemplo os aumentos verificados nos Estados Unidos e na União Europeia, conforme trecho transcrito a seguir:

*Antitrust laws and enforcement agencies have largely followed the conventional wisdom that the primary cure for insufficient deterrence of hard-core cartel activity, such as price-fixing, is to increase corporate fines. For example, the United States and the European Union have in recent years pointed with pride and a sense of accomplishment to the large and increasing fines levied upon companies that participate in cartels.*

*[...]*

*In both the United States and the EU, the average corporate fine has increased dramatically over the last 15 years. The EU has gone from collecting an average corporate fine of EUR 2 million in 1990-94, to EUR 46 million in 2005-09; U.S. average corporate fines have grown almost a hundredfold from \$480,000 during 1990-94, to \$44 million more recently (GINSBURG; WRIGHT, 2010, p. 4).*

Contudo, apesar da elevação do patamar de sanções aplicadas e da introdução de programas de leniência, que permitiram detectar mais infrações anticoncorrenciais, tais medidas não foram capazes de produzir resultados efetivamente dissuasórios.

Questiona-se quais instrumentos podem complementar outras punições existentes em nível administrativo, penal e civil, com vistas a atingir melhores níveis de dissuasão e a promover uma reconfiguração das instituições, dentre elas o mercado, de maneira a corrigir estruturas que propiciam, incentivam ou toleram excessivamente práticas ilícitas. Para tanto, deve-se buscar aqueles instrumentos que, para além da punição financeira ou do encarceramento, possuam maior poder dissuasório, contribuindo para a aplicação de penalidades mais adequadas.

Nesse sentido, o presente artigo, por meio da análise crítica aplicada das decisões, legislação e doutrina existentes sobre o tema, buscará investigar os instrumentos jurídicos sancionatórios disponíveis, segundo sua aptidão para gerar incentivos negativos à prática de cartel, bem como considerará os distintos impactos que a atividade punitiva pode ter em relação a pessoas físicas e jurídicas. A investigação partirá da definição do conceito de sanções ótimas, passará pela análise do papel da punição a indivíduos, para então apresentar exemplos de mecanismos de punição diferentes das sanções pecuniárias e do encarceramento, notadamente a alienação compulsória de controle, a proibição de exercer comércio e a desconsideração da personalidade jurídica, que podem ser eficientes para a dissuasão a cartéis.

## II. Definição de sanções ótimas

A importância da discussão deriva da necessidade de pensar mecanismos de punição que visem a manutenção das empresas, que evitem eventual excesso punitivo e que considerem os eventuais custos sociais das investigações de grande monta. Algo que tem reforçado a importância do tema é o protagonismo da política de combate a cartéis na agenda governamental e, conseqüentemente, nas investigações acadêmicas, dados os impactos sociais provocados pelas infrações.

A busca por instrumentos capazes de impedir o cometimento de condutas ilícitas e corrigir as distorções econômicas causadas por elas é objeto perene de investigação do Direito. Ela tem como um dos principais trabalhos o de Becker (1968), que colocou em xeque as conclusões de Beccaria (2006) de que a pena ótima deveria ser baseada apenas no ganho do infrator, ou seja, no lucro obtido com a infração, e transferiu a atenção para o dano causado pela conduta.

A regra criada por Becker foi aperfeiçoada por Polinsky e Shavell (1999), que adicionaram à discussão os valores dos recursos poupados pelo descumprimento da lei.

A literatura sobre o tema sustenta, ainda, que deveriam ser levados em conta os custos associados à aplicação da lei, conforme defendido em trabalho de Ginsburg e Wright (2010), detalhado a seguir.

Ao investigarem o que define uma sanção ótima, Ginsburg e Wright (2010) asseveram que as sanções antitruste podem se dirigir a dois alvos, quais sejam, a empresa envolvida na conduta e as pessoas físicas a ela vinculadas. Apesar de a personalidade jurídica ser o principal sujeito da atividade sancionatória, a punibilidade de indivíduos garante a elevação do potencial dissuasório da sanção, na medida em que expõe aqueles que são efetivamente responsáveis por implementar a conduta infratora (SANTOS, 2016).

Não somente da Lei podem surgir sanções antitruste, mas também do próprio mercado, uma vez que os agentes que praticaram a infração podem sofrer impactos sobre suas reputações e seus negócios, o que gera um efeito dissuasório (GINSBURG; WRIGHT, 2010). Tendo em vista essas características que marcam a legislação antitruste, é necessário discutir quais são os contornos de uma sanção ideal.

Os citados autores acreditam que a determinação da sanção ideal para fixação de preços (e outras atividades de cartel) deve ser guiada por dois princípios fundamentais. Em primeiro lugar, a sanção total deve ser grande o suficiente, mas não maior que o necessário, para tirar o lucro da fixação de preços. Se o lucro líquido esperado da fixação de preços, subtraídas as eventuais sanções legais, for positivo, isto é, se a fixação de preços for lucrativa, então o mercado irá produzi-la.

Quando a conduta é lucrativa para a empresa e, portanto, aumenta o preço de suas ações, é mais provável que tanto a empresa quanto o perpetrador individual sejam recompensados em vez de penalizados pelo mercado, aumentando, assim, a sanção total necessária para fornecer a dissuasão ideal (SANTOS, 2016).

Esse ponto ilustra as interações complexas entre sanções corporativas e individuais. Com uma sanção corporativa devidamente calibrada, as penalidades de reputação impostas à corporação e a seus agentes reduzirão as multas individuais e as sentenças de prisão necessárias para alcançar o nível desejado de dissuasão (GINSBURG; WRIGHT, 2010). Por outro lado, se a sanção corporativa

exceder esse nível, então corre-se o risco de a dissuasão ser excessiva ao fornecer um incentivo para monitoramento corporativo excessivo, o qual gera gastos de conformidade que são, finalmente, repassados aos consumidores na forma de, por exemplo, preços mais altos (GINSBURG; WRIGHT, 2010).

Em segundo lugar, os indivíduos responsáveis pela atividade do cartel, sejam eles envolvidos, cúmplices ou negligentes na prevenção do esquema de fixação de preços, devem receber um desincentivo suficiente para desencorajá-los de exercer essa atividade (BAKER, 2001).

Em relação ao primeiro princípio, nota-se que deve haver uma relação expressa, na multa, entre sanção e lucratividade da conduta, de forma que a primeira deve ser dimensionada para anular os ganhos obtidos. Não se verifica, portanto, uma relação direta entre aumento da penalidade pecuniária e desincentivo à infração. Tal visão é corroborada, por exemplo, por Veljanovski (2007), que afirma que uma multa só seria dissuasória se fosse capaz de tornar a fixação de preços não-lucrativa.

Além disso, Ginsburg e Wright (2010) afirmam que as sanções também possuem um caráter reputacional e, por tal razão, defendem que é fundamental que sejam dirigidas, especificamente, aos responsáveis pela infração, mais do que aos superiores hierárquicos, já que poderiam afetar negativamente a reputação de indivíduos não envolvidos<sup>2</sup>.

Assim, mais do que o simples aumento das multas – especialmente daquelas impostas às empresas – dever-se-iam buscar critérios objetivos para determinar a imposição de sanções, tendo em vista o aperfeiçoamento de sua aptidão para gerar incentivos negativos à prática de infrações.

Outro fator que se deve considerar é o custo social das condutas ilícitas. Nesse aspecto, a sanção deve ser capaz de cobrir o dano social gerado pela infração. A análise econômica das melhores sanções legais e punições criminais baseia-se na visão fundamental de que as penalidades devem ser suficientes para induzir os infratores a internalizar o custo social total de seus crimes (GINSBURG; WRIGHT, 2010).

Em um cenário simples, em que a detecção de crimes e a aplicação da lei são ambas perfeitas (probabilidade de punição = 1) e sem custos, a sanção ideal será igual ao dano social total do crime. No cenário mais realista, em que as probabilidades de detecção e punição são menos do que perfeitas e os custos de execução são positivos, as penalidades ótimas devem exceder o custo social do crime, de modo que a sanção esperada de cada infrator em potencial seja igual ao dano causado por ele (GINSBURG; WRIGHT, 2010).

Entretanto, isso não permite que a autoridade antitruste aplique penas desarrazoadas, de forma que se deve observar uma relação de proporcionalidade com as probabilidades de descoberta da conduta e de sucesso na ação persecutória. A imposição de penas acima de um patamar que

2 Nesse sentido, afirmam Ginsburg e Wright: “Um esquema de penalidade que seja fiel ao primeiro princípio implica que pelo menos parte do desincentivo para o indivíduo responsável será baseado no mercado; as perspectivas de carreira para um corretor de preços condenado devem ser diminuídas, e certamente não aumentadas, por seu histórico de fixação de preços. Como as sanções de reputação provavelmente são altamente imperfeitas, é importante que a sanção seja direcionada diretamente aos indivíduos responsáveis, e não aos seus empregadores. As sanções também devem ser proporcionais à culpa. Ou seja, o perpetrador individual deve enfrentar uma sanção mais grave do que o diretor ou o oficial que negligentemente supervisionou o perpetrador. Note que, embora o primeiro princípio se concentre em calibrar as sanções para o nível ótimo de dissuasão, o segundo princípio enfatiza a alocação eficiente ou combinação de capital dissuasivo entre a corporação e os indivíduos que agem em seu nome” (GINSBURG; WRIGHT, 2010, p. 5).

garde correlação com o dano da conduta, com os ganhos do infrator e com a detecção da conduta pode promover efeitos socialmente indesejáveis.

Kobayashi (2001) fala do fenômeno da “*overdeterrence*”, em que sanções exageradamente altas podem dissuadir agentes econômicos de praticar condutas eficientes e lícitas diante do medo de que suas práticas sejam consideradas infrações. Assim, o intuito de gerar incentivos negativos à formação de cartéis acaba por apresentar efeitos colaterais, mitigando eventuais ganhos obtidos pela repressão aos danos sociais causados pelas condutas anticompetitivas<sup>3</sup>.

No mesmo sentido, Wils (2006) defende que há um limite para a 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. Segundo ele, multas demasiadamente elevadas podem levar as empresas infratoras à falência, resultando em indesejáveis efeitos sociais e econômicos ao mercado como um todo e levando a uma justiça desproporcional<sup>4</sup>.

Ginsburg e Wright (2010), por sua vez, reconhecem a possibilidade de eventual inibição de condutas eficientes e entendem que é necessária a restrição da incidência da tutela penal sobre as atividades características dos cartéis, mas, por outro lado, sustentam que não há evidências concretas de que esse processo efetivamente ocorre.

Uma segunda fonte potencial de excesso de dissuasão envolve custos de agência, gastos que decorrem de conflitos de interesse existentes em uma organização. Uma empresa incorre em custos de agência na medida em que seus incentivos divergem daqueles que enfrentam seus funcionários e agentes. Como os custos de agência criam um ambiente que facilita a conduta criminosa dos funcionários da empresa, as multas corporativas destinam-se a fornecer um contraincentivo para a corporação monitorar, detectar e prevenir crimes cometidos por seus agentes (KOBAYASHI, 2001).

Se a multa for maior do que o custo social total do crime, no entanto, induzirá a empresa a realizar investimentos excessivos, ou seja, socialmente ineficientes, em monitoramento e prevenção (GINSBURG; WRIGHT, 2010)<sup>5</sup>. De fato, os custos sociais dos gastos de monitoramento e conformidade feitos em resposta a um aumento das multas antitruste aumentam os custos marginais e podem ser repassados aos consumidores na forma de preços mais altos (KOBAYASHI, 2001).

A atenção aos custos de agência na determinação da multa antitruste ideal traz à luz a prin-

3 Segundo Kobayashi: “Under optimal penalties theory, excessive expected penalties must be avoided. The effects of higher than optimal penalties are collectively called overdeterrence. Overdeterrence can result when socially efficient behavior is deterred, e.g., when the benefits of the deterred crime would have outweighed the costs. In addition, socially efficient behavior can be deterred when there is a possibility of legal error, i.e., when the criminal law is erroneously applied to legal behavior. Finally, higher than optimal penalties induces corporations to make excessive expenditures on avoidance of sanctions, and detecting violations by their agents. This latter cost is especially relevant when considering corporate criminal liability” (KOBAYASHI, 2001. p. 21).

4 Contudo, ao discutir a teoria e a prática das sanções antitruste ótimas, Wils (2006) alerta que considerou, na sua análise, que as multas a empresas eram a única sanção usada para deter violações antitruste, ou seja, que elas não estavam combinadas com punições a indivíduos, como encarceramento ou penas individuais. Por isso suas conclusões não são usadas, aqui, de maneira aprofundada.

5 “The firm may also have an incentive to increase investments in avoiding detection and conviction. These investments, in turn, reduce the probability of cartel detection and increase the level of the optimal sanction”. Ver, também: SNYDER, Edward A., The effect of higher criminal penalties on antitrust enforcement. **The Journal of Law & Economics**, v. 33, n. 2, p. 439-462, 1990.

cipal distinção entre o nível de penalidades requeridas para a dissuasão ótima e a alocação eficiente dessas penalidades entre a corporação e seus agentes. O modelo simples de multas antitruste ótimas ignora essa distinção, bem como várias outras complicações<sup>6</sup>.

Ainda, outros aspectos como as preferências de risco dos indivíduos, a possibilidade de erro legal e os custos incorridos pelas corporações demandadas em ações privadas por danos também são relevantes para identificar multas antitruste ótimas, porque eles também influenciam o comportamento da empresa.

### III. A punição a indivíduos por meio de mecanismos alternativos às sanções pecuniárias e ao encarceramento

Considerando que atos anticompetitivos são cometidos por indivíduos que agem em nome de uma corporação, um bom caminho para evitá-los seria ameaçar tais indivíduos diretamente com sanções. Especialmente se se considera que sanções a empresas raramente são suficientemente altas para a dissuasão da prática de cartéis. Nesse caso, e como já aqui defendido, as sanções a pessoas físicas poderiam, então, complementá-las<sup>7</sup>.

Apesar de não haver evidência sistemática que prove os efeitos dissuasórios de sanções contra indivíduos, há uma tendência de aceitar como autoevidente que sanções a pessoas físicas podem ser parte de um *enforcement* mais efetivo contra infrações como os cartéis (OECD, 2003).

Tal posicionamento não recebe adesão uníssona da doutrina. Por exemplo, Posner (1980) defende que, em última instância, sanções contra indivíduos deveriam ser evitadas, uma vez que medidas podem ser impostas a empresas e, quando suficientemente altas, podem levar tais empresas a tomar providências efetivas de monitoramento sobre seus representantes, gerando os efeitos dissuasórios necessários.

Além de ser instrumento para aumentar os níveis de dissuasão, as sanções contra os indivíduos também podem ser um poderoso incentivo para que estes revelem informações sobre as infrações existentes e cooperem com eventuais investigações. Elas podem, assim, criar uma maior probabilidade de que alguém se desvie de um arranjo de cartel ou de um esquema de corrupção, ofereça informações e coopere, inclusive nos casos em que já há uma investigação em andamento. Como resultado, os programas de acordo das diferentes autoridades reguladoras tornar-se-iam mais eficazes.

O fato de passar um tempo na prisão pode, também, ser um poderoso impedimento para os empresários considerarem entrar em um acordo anticompetitivo. Contudo, no Brasil, apesar de as condutas serem criminalizadas, poucos indivíduos são, de fato, submetidos ao sistema de encarceramento.

Nesse contexto, questiona-se se os incentivos negativos à colusão entre concorrentes gera-

6 Ver: ALEXANDER, Cindy R. On the nature of the reputational penalty for corporate crime: evidence. **Journal of Law and Economics**, v. 42, n. S1, p. 489-526, 1999. Ver, também: KARPOFF, Jonathan M.; LOTT JUNIOR, John. R. The reputational penalty firms bear from committing criminal fraud. **Journal of Law and Economics**, v. 36, n. 2, p. 757-802, 1993.

7 Por exemplo, em: OECD. **Cartel sanctions against individuals**: policy roundtables. Paris: OECD, 2003.

dos pelas sanções criminais são suficientes para a dissuasão.

Apesar de pesquisas mostrarem que as sanções prisionais são aquelas que mais preocupam empresários e executivos (OFT, 2007), a aplicação de penas de prisão, no que tange à persecução criminal de cartéis, apresenta resultado questionável enquanto elemento dissuasório da sanção, como apontam Ginsburg e Wright (2010).

Com efeito, altos índices de reincidência indicam que as sanções criminais não têm sido mecanismo dissuasório capaz de impedir que os cartéis aconteçam. Não há indicação de que o aumento dramático tanto das multas corporativas quanto da duração média das sentenças de prisão tenha resultado em um declínio significativo na atividade do cartel (OFT, 2007).

É improvável que as multas corporativas detenham, com eficiência, a conduta de um indivíduo, pois ele não internalizará quase nada da multa imposta contra seu empregador. Embora seja impossível quantificar o impacto, se houver, do aumento das sanções criminais antitruste sobre os comportamentos colusivos, os dados disponíveis sugerem que as penalidades atuais têm impacto limitado (OFT, 2007).

Para além da elevada taxa de reincidência, a análise da capacidade de desincentivo da pena em relação à conduta considera, também, as possibilidades de descoberta do cartel. Vale dizer, a sanção torna-se mais ameaçadora quanto mais provável é a detecção da conduta pelas autoridades. Ginsburg e Wright (2010) apontam uma média de menos 30% de detecção, ao passo que Veljanovski (2007) assume valores entre 10% a 1/7 dos cartéis.

No contexto brasileiro, Martinez (2013) alinha-se ao seu raciocínio no sentido de que multas elevadas associadas a baixas probabilidades de descoberta do cartel não aumentam a dissuasão, pelo contrário, têm eficácia declinante e reduzido efeito dissuasório incremental.

A autora reitera a ineficiência, em termos dissuasórios, de se aplicarem sanções demasiadamente severas diante de baixas probabilidades de detecção:

*Dado o objetivo de minimizar a conduta infrativa indesejada, empregar a dissuasão mediante tutela penal é eficiente? Qual é a combinação normativa que minimiza a prática e maximiza o bem-estar social, de forma mais efetiva e menos custosa? Por vezes, a resposta implicará alguma medida de tutela penal e por vezes não. Para que possamos chegar à resposta adequada no caso da repressão aos cartéis, precisamos explorar a moldura teórica que nos permite chegar à conclusão central deste trabalho.*

[...]

*A “análise econômica do direito penal” traz modelo que tenta organizar as categorias descritivas acerca de como, exatamente, agentes potenciais de uma conduta imputável computam seus potenciais benefícios (isto é, os frutos do crime) vis-à-vis seus potenciais custos, nos dando elementos para concluir pela necessidade ou não da norma. O “custo esperado do crime” para o potencial infrator vem de diversas fontes: a eventual multa, a pena privativa de liberdade [...] e o estigma social da condenação. Aos que creem que esse último fator – o do estigma – é intangível e de difícil mensuração, basta lembrar que a renda esperada do criminoso deve ser drasticamente reduzida em decorrência da condenação – há menor acesso ao mercado de trabalho, “preconceito”, além de restrição regulatória a determinadas carreiras (MARTINEZ, 2013, p. 64-65).*

Do trecho transcrito, depreende-se que a tutela penal, enquanto modelo de persecução do crime de cartel, produz consideráveis efeitos reputacionais, descritos no que a autora chama de “estigma social”, especialmente em se tratando da pena de encarceramento. Não se nega, portanto, que a possibilidade de restrição de liberdade possa ser um grande desincentivo à prática colusiva, porém o agravamento das penas aplicáveis não se mostra uma alternativa viável enquanto método de aumento do poder dissuasório da atividade sancionatória em matéria antitruste.

O efeito de impor um maior ônus da prova no âmbito penal torna mais difícil a obtenção e valoração de provas em certas circunstâncias, uma vez que se aplicam salvaguardas processuais adicionais nas investigações criminais. Parece menos certo que determinadas sanções contra indivíduos, incluindo, por exemplo, multas, impedimento de que os indivíduos exerçam atividade profissional ou administrem empresas, perda de licenças necessárias para fazer negócios, prestação de serviço comunitário e a obrigatoriedade de publicar o fato de uma violação das leis de concorrência tenham fortes efeitos dissuasivos (OECD, 2003).

Caso os acionistas possam ser penalizados, especialmente os controladores, eles próprios exigirão medidas para que a firma não cometa ilícitos anticompetitivos. Eis, então, uma possibilidade de irradiação pedagógica de penalidades do direito da concorrência, por uma via transversa que não a aplicação direta de multa à empresa (BRAGA, 2017).

Isso reflete a importância de se pensarem mecanismos que alinhem o interesse público e o interesse privado na prevenção de participação em eventuais ilícitos econômicos, o que leva ao seguinte questionamento: em que medida o *enforcement* público contra indivíduos é mais eficiente, por exemplo, que um sistema interno de monitoramento e punição? (BUCCIROSSI; SPAGNOLO, 2005).

Conclui-se que é preciso inserir um custo de transação ilícita, isto é, impor aos infratores um custo maior que os benefícios da conduta, a fim de desestimular comportamentos futuros. Se há mais custos que benefícios, é mais provável que o agente seja dissuadido. Esse tipo de direcionamento em relação a comportamentos também decorreria do incremento no nível e na abrangência das penalidades. As penalidades de natureza não pecuniária, nesse contexto, podem ser capazes de restaurar a concorrência sem a imposição de medidas monetárias vultosas, e cumprindo a sua finalidade dissuasória. Muitas vezes, a intervenção estatal pode ensinar o comportamento socialmente esperado e, com isso, ser mais eficaz e eficiente que a aplicação sucessiva de multas pelo mesmo desvio (STIGLITZ, 2009).

Trocar ou afastar integrantes da gerência de uma firma, por exemplo, pode ser uma opção eficiente no que se refere não apenas à punição, mas também à cessação da conduta ilícita. Mecanismos como a alienação compulsória de controle e a proibição de exercer o comércio, *e.g.*, poderiam ser usadas como formas de penalizar infratores, alternativas às sanções pecuniárias e ao encarceramento. Tais mecanismos de dissuasão atingiriam aqueles que, na maioria dos casos, são os efetivos orquestradores da conduta e que agem como *longa manus* da empresa, e alcançariam mais diretamente o indivíduo causador do cartel do que a pessoa jurídica em si (BRAGA, 2018).

#### IV. Mecanismos de punição alternativos

Tendo em vista a necessidade de se identificarem mecanismos alternativos de punição, uma

vez que o aumento no valor das penas impostas, somado ao encarceramento, não é suficiente, é necessário buscar mecanismos alternativos de punição que levem em conta as conclusões até aqui trazidas.

Nesse contexto, as discussões acerca de sanções capazes de reduzir o impacto imediato sobre a atividade econômica, sem comprometer a eficácia das políticas de combate às condutas ilícitas, vêm ganhando cada vez mais destaque no Brasil e no mundo.

Foer e outros (2015), ao analisarem a atuação do *Department of Justice* dos EUA, apontam algumas medidas orientadas no sentido de aprimorar os instrumentos de persecução a cartéis.

A primeira delas é a inclusão, nos acordos de delação com empresas, da obrigação de não contratar ninguém que tenha sido condenado por prática de cartel. A segunda proposta é a exigência de que as pessoas físicas condenadas não tenham suas multas pagas pelas empresas, direta ou indiretamente. Por fim, nos acordos de delação com indivíduos, sugere-se que sejam inseridas cláusulas que impeçam os signatários de assumir cargos de diretoria ou administração em empresas de capital aberto (FOER *et al.*, 2015).

Ainda, dentre os mecanismos tidos como alternativas possíveis, estão a alienação compulsória de controle, a proibição de exercer o comércio e a desconsideração da personalidade jurídica, que serão brevemente discutidos a seguir. Não se pretende analisar, aqui, em que medida tais mecanismos devem ser utilizados e quais os efeitos de sua utilização, mas apenas dar exemplos de mecanismos alternativos que poderiam ser adotados, com efeitos potencialmente positivos na dissuasão de condutas ilícitas como os cartéis.

#### IV.1. A alienação compulsória de controle

A alienação compulsória de controle tem sido referida, por Frazão (2018), como medida eficaz contra ilícitos econômicos, em razão de modificar a estrutura de mercados viciados, promovendo a entrada de novos agentes e oxigenando o mercado com novas práticas, ao mesmo tempo em que assegura a manutenção da empresa e o cumprimento de sua função social.

No mesmo sentido, Comparato e Salomão Filho (2014) defendem que controladores, de direito ou de fato, possam ser punidos em situações em que o controle seja exercido em sentido contrário à sua função social, como nos casos envolvendo condutas ilegais, com a perda desse controle, mediante a sua expropriação em proveito de outro empresário.

A troca do controle poderia ser um instrumento eficaz não apenas para assegurar a alteração estrutural do mercado afetado pela corrupção ou pelo cartel, ao promover a entrada de novos agentes e a oxigenação do mercado com novas práticas, mas também a manutenção da empresa e o cumprimento de sua função social<sup>8</sup>.

A transferência de controle retiraria do transgressor seu principal instrumento de violação da norma – o poder de controle – e, ao mesmo tempo, impediria a sua influência determinante sobre

8 Por exemplo, em: FRAZÃO, Ana. Arquitetura da corrupção e as relações de mercado. **Portal JOTA**. São Paulo, 30 maio 2016; FRAZÃO, Ana. Os complexos impasses dos acordos de leniência. **Valor Econômico**. São Paulo, 9 ago. 2017; FRAZÃO, Ana. Companhias abertas e ações de indenização movidas por investidores. **Portal JOTA**. São Paulo, 21 fev. 2018.

a empresa, o que forçaria uma mudança na cultura organizacional da empresa e evitaria que a conduta se repetisse.

Tal mecanismo é hoje previsto em proposta (BRASIL, 2016) de alteração da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção – LAC) (BRASIL, 2013), para prever a alienação<sup>9</sup> compulsória do controle<sup>10</sup> acionário da pessoa jurídica infratora, mantendo a continuidade do negócio, do contrato administrativo ou da

9 Art. 254-A da Lei nº 6.404/76. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. § 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade. § 2º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o caput, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais. § 3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o caput. § 4º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários a opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle (BRASIL, 1976).

10 Art. 116 da Lei nº 6.404/76. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender (BRASIL, 1976).

prestação do serviço na Lei.<sup>11</sup>

A possibilidade de alienação compulsória do controle societário já era prevista no sistema jurídico brasileiro na Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, que institui o Sistema Financeiro Nacional, que buscou compatibilizar, em sentido amplo, a Lei com a função social da empresa (BRASIL, 1997).

A mudança legislativa baseia-se em proposta formulada pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), no sentido de acrescentar, dentre outros dispositivos, o inciso V no artigo 19 da Lei Anticorrupção, com o objetivo de permitir que seja imposta a alienação compulsória do controle societário para pessoa jurídica ou física sem envolvimento nos ilícitos. Para tanto, a proposta parte do entendimento de que não se pode admitir que uma determinada sociedade empresária tenha seus quadros principais cooptados por eventual organização criminosa e, com isso, prejudique a livre concorrência, a correta prestação de serviços públicos e outros direitos, buscando assegurar o efeito pedagógico da sanção e prevenir novas práticas correlatas.

A proposta defende que, no contexto das grandes investigações que têm ocorrido recentemente, o debate sobre a função social da empresa e a importância de sua preservação vem ganhando espaço e relevância. Assim, com o intuito de assegurar a continuidade do negócio, do contrato administrativo ou da prestação de serviço público, bem como a manutenção de pastas de trabalho, ou para atender a outra razão econômica de relevante interesse público, recomendou-se a adoção, no âmbito da LAC, da possibilidade de transferência do controle societário para pessoa jurídica ou física sem envolvimento nos fatos em apuração, como alternativa às formas restritivas de direitos das sanções aplicáveis (ANPR, 2016).

11 As conclusões a que se chega, aqui, não se restringem às infrações concorrenciais e podem ser estendidas, por exemplo, à seara do combate à corrupção. Conforme defendem Buccirosi e Spagnolo (2007), as características peculiares dos cartéis também são típicas de outras infrações a múltiplos agentes, incluindo conluio entre auditores e gerentes ou entre reguladores e firmas regulamentadas, corrupção e fraude em larga escala, máfia, terrorismo e formas análogas de crime organizado, e a maioria dos tipos de comércio ilegal. Como acontece com os cartéis, todas essas atividades ilegais de múltiplos agentes não podem depender de contratos explícitos impostos pelo sistema legal. Portanto, os arranjos devem assumir a forma de relacionamentos criminosos dinâmicos de longo prazo, em que considerações de reputação e contratos implícitos substituem a contratação explícita. Além disso, defendem os autores que as políticas públicas contra os cartéis e outras formas de crime organizado e corporativo podem tirar proveito de suas características essenciais e combatê-las, solapando a estabilidade dos acordos implícitos nos quais se baseiam.

Ademais, existe uma relação evidente entre corrupção e concorrência. A primeira é vista como um importante fator de distorção dos mercados, uma vez que pode substituir critérios de eficiência e competição em razão do mérito por, por exemplo, critérios como o da proximidade política ou o da compra de facilidades. Os atos corruptos são objeto, portanto, tanto do Direito da Concorrência quanto do Direito Anticorrupção, uma vez que se desenvolvem no âmbito da relação entre o poder público e os agentes privados, e que são capazes de gerar rent-seeking. Considera-se, pois, que a corrupção é capaz de criar custos de transação excessivos e desnecessários, que, a depender do grau, criam ou aumentam barreiras à entrada nos mercados ou geram entraves que dificultam ou impossibilitam a rivalidade. Nesse contexto, à medida que a corrupção aumenta as barreiras, aumentam os incentivos à corrupção e vice-versa, em um círculo vicioso, estimulando a concentração de poder econômico. Combater atos com efeitos deletérios ao mercado, como a corrupção, nesse sentido, causaria efeitos positivos e desejáveis no ambiente competitivo. David Lewis indica, ainda, que há uma relação de causalidade dupla entre esses dois valores. Assim, mercados pouco competitivos levariam a mais corrupção, enquanto que mercados mais competitivos diminuiriam a corrupção (A relação entre política de defesa da concorrência e a política de combate à corrupção já foi objeto de análise de, por exemplo: OECD. **Fighting hard-core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes**. Paris: OECD, 2002; STEPHAN, Paul B. Regulatory Competition and Anticorruption Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 53, p. 53-70, 2012; BASU, Kaushik; MCGAVOCK, Tamara; ZHANG, Boyang. **When competition corrupts: a theoretical analysis of market structure and the incidence of corruption**. Washington, DC, Estados Unidos: The World Bank, 2013; ROSE-ACKERMAN, S. (ed.). **International handbook on the economics of corruption**. Cheltenham Glos, Inglaterra: Edward Elgar, 2006. v. 1.)

Sanções não pecuniárias como a alienação compulsória de controle já são autorizadas pelo Direito Antitruste<sup>12</sup>. O art. 38 da Lei nº 12.529 (BRASIL, 2011) enumera diversas hipóteses de intervenção direta do Estado como mecanismo de defesa da concorrência. Esses mecanismos são chamados de remédios antitruste e buscam, em regra, resgatar o *status quo ante* do mercado onde ocorreram as práticas anticompetitivas<sup>13</sup>. A alienação compulsória de controle é vista como um dos possíveis remédios antitruste, aplicável a grandes corporações infratoras, com vistas a afastar o indivíduo infrator da gestão empresarial.

É importante lembrar que esse tipo de medida não caracterizaria, automaticamente, expropriação, já que o poder de controle pode ser precificado por ações – não só do bloco de controle, como também de valores e direitos mobiliários que tenham o potencial de ser convertidos em ações. Tais ações têm um valor monetário, que acabará sendo absorvido pelo detentor anterior do controle, seguindo, nesse particular, o mesmo raciocínio do desinvestimento determinado pela autoridade antitruste. A lógica de funcionamento e justificação é bem semelhante à da venda de ativos. Dessa forma, não há prejuízo patrimonial, porque tal alienação é, geralmente, onerosa e representa um novo arranjo empresarial que privilegia boas práticas e extirpa vicissitudes do meio empresarial (BRAGA, 2018).

Contudo, o mais próximo que o Cade chegou de aplicar uma medida como essa, guardadas as devidas distinções de cunho societário, foi ao determinar a terceirização da administração corporativa (BRAGA, 2018).

Os remédios estruturais já foram aplicados em casos de cartel pelo Cade tanto no âmbito da negociação de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) quanto em condenações. Em TCCs, foram utilizadas, pelo menos, a terceirização da gestão compartilhada de infraestrutura, no caso do suposto cartel da areia<sup>14</sup>, e a venda de ativos no suposto cartel dos combustíveis do DF<sup>15</sup>. Já em condenações, utilizaram-se, pelo menos, a venda de ativos e outros remédios estruturais, no caso do cartel do cimento<sup>16</sup>, e a cisão de ativos no caso de negociação coletiva por sociedade de cooperativas<sup>17</sup>.

No cartel do cimento, o entendimento do então Conselheiro Alessandro Octaviani, relator do caso, foi acolhido pelo Tribunal Administrativo do Cade para decidir que

12 A OCDE, por exemplo, afirma que a aplicação de sanções ainda é uma questão aberta diante da necessidade de obtenção de um suficiente efeito dissuasório (OECD. **Fighting hard-core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes**. Paris: OECD, 2002). Há quem afirme, ainda, que as sanções não pecuniárias retratam uma das formas que o Estado tem de forçar a reorganização de mercados, inclusive quando o interesse público conflita com o interesse particular sobre uma determinada forma de organização industrial (FLIGSTEIN, 2001). Por outro lado, há quem afirme que “finalmente, por mais condenável que tenha sido a infração à ordem econômica, o CADE não pode, por meio da sanção não pecuniária, impedir que um agente econômico exerça o direito constitucional da liberdade de iniciativa e competição – é um limite intransponível porque a própria finalidade essencial da autarquia antitruste consiste em assegurar o exercício deste direito” (COELHO, 2015).

13 Por exemplo, em: WALLER, Spencer Weber. The past, present, and future of monopolization remedies. **Antitrust Law Journal**, v. 76, n. 1, 2009; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.

14 CADE. **Processo Administrativo 08012.004430/2002-43**.

15 CADE. **Inquérito Administrativo 08012.008859/2009-86**.

16 CADE. **Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79**.

17 CADE. **Processo Administrativo 08012.002706/2009-25**.

*Faz[ia]-se necessária, portanto, uma alteração estrutural no mercado que produza mudanças nas estratégias concorrenciais das empresas, propiciando entradas que tragam concorrência verdadeira para o setor. Somente a aplicação de multa seria de todo ineficaz. As empresas pagariam e ver-se-iam nas mesmas condições estruturais em que estavam antes, diante das mesmas possibilidades. O mercado continuaria o mesmo, sem pressão características acima detalhadas, podendo, inclusive, assistir-se o triste espetáculo de o cartel, mais uma vez, organizar-se para comprar possíveis concorrentes. Assim, para o alcance do objetivo constitucional de instituir, como instrumento da economia brasileira, um cenário concorrencial nos mercados em análise, devem ocorrer também medidas de cunho estrutural, fazendo incidir as hipóteses previstas na Lei de Regência, artigo 38, pois são duplamente exigidos pela “gravidade dos fatos” e pelo “interesse público geral” a “cisão de sociedade, transferência de controle acionário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade”<sup>18</sup>*

A alienação compulsória de controle no contexto antitruste, contudo, ainda não foi pesquisada de maneira sistemática e individualizada no Brasil. Destarte, esta pesquisa pretende contribuir para o debate, podendo ser útil para orientar os aplicadores da norma e as demais partes atingidas sobre o cabimento e a pertinência da alienação compulsória de controle no contexto antitruste e anticorrupção. Para tanto, ela partirá de alguns pressupostos valorativos acerca de discussões que serão abordadas ao longo do desenvolvimento do estudo, descritos brevemente abaixo.

#### **IV.2. A proibição de exercer comércio**

Como se mostrou em oportunidade anterior, a Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) prevê, no art. 38, VI, a possibilidade de aplicar a sanção de proibir o condenado de “exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 anos”. Trata-se de sanção correlata ao que a doutrina estrangeira chama de “*debarment*”, a exclusão de indivíduos responsáveis pela prática do cartel das posições que os permitam praticar tais infrações. A remoção de infratores de seus cargos e a proibição de exercício de funções semelhantes podem mostrar-se alternativas eficientes, em termos de poder dissuasório, quando comparadas ao aumento de penas pecuniárias ou à imposição de sanções penais.

Institutos jurídicos nesses moldes têm surgido em diversas legislações antitruste mundo afora, como na Austrália, na África do Sul, no Reino Unido e na Suécia. Os EUA adotam instrumentos sancionatórios semelhantes em matéria da *Securities Exchange Commission* (GINSBURG; WRIGHT, 2010).

A desqualificação dos infratores de seus cargos é medida que tem o condão de evitar a reincidência, garantir os efeitos dissuasórios da sanção e esquivar-se dos efeitos deletérios da aplicação excessiva de multas, principalmente às pessoas jurídicas. Quanto a esse último elemento, cabe ressaltar que a sanção pecuniária excessiva pode inviabilizar a atividade de agentes econômicos eficientes, prejudicando o mercado e os consumidores, além de possuir baixo impacto no sentido de desincentivar a conduta, posto não atingir aqueles que de fato a implementam (MARTINEZ, 2013).

Dessa forma, Ginsburg e Wright (2010) ressaltam que esse tipo de penalidade assegura a

18 Voto do Conselheiro Alessandro Octaviani. CADE. **Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79**. 2014.

manutenção da empresa, além de possuir um significativo efeito reputacional, o que potencializa sua capacidade dissuasória. Já Martinez (2013) faz a objeção de que esse tipo de sanção pode deixar impunes indivíduos que não pertenciam ao alto escalão, mas que concorreram para a prática da infração. Entretanto, a proposta dos primeiros parece abranger igualmente funcionários das empresas cartelizadas que não integrem órgãos de direção:

*Apesar de a imposição de penas criminais a diretores ou a oficiais poder promover incentivos para prevenir a fixação de preços, faz mais sentido visar atingir os empregados que efetivamente fixem preços, por duas razões. Em primeiro lugar, o empregado é diretamente responsável pela fixação dos preços; sancionar o diretor ou o executivo dissuade a fixação de preços apenas se ele é apto a impedir o empregado. Em segundo lugar, pelo fato do empregado ter menos a ganhar com a fixação de preços que o diretor ou executivo, demanda-se uma sanção menos grave para dissuadir sua conduta (GINSBURG; WRIGHT, 2010, p. 18).*

Em suma, o afastamento de pessoas físicas de suas funções e a proibição de que reocupem cargos que permitam a reincidência são possibilidades sancionatórias com considerável poder de dissuasão e que trazem custos e riscos – não só para os infratores, mas para a autoridade sancionadora e para o mercado – inferiores àqueles verificados na sanção de pessoas jurídicas ou na punição criminal. Isso, porque mitigam os efeitos colaterais da aplicação de multas desproporcionalmente elevadas ou da inibição de condutas lícitas e eficientes, que podem resultar de outras formas de penalização de infrações antitruste.

### V.3. A desconsideração da personalidade jurídica

A limitação da responsabilidade no direito brasileiro visa estimular e fortalecer o empreendedorismo, garantindo a segurança jurídica para a atividade empresarial, e representa verdadeira política pública de incentivo à atividade econômica no país.

Como é a sociedade o sujeito titular dos direitos e contraente das obrigações – e não os seus sócios –, por vezes os interesses dos credores ou de terceiros podem sofrer a tentativa de ser indevidamente frustrados por manipulações, fraudes e infrações das mais variadas (COELHO, 2012), dentre elas as do âmbito do Direito da Concorrência e Anticorrupção.

Essa é uma questão sobre a qual os países que instituíram a limitação de responsabilidade tiveram que se debruçar, como defende Oliveira:

*[...] é problema comum a todo e qualquer sistema jurídico em que vigore o princípio básico da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro. Pois em todos esses países pode surgir (como de fato tem surgido) o fenômeno da utilização da pessoa jurídica (e de sua subjetividade autônoma, separada) no contexto da busca de finalidades distintas daquelas que inspiram o conjunto do sistema jurídico. [...] Trata-se, ao contrário, da utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com tais princípios básicos (OLIVEIRA, 1979, p. 262).*

Entretanto, tendo em vista as notórias vantagens advindas da adoção do modelo de limita-

ção, os diversos ordenamentos jurídicos buscaram formas não de restringi-lo, mas de criar mecanismos eficazes para coibir seu abuso nos casos pontuais em que isso ocorre.

Nesse contexto, foi desenvolvida a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, que teve sua origem no sistema anglo-saxão no início do século XX (BATISD, DAVID e LUCHAIRE, 1960 *apud* COELHO, 2012), amplamente utilizada para combater os desvios na utilização da personalidade jurídica. Nas lições do professor Luciano Amaro:

*[...] é uma técnica casuística [...] de solução de desvios de função da pessoa jurídica, quando o juiz se vê diante de situações em que prestigiar a autonomia e a limitação de responsabilidade da pessoa jurídica implicaria sacrificar um interesse que ele reputa legítimo.*

Assim, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica não surge como forma de acabar com a separação subjetiva entre os bens da sociedade empresária e de seus sócios. Ao tempo em que ela preserva a separação entre os bens da pessoa jurídica e das pessoas físicas, fornece valiosa ferramenta que possibilita aos juízes reprimir fraudes e coibir abusos cometidos por sócios, cujos bens pessoais poderão ser alcançados para satisfazer os débitos da sociedade empresária. Nesse sentido, Didier Jr. defende que:

*Cumprе alertar, ainda, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não pretende destruir o histórico princípio da separação dos patrimônios da sociedade e da pessoa jurídica, mas, contrariamente, servir como mola propulsora da funcionalização da pessoa jurídica, garantindo as suas atividades e coibindo a prática de fraudes e abusos através dela. (DIDIER JR. et al, 2009, p. 279).*

Em que pese a previsão do instituto em legislações esparsas, foi com o advento do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), aprofundada pelo NCCP, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi consagrada e estendida à generalidade das situações do direito brasileiro, garantindo real segurança aos credores e demais interessados.

Isso porque o artigo 50 do Código Civil ampliou a abrangência do instituto, determinando que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Nesse sentido, questiona-se se o instituto poderia ser usado como forma de responsabilização às pessoas físicas responsáveis pela arquitetura e implementação das condutas ilegais quando elas forem sócias das companhias envolvidas.

## CONCLUSÃO

Os mecanismos de punição alternativos às sanções pecuniárias e ao encarceramento, dentre eles a alienação compulsória de controle, a proibição de exercer o comércio e a desconsideração da personalidade jurídicas, teriam a capacidade de direcionar as sanções para aqueles que efetivamente incorreram nas infrações, buscando principalmente evitar que os responsáveis assumam posições

que os permitam reincidir nas práticas, bem como deslocam o ônus da sanção para aqueles que implementaram a conduta, e não para a companhia, tornando mais efetivo o poder dissuasório da atividade persecutória.

A busca por uma sanção ótima deve considerar que a simples elevação de multas para empresas ou o agravamento das sanções penais não têm se mostrado alternativas eficientes para reduzir e gerar incentivos negativos à prática de cartéis. Isso porque se afetaria mais os acionistas, funcionários, consumidores e a produtividade do que os próprios infratores<sup>19</sup>. Assim, é fundamental que sejam estipulados limites que observem, por exemplo, a capacidade de pagar dos infratores, os impactos sociais e econômicos da multa e a proporcionalidade de sua aplicação em relação à conduta ilícita.

É necessário questionar determinados aspectos da abordagem econômica padrão sobre sanções, que entende que multas pecuniárias não reduzem o bem-estar social e devem ser aplicadas sempre, ao passo que sanções alternativas só devem ser usadas quando as multas forem insuficientemente dissuasórias. Isso porque tal perspectiva poderia conduzir a um sistema sancionatório antitruste com baixa capacidade de detecção das condutas, multas muito altas e de reduzido poder dissuasório.

Portanto, a aplicação de sanções como a exclusão de responsáveis por infrações da administração de empresas e a proibição de exercício de cargos equivalentes ou a alienação compulsória de controle e a desconsideração da pessoa jurídica, poderiam se mostrar como bons caminhos na busca por capacidade de dissuasão das práticas como os cartéis.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Cindy R. On the nature of the reputational penalty for corporate crime: evidence. **Journal of Law and Economics**, v. 42, n. S1, p. 489-526, 1999.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA (ANPR). **Nota Técnica PRESI/ANPR/JRC n. 001/2016**. Brasília: ANPR, 2016.

BAKER, Donald I. The use of criminal law remedies to deter and punish cartels and bid-rigging. **George Washington Law Review**, v. 69, n. 5/6, p. 693-720, 2001.

BASU, Kaushik; MCGAVOCK, Tamara; ZHANG, Boyang. **When competition corrupts: a theoretical analysis of market structure and the incidence of corruption**. Washington, DC, Estados Unidos: The World Bank, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Campinas: Russel, 2006.

19 Assim colocam Foer e outros: “The press releases of competition agencies worldwide notwithstanding, we think it is questionable, indeed doubtful that a \$100 million fine—or even a fine of over EUR 1 billion—imposed upon a corporation because one of its executives fixed prices serves the primary goal of an antitrust sanction: to deter anticompetitive conduct that injures consumers. When fines are levied against a publicly traded corporation, the persons burdened are consumers and possibly shareholders, two groups almost certainly unable to affect the conduct of the corporation. It was a corporate executive who conspired to fix prices or allocate the market. It was his superiors in management or on the board of directors who failed to ensure the company operated lawfully. These are the individuals we want to deter. But they will not be deterred as long as consumers and shareholders bear the brunt of antitrust penalties while the directors and officers of the company have too little incentive to prevent violations” (FOER *et al*, 2015).

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, 1968.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. Multas são suficientes para evitar novos cartéis? Reflexões sobre remédios antitruste e penas no Direito Concorrencial. In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: UnB, 2017.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. **Combate a cartéis e remédios antitruste**: o poder público e a arquitetura de incentivos e desincentivos na concorrência. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.208**. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei nº 8.429, de 2 de julho de 1992 para dispor sobre condições para celebração de acordos de leniência com pessoas físicas e pessoas jurídicas, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre a Sociedade por Ações. Brasília: Presidência da República, 1976.

BRASIL. **Lei nº 9.447, de 14 de março de 1977**. Dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e o Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987 [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1977.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013.

BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Corporate governance and collusive behaviour. In: COLLINS, Wayne Dale (ed.). **Issues in competition law and policy**. Chicago: ABA, 2007.

BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Optimal fines in the era of whistleblowers - Should Price Fixers Still Go to Prison? **Lear Research Paper**, n. 05-01, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa Imperativo da proporcionalidade no processo administrativo sancionador no âmbito do Cade. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2014.

DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 5.

FLIGSTEIN, Neil. **The architecture of markets**: an economic sociology of twenty-first century capitalist societies. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

FOER, Albert et al. DOJ has the power to crush price-fixers: column. **USA Today**. McLean, 27 maio 2015.

FRAZÃO, Ana. Arquitetura da corrupção e as relações de mercado. **Portal JOTA**. São Paulo, 30 maio 2016.

FRAZÃO, Ana. Os complexos impasses dos acordos de leniência. **Valor Econômico**. São Paulo, 9 ago. 2017.

FRAZÃO, Ana. Companhia abertas e ações de indenização movidas por investidores. **Portal JOTA**. São Paulo, 21 fev. 2018.

GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D. Antitrust Sanctions. **Competition Policy International**, v. 6, n. 2, p. 3-39, 2010.

KARPOFF, Jonathan M.; LOTT JUNIOR, John R. The reputational penalty firms bear from committing criminal fraud. **Journal of Law and Economics**, v. 36, n. 2, p. 757-802, 1993.

KOBAYASHI, Bruce H. Antitrust, agency, and amnesty: an economic analysis of the criminal enforcement of the antitrust laws against corporations. **George Washington Law Review**, v. 69, n. 5-6, 715-744, 2001.

Não localizado KRUEGER, A. O. The political economy of the rent-seeking society. **American Economic Review**, v. 64, n. 3, p. 291-303, 1974.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre direito administrativo e criminal. São Paulo: Singular, 2013. p. 38.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Cartel sanctions against individuals**: policy roundtables. Paris: OECD, 2003.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Fighting corruption and promoting competition**. Paris: OECD, 2014.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Fighting hard-core cartels**: harm, effective sanctions and leniency programmes. Paris: OECD, 2002.

OFFICE OF FAIR TRADING (OFT). **The deterrent effect of competition enforcement by the OFT**. London: OFT, 2007.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. **A dupla crise da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The economic theory of public enforcement of law. **National Bureau of Economic Research**. Cambridge, Inglaterra, 1999.

POSNER, Richard A. Optimal sentences for white collar criminals. **American Criminal Law Review**, v. 17, p. 409-418, 1980.

ROSE-ACKERMAN, S. (ed.). **International handbook on the economics of corruption**. Cheltenham Glos, Inglaterra: Edward Elgar, 2006. v. 1.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de penas na repressão a cartéis**: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.

SNYDER, Edward A., The effect of higher criminal penalties on antitrust enforcement. **The Journal of Law & Economics**, v. 33, n. 2, p. 439-462, 1990.

STEPHAN, Paul B. Regulatory Competition and Anticorruption Law. **Virginia Journal of International Law**, v. 53, p. 53-70, 2012.

STIGLITZ, Joseph E. Government failure vs. market failure: principles of regulation. In: BALLEISEN, Edward J; MOSS, David A. (eds.). **Government and markets**: toward a new theory of regulation. New York, NY: Cambridge University Press, 2009.

VELJANOVSKI, Cento. Cartel fines in Europe: law, practice and deterrence. **World Competition**, v. 30, n. 1, p. 65-86, 2007.

WALLER, Spencer Weber. The past, present, and future of monopolization remedies. **Antitrust Law Journal**, v. 76, n. 1, 2009.

WILS, Wouter P. J. Optimal antitrust fines: theory and practice. **World Competition**, v. 29, n. 2, p. 183-208, 2006.

# ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO CADE

*Abuse of a dominant position according to  
Cade's case law*

Ciro Silva Martins<sup>1</sup>

Laura Soares Miranda dos Santos<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente estudo pretendeu examinar a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) relativamente ao tema abuso de posição dominante. Após uma breve revisão de literatura sobre o assunto, realizou-se um estudo sobre os precedentes, nos quais verificou-se resolução de mérito, no período compreendido entre 2009 a 2019, envolvendo condutas unilaterais. Cerca de 20 precedentes foram analisados, todos com julgamento de mérito. A partir disso, foi possível descrever, em linhas gerais, porém sem esgotar o assunto, como o Cade interpreta o art. 36 da Lei nº 12.529/2011, bem como a utilização de conceitos centrais como poder de mercado e regra da razão.

**Palavras-chave:** Posição dominante; abuso de posição dominante; regra da razão; direito da concorrência.

## ABSTRACT

This study aimed to examine the jurisprudence of the Administrative Council for Economic Defense (Cade) regarding the abuse of dominant position. After a brief review of literature on the subject, a study on the precedents, in which there was a resolution of merit, between 2009 and 2019, involving unilateral conducts was conducted. About 20 precedents were reviewed, all with merit judgment. From this, it was possible to describe, in general, but without exhausting the subject, how Cade interprets art. 36 of Law No. 12.529/2011, as well as the use of core concepts such as market power and the rule of reason.

**Keywords:** Dominant position; abuse of dominant position; rule of reason; competition law.

**Classificação JEL:** K21.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O abuso de posição dominante na Lei nº 12.529/2011; 3. A jurisprudência do Cade acerca do abuso de posição dominante; 4. Síntese da análise jurisprudencial; 5. Conclusões; 6. Bibliografia.

1 Mestrando em direito na linha Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: cs.martins0@gmail.com.

2 Mestranda em direito na linha Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e especialista em Direito de Empresas pela PUC/Rio. E-mail: laurasoaresm15@gmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao se considerar o contexto do ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal, é evidente a preocupação destacada à ordem econômica e, por conseguinte, à coibição de condutas onde há configuração, não do exercício do poder econômico, mas de seu abuso (BRASIL, 2020)<sup>3</sup>.

No entanto, uma das tarefas mais árduas do direito concorrencial é a definição do que seria, em cada caso, considerado uma conduta abusiva com impactos deletérios à concorrência. A Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) não fixou aprioristicamente em que consiste “exercer de forma abusiva posição dominante”, limitando-se a listar no § 3º do art. 36 exemplos de práticas que configuram infração à ordem econômica, quando tenham por objeto ou possam produzir os efeitos mencionados nos incisos do art. 36, *caput*.

Destarte, coube ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), autarquia federal competente para julgar os ilícitos concorrenciais, o protagonismo na delimitação dos contornos sobre o tema. Nesse sentido, o presente estudo teve por objetivo examinar a jurisprudência administrativa do Cade envolvendo abuso de posição dominante, visando destacar as controvérsias jurídicas mais relevantes e explicar como o Cade têm lidado com elas.

Para tanto, foram examinados vinte e dois julgamentos realizados pelo Tribunal do Cade, durante o período de 2009 a 2019, relativos a condutas unilaterais onde houve resolução de mérito, em sentido de condenação ou arquivamento, sendo desconsiderados os casos em que foi firmado termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica.

Com efeito, o presente estudo apresenta, na parte 2, uma breve revisão de literatura sobre o abuso de posição dominante no Brasil. Na parte 3, descrevem-se, em linhas gerais, os principais precedentes do Cade sobre o tema, destacando-se os seus pontos jurídicos mais sensíveis. Na parte 4, realizou-se uma análise crítica da jurisprudência do Cade sobre o abuso de posição dominante. Por fim, na parte 5, as principais conclusões do estudo foram sintetizadas.

## 2. O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NA LEI Nº 12.529/2011

O art. 170, IV, da CRFB/88, dispõe como princípio da ordem econômica e financeira a livre concorrência. Enquanto corolário da livre iniciativa, a livre concorrência traduz a escolha do Estado brasileiro pela economia de mercado. Nesse sentido, entende-se que a competição entre os agentes econômicos é capaz de produzir um maior bem-estar para a sociedade, em termos de menores preços e maior qualidade e quantidade de produtos e serviços. Portanto, como regra, o Estado deve se abster de substituir a regulação natural das forças do mercado, salvo diante de situações de ruptura das condições de livre concorrência ou para evitá-las (BARCELLOS, 2018, p. 439).

Com efeito, a Lei nº 12.529/2011 não reprovava a conquista de mercado resultante do processo fundado na maior eficiência de um agente em relação aos seus competidores (BRASIL, 2011). Pelo contrário, entende-se que a busca por fatias cada vez maiores do mercado é natural e desejável, sob pena de arrefecimento da concorrência. Destarte, a situação fática estática de poder de mercado não é passí-

3 Art. 170, IV e art. 173, §4º.

vel de punição por si só (DRAGO, 2015, p. 141). No mesmo sentido, aduz Fábio Ulhoa Coelho:

*O poder econômico, note-se, é um dado de fato inerente ao livre mercado. Se a organização da economia se pauta na liberdade de iniciativa e de competição, então os agentes econômicos são necessariamente desiguais, uns mais fortes que outros. Ou seja, conforme assentou Miguel Reale, o poder econômico não é em si ilícito, mas é o instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas nas sociedades constitucionalmente organizadas em função do modelo da economia de mercado (em Franceschini-Franceschini, 1985:521). Ora, nem a Constituição nem a lei poderiam ignorar ou pretender a eliminação do poder econômico. O direito somente pode disciplinar o exercício desse poder, reprimindo iniciativas que comprometem as estruturas do livre mercado (COELHO, 2011, p. 219).*

Na prática, competiria ao sistema de defesa da concorrência, por intermédio da Lei nº 12.529/2011, a definição dos parâmetros que caracterizaram a condição de abuso do poder econômico. Entretanto, a referida Lei não possui qualquer definição do que seria considerado abuso de posição de dominante, mas apresenta tão-somente um tipo aberto de condutas que, na medida em que sejam capazes de gerar os efeitos previstos nos incisos do art. 36, poderiam ser considerados como abuso de posição dominante. Forgioni (2016) sublinha que, nesse aspecto, nossa Lei de Defesa da Concorrência é peculiar. Quando a Lei nº 12.529/2011 aduz que constituem infração à ordem econômica os “atos sob qualquer forma manifestados” (BRASIL, 2011), ela está deliberadamente adotando uma sistemática aberta, de modo a abranger quaisquer condutas que possam causar efeitos deletérios à concorrência.

Essa técnica jurídica adotada pela nossa lei diverge da utilizada por outras jurisdições. O direito antitruste estadunidense, por exemplo, considera ilícito qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer forma, ou conspiração, para restringir o tráfico ou comércio entre os diversos Estado, ou com nações estrangeiras. Além disso, conforme a Seção 2 do Sherman Act, é proibida a dominação do mercado, bem como a tentativa de dominação. Portanto, diferentemente do sistema brasileiro, o direito antitruste estadunidense, no que concerne o controle de condutas, dispõe de dois suportes fáticos específicos: acordo e abuso.

Em sentido semelhante, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) proíbe, em seus arts. 101 e 102, os acordos que sejam suscetíveis de afetar o comércio ou que tenham por objetivo ou efeito restringi-lo, e o exercício abusivo de posição dominante.

Ainda dentro dos parâmetros diretivos do TFUE, o art. 102 evidencia a incompatibilidade do exercício da posição dominante no mercado interno e sua proibição diante da possibilidade de impacto no comércio entre Estados-Membros para, em seguida, elencar as práticas que podem vir a configurar o abuso, como a imposição de preços de compra e venda ou outras transações não equitativas, de forma direta ou indireta; a limitação da produção, distribuição ou desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; a aplicação de condições desiguais em prestações equivalentes a parceiros comerciais, de forma a gerar desvantagem na concorrência e a subordinação de prestações suplementares de natureza diversa ao objeto dos contratos que vier a celebrar. O sistema europeu, portanto, identifica a tipificação das práticas anticoncorrenciais do abuso de posição dominante em seu texto.

Isto posto, é possível afirmar que o sistema da lei brasileira é híbrido, porquanto aproveita o sistema de caracterização do ilícito pelo objeto, embora dispense a tipificação dos atos (FORGIONI, 2016, p. 136). Nesse sentido, diferentemente do que ocorre em outras jurisdições, não é necessário incorrer no esforço interpretativo de tentar enquadrar determinadas condutas às tipificações previstas no texto legal.

Com efeito, pelo sistema da ilicitude pelos efeitos previsto na Lei nº 12.529/2011, nenhuma conduta constituiu infração à ordem econômica se não atraem os efeitos – reais ou potenciais – do art. 36, quais sejam: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante (BRASIL, 2011).

Para dar concretude ao disposto na referida Lei, técnicas de interpretação, como a regra da razão foram adotadas, de forma que, cada caso pudesse ser examinado de forma mais aprofundada e individualizada. Por outro lado, há condutas que, por si só, prescindem de uma análise mais complexa, em razão da indubitável característica danosa de seu comportamento, o que é conhecido como a regra *per se*, que tem no ilícito do cartel seu maior exemplo. Conforme explica Figueiredo:

*Outrossim, na análise de eventual infração anticompetitiva, mister se faz que as autoridades de defesa da concorrência não se atenham apenas à verificação da conduta per se, fazendo-se mister a verificação do dano ou eventual efeito danoso dessa conduta para o processo competitivo do respectivo nicho econômico mercadológico, estabelecendo-se, ainda, nexos de causalidade entre a conduta e a ameaça ou a lesão à ordem econômica para a devida manifestação da materialidade do fato sub judice. Fácil perceber que a verificação da infração é efetuada com base na regra da razão, não bastando comprovar que houve, tão somente, uma conduta desleal per se. Para tanto, é necessário averiguar se houve dano, efetivo ou potencial, ao mercado, bem como se tal prejuízo foi oriundo da infração sob investigação (FIGUEIREDO, 2014, p. 288).*

Ao utilizar o método de interpretação definido pela regra da razão, o julgador consegue alcançar os efeitos anticompetitivos através de uma sequência de observações que contemplam a identificação de poder de mercado do agente investigado, sua capacidade e motivação para a prática da conduta, e, por fim, os efeitos decorrentes ou potenciais, levando-se em consideração pretextos que possam afastar a tipificação.

Em suma, dado que nossa legislação não pune o poder de mercado em si, mas o seu exercício abusivo, caracterizado pela possibilidade de a conduta praticada atrair os efeitos lesivos previstos nos incisos no art. 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), o Cade é chamado a, em regra, diante das circunstâncias do caso concreto, sopesar os efeitos positivos e negativos das condutas por ele investigadas. É o que passaremos a examinar.

### 3. A JURISPRUDÊNCIA DO CADE ACERCA DO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

Para analisar a jurisprudência do Cade acerca do abuso de posição dominante, o presente estudo analisou 22 precedentes, com o recorte temporal de 10 anos (2009-2019). Tais precedentes foram selecionados pelo fato de o Tribunal do Cade ter proferido decisão de mérito, portanto, não

foram levados em consideração processos encerrados com a assinatura de termo de compromisso de cessação ou arquivamento sem exame substancial pelo Cade.

O primeiro precedente que merece atenção é o caso “Tô Contigo”. Em 22/07/2009 o Tribunal do Cade considerou o programa “Tô Contigo” anticoncorrencial, condenando a AmBev por infração à ordem econômica, nos termos da Lei nº 8.884/1994, art. 20, I e IV e art. 21, IV, V e VI (BRASIL, 2009). Trata-se de um dos precedentes mais importantes sobre abuso de posição dominante, sendo frequentemente citado pelo próprio Cade em julgados posteriores.

Em síntese, o referido programa funcionava da seguinte maneira: era concedido um ponto para cada caixa de 24 unidades das principais marcas da AmBev adquirida pelos pontos de venda participantes e esses pontos poderiam ser acumulados e trocados por prêmios listados em um catálogo que integrava o material do programa. Em contrapartida, os pontos de venda precisavam assinar um termo de compromisso no qual se comprometiam a dar exclusividade total às cervejas produzidas pela AmBev, bem como ao seu *merchandising*.

Conforme o voto proferido pelo relator Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, a análise partiu da definição do mercado relevante relativo às práticas sob investigação, tendo sido ele definido como o de cerveja no âmbito geográfico regional. Em seguida, o Conselheiro teceu considerações sobre as características desse mercado, identificando significativas barreiras à entrada, constituídas principalmente pelo binômio “marca-distribuição”. Nesse sentido, a dinâmica concorrencial é marcada por fortes estratégias de diferenciação do produto, refletidas em expressivos gastos com propaganda, objetivando conquistar a preferência do consumidor e criar uma fidelidade à marca. Ao mesmo tempo, a rede de distribuição é outro fator que dificulta a entrada, já que é necessário ter acesso aos canais de distribuição tradicional e bar. Posteriormente, ficou evidenciado que a AmBev possuía liderança absoluta nos mercados em questão, evidenciada por um *market share* agregado de 69,3%, por sua dimensão econômica, por seu controle sobre redes de distribuição e pontos de venda, bem como por sua forte marca. Tudo isso deixaria claro o seu poder de mercado.

Além disso, o processo foi marcado por uma extensa instrução. O Cade, no exercício de seu poder de polícia, determinou inspeção na sede da AmBev. Ainda, foi encomendada uma pesquisa do Ibope visando entender a percepção que os pontos de venda tinham do programa “Tô Contigo”. Também foi realizada uma pesquisa de campo no Distrito Federal e em São Paulo, entrevistando os pontos de venda. Por conta disso, o relator precisou enfrentar diversos argumentos preliminares ao mérito, como a alegação de saneamento do feito antes da inspeção, inadequação da inspeção como meio de prova, proporcionalidade do meio de prova, ofensa a direitos fundamentais de defesa da AmBev, transgressão aos limites do poder de polícia e incapacidade probatória dos documentos obtidos na inspeção. Em suma, muito se discutiu sobre a observância do devido processo legal no referido processo administrativo, tendo sido rejeitadas todas estas preliminares.

Posteriormente, após uma digressão acerca da experiência estadunidense e europeia sobre a prática, foram avaliados os efeitos econômicos da conduta. De um lado, conclui-se que a exclusividade de vendas poderia ter por consequência uma elevação dos preços ou, até mesmo, a saída de um rival eficiente. Por outro lado, não foram encontradas eficiências econômicas decorrentes do programa, não havendo, portanto, justificativas para a exigência de exclusividade. Tampouco foram trazidas aos autos pela AmBev, segundo o relator, eventuais eficiências geradas pela conduta.

Por fim, o relator passou a capitular a conduta aos ditames da Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994). Interpretou-se que a Lei pune a potencialidade de efeitos previstos nos incisos do art. 20, mesmo que estes não sejam produzidos. Ademais, analisando a expressão “independente de culpa”, concluiu-se que a responsabilidade em questão é objetiva. Como a AmBev detém, nessa linha, posição dominante, está ela proibida de praticar condutas que constituam abuso, sob pena de violar o inciso IV do art. 20 da referida Lei. Ficou esclarecido ainda que a ação empresarial ultrapassou a esfera privada e ingressou na esfera dos interesses difusos, em prejuízo à concorrência. Assim, foi aplicada multa pecuniária, sanção de publicação do extrato da decisão em jornal de grande circulação e inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

No recorte temporal do presente estudo, o Cade também teve a oportunidade de julgar alguns casos envolvendo a prática denominada *sham litigation* ou abuso de direito de petição na seara jusconcorrencial. Destacam-se os casos Box 3 (BRASIL, 2010), Eli Lilly (BRASIL, 2015) e Anfape (BRASIL, 2018). Nesses precedentes discutiu-se a possibilidade da utilização abusiva dos direitos de propriedade intelectual e seus efeitos concorrenciais. No primeiro caso houve condenação por unanimidade, considerando que a conduta da Box 3 de ingressar com diversas ações judiciais, baseadas num frágil argumento de que teria exclusividade sobre programas televisivos de venda, em linguagem descontraída, teria causado danos efetivos à concorrência. O relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho ponderou que, sob o prisma do *standard* de provas, tem-se uma estrutura dual nas lides concorrenciais: para que exista uma infração, ou se prova, independentemente de culpa, que existe um risco de produção de efeitos anticoncorrenciais ou se prova que a parte tinha por objetivo causar efeitos concorrenciais, o que se verificou no caso.

Similarmente, no caso Eli Lilly, esta companhia farmacêutica foi acusada de impor barreiras artificiais à concorrência por meio do ajuizamento de múltiplas ações judiciais em face de instituições públicas diversas (INPI e ANVISA), em comarcas diferentes (Rio de Janeiro e Distrito Federal), visando à obtenção de indevida exclusividade na comercialização do medicamento cloridrato de gencitabina – utilizado para o tratamento de câncer –, em prejuízo de seus potenciais concorrentes. Tomando emprestado conceitos da jurisprudência estadunidense, sobretudo do caso *Professional Real Estate (PRE) Investors v. Columbia Pictures Industries*, concluiu-se que o *sham litigation* é caracterizado por dois requisitos: um objetivo (o descabimento do processo) e um subjetivo (a intenção da parte autora de agir estrategicamente sobre a concorrência). Além disso, o caso reafirma a inexigibilidade de culpa subjetiva para configuração do ilícito antitruste, bem como afasta a necessidade de verificação de poder de mercado no contexto de *sham litigation*, uma vez que o sucesso da conduta seria considerado suficiente para afastar os concorrentes do mercado, como aconteceu no caso concreto.

Já no caso Anfape, o Cade optou por arquivar o processo. Nessa demanda, o Cade investigou se houve abuso de direito pelas montadoras Volkswagen, Fiat e Ford ao exercerem direitos de exclusividade decorrentes de desenhos industriais de autopeças de reposição. Conforme o voto vencedor, as provas apresentadas não seriam suficientes para comprovar abuso dos direitos de propriedade industrial. Na ocasião, o Cade ainda reconheceu a flexibilidade do rol de condutas previstas nos incisos do art. 21, da Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994).

Não se pode deixar de mencionar também o caso SKF (BRASIL, 2013)<sup>4</sup>, em que se discutia a licitude da fixação de preços de revenda (restrição vertical). O julgamento ficou marcado por um tratamento rígido à conduta mencionada, tendo sido considerado inclusive a possibilidade de infração concorrencial por agentes econômicos sem poder de mercado<sup>5</sup>. O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo afirmou que a Lei nº 12.529/2011 definiu dois tipos de infração à ordem econômica: (i) os que tenham por objeto quaisquer das condutas tipificadas em seus incisos, entre as quais a de limitar ou prejudicar a concorrência, que mais importa ao caso em análise; e (ii) os que, mesmo não tendo tal escopo em seu objeto, podem tê-lo, direta ou indiretamente, em seus efeitos<sup>6</sup>.

Outro caso que merece destaque diz respeito à conduta de imposição de cláusula de raio em contratos de locação de espaços para lojas em shopping centers da cidade de Porto Alegre (BRASIL, 2016). Esse tipo de cláusula estabelece a proibição ao lojista locatário de ter/abrir/instalar/constituir/manter qualquer outro estabelecimento/empresa congênere ou similar (sede, filial, etc.) dedicado ao mesmo ramo de atividade a ser por ele exercido na loja comercial ou salão alugados no shopping (locador), ou qualquer outro estabelecimento com o mesmo nome; feito ou ramo iguais ou assemelhados, independentemente da duração dessa restrição contratual.

É digno de destaque que o relator afirmou expressamente que existem inúmeras formas de avaliar o poder de mercado, dentre as quais a mensuração de participação de mercado, o que não impede que o julgador aplique metodologias distintas para firmar sua convicção. Nesse sentido, o poder de mercado restou demonstrado pela: imposição de contrato de locação; restrição geográfica como imposição unilateral; impossibilidade de vigência ilimitada da cláusula de raio; objeto amplo da cláusula; relação assimétrica entre shoppings e lojistas; e imposição de multa.

Por fim, não se deixou de analisar os efeitos concorrências positivos e negativos envolvendo a cláusula de raio. Entendeu-se que cláusula passou de “lei entre as partes” para se tornar “lei para o mercado”, o que configura regulação privada proibida pela legislação brasileira de defesa da concorrência. Esse é mais um aspecto negativo que deve ser levado em consideração para a análise dos efeitos líquidos da cláusula de raio imposta pelos representados aos lojistas de Porto Alegre.

Ainda, em diversos precedentes o Cade precisou lidar com setores regulados<sup>7</sup>. Nesses casos, em que o Cade precisou lidar com entes setoriais como a ANATEL, ANTAQ, ANP e BCB, restou consolidado o entendimento de que não há conflito de competência administrativo, uma vez que o Cade

4 Sobre esse caso, cf. SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. A falácia das infrações por objeto e suas consequências para a perseguição de condutas unilaterais. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 69-107, maio 2019.

5 “Deste modo, agentes com baixa participação de mercado, às vezes, podem infligir dano concorrencial, sim. Não parece ser impossível - do ponto de vista teórico - que agentes menores criem barreiras de entrada artificiais, via óbices formais e materiais ao desenvolvimento de concorrentes com elevada participação de mercado, pelas mais diversificadas estratégias de elevação de custos dos rivais” (página 44 do Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44).

6 Item 155 do voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44.

7 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04**. Representantes: SDE ex Ofício. Representados: Telemar Norte Leste S/A. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, 2015; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005422/2003-03**. Representantes: Transportadora Simas Ltda. e Multi Armazéns Ltda. Representados: Tecon Rio Grande S.A. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2016; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84**. Representantes: Ministério Público Federal – Bahia. Representados: Intermarítma Terminais Ltda. e Tecon Salvador S/A. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2016.

deveria se ater sempre aos efeitos concorrenciais das condutas, cabendo às agências reguladoras o exame relativo às preocupações específicas de seus respectivos setores econômicos.

Também dentro do recorte deste trabalho, há a análise de condutas unilaterais nos casos envolvendo economia digital, onde o Google aparece como parte representada<sup>8</sup>. A economia digital possui a especificidade de operar em mercados com características diversas aos demais casos apresentados. Aqui encontram-se aspectos que merecem destaque, como o efeito em rede, que está relacionado às plataformas e a importância dos dados no meio digital, como ativo de imensa relevância.

O caso Google Shopping resultou em arquivamento em razão da falta de comprovação das condutas imputadas ao representado, com ressalva do voto divergente dos conselheiros Paulo Burnier e João Paulo de Resende, que entenderam que a mera potencialidade do dano seria suficiente para configurar uma violação à ordem econômica.

Em síntese, o representado estaria utilizando seu posicionamento privilegiado para aparecer nos primeiros resultados nas buscas orgânicas do site do Google, o que estaria afetando os concorrentes por perderem audiência, cliques e receita e resultando em preços maiores aos consumidores finais.

Foram delimitados dois mercados relevantes em relação à perspectiva do produto, o mercado de buscadores genéricos e o mercado de busca temática, enquanto que no aspecto geográfico foi balizado a nível nacional. Merece destaque o critério da definição do *market share* neste cenário, ainda que seja possível a conclusão pela existência de posição dominante em razão do Google ter participação superior a 90%, o critério de participação no mercado para presunção da posição dominante não é ideal quando se trata de uma plataforma de buscas, pois o produto não é físico, mas sim imaterial, que são os dados, figurados como informações. Assim, fixou-se o critério da aferição de poder de mercado de buscadores se o agente teria a possibilidade de piorar a qualidade de seu serviço sem que isso lhe cause prejuízo. Embora o poder de mercado do representado tenha sido identificado, careceram provas em relação aos efeitos danosos.

Outro caso envolvendo o Google está vinculado a prática de *scraping* (BRASIL, 2019), ou seja, a apropriação do conteúdo de um site em benefício de seu próprio, também chamada de raspagem. Da mesma forma que no caso anterior, os mercados relevantes foram o mercado de buscadores genéricos e o mercado de busca temática em perspectiva nacional. Também o poder de mercado foi identificado, todavia, o objeto de denúncia, neste caso, representou um conteúdo limitado que foi imediatamente retirado do ar pela representada e a publicação ocorreu na versão estrangeira do site da Google, de forma que, um único caso isolado da prática não configuraria o abuso, exemplificando a análise dos efeitos à luz da regra da razão, resultando também no arquivamento do caso.

Por fim, o último caso destacado envolvendo o Google (BRASIL, 2019) refere-se a suposta conduta de

8 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Brasil Internet Ltda. e E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2019; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19**. Representantes: CADE ex officio. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2019; e BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03**. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 2019.

*multihoming*, onde haveria restrição da capacidade dos anunciantes de utilizar as plataformas de busca patrocinadas de concorrentes. O caso foi arquivado no entendimento de que os usuários não são impactados em sua capacidade de decisão ao utilizarem mais de uma plataforma em campanhas publicitárias. Nesse contexto, a própria prática da conduta que não demonstrou os indicativos de ter causado efeitos anticompetitivos.

#### 4. SÍNTESE DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Como é possível observar, nos últimos 10 anos, o Cade vem construindo bases para a análise do abuso de posição de dominante. Inicialmente, fica evidente a impossibilidade prática de criar fórmulas abrangentes para solucionar todos os casos envolvendo condutas unilaterais. Por outro lado, seria errôneo, atualmente, afirmar que a atenção das autoridades encarregadas da aplicação do direito antitruste para esse ramo do direito concorrencial é escassa e que não parece haver preocupação em compreender sistematicamente o significado econômico-jurídico dos comportamentos anticoncorrenciais (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 383). De todo modo, pode-se extrair algumas considerações importantes sobre o abuso de posição dominante.

Em primeiro lugar, destaca-se a proeminência da utilização de argumentos econômicos associados à Escola de Chicago, embora nem sempre de maneira impecável<sup>9</sup>. De outro lado, pouco se comenta sobre os pressupostos da Escola Estruturalista de Harvard, segundo a qual a conduta dos agentes econômicos está diretamente ligada à estrutura do mercado<sup>10</sup>. Ainda assim, não é possível descartar que alguns casos, embora não mencionem isso diretamente, utilizam argumentos baseados no trinômio estrutura-conduta-desempenho. Ao mesmo tempo, não se verificou expressiva utilização dos conceitos desenvolvidos pela Escola pós-Chicago<sup>11</sup>. Portanto, não foram empregadas largamente noções conectadas à teoria dos mercados contestáveis, teoria dos jogos e os matizes da nova economia institucional.

Focando na interpretação do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, constata-se que há entendimento pacífico no sentido de que o rol de condutas descritas nos incisos do § 3º é exemplificativo. Assim, a prática de condutas não previstas nesse rol não afasta a possibilidade de que ela possa ser considerada anticompetitiva. Como explica Ana Frazão

*Com efeito, o mero fato de um agente econômico praticar um dos atos descritos na lei não significa que tenha havido infração à ordem econômica, pois, ausentes os efeitos reais ou potenciais descritos no caput, não há que se cogitar ilícito antitruste, ainda que a conduta possa ser considerada ilícita.*

9 Conforme leciona Salomão Filho: “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” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 39). Para uma visão mais aprofundada sobre a evolução da Escola de Chicago, ver Posner (1979).

10 Sobre Escola de Harvard e embates com a Escola de Chicago, cf. Forgioni (2016, p. 170-185).

11 Sobre Pós-Chicago cf. Salomão Filho (2013, p. 384-399).

*ta do ponto de vista do direito privado. Por outro lado, práticas que não estejam expressamente previstas no § 3º do art. 36 poderão ser consideradas infrações à ordem econômica caso seja demonstrada sua potencialidade lesiva sobre a livre concorrência (FRAZÃO, 2017, p. 256).*

Ainda sobre o art. 36, o Cade também parece ter uma jurisprudência consolidada no sentido de que a expressão “independentemente de culpa” significa dizer que a responsabilidade por ilícitos concorrenciais é objetiva. Nesse sentido, como explica Caio Mário da Silva Pereira Neto, constata-se uma irrelevância dos elementos volitivos para caracterização do ilícito, ou seja, não haveria necessidade de avaliar as eventuais intenções dos agentes envolvidos, salvo quando se tratam de pessoas físicas, cuja responsabilidade subjetiva é expressamente prevista na Lei (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 99-100).

Sobre esse tema, Ana Frazão apresenta crítica contundente no sentido de que a expressão “independentemente de culpa” não exclui a necessidade de a autoridade antitruste analisar, no caso concreto, a reprovabilidade da conduta, isto é, da chamada culpa normativa. *In verbis*:

*[...] considerando que a infração antitruste apresenta tipicidade aberta e ainda pode ser uma infração de perigo – já que não precisa ter produzido efeitos –, unir tais aspectos a uma responsabilidade sem reprovabilidade seria conferir à autoridade antitruste um poder punitivo desmesurado e ininteligível, dando margem ao arbítrio. Dessa maneira, há apenas duas formas de se interpretar a expressão ‘independentemente de culpa’, em conformidade com os princípios constitucionais inerentes ao Direito Administrativo Sancionador: ou se entende que poderia haver responsabilidade objetiva para outros fins que não a punição – como a imediata cessação da conduta –, ou se entende que, ao assim prever, a Lei Antitruste afasta a necessidade de comprovação da culpa – vista sob o aspecto psicológico, normalmente vinculado à cognoscibilidade, previsibilidade e estabilidade dos efeitos da conduta –, mas não a demonstração da reprovabilidade da conduta, ou seja, da chamada ‘culpa normativa’ (FRAZÃO, 2017, p. 263).*

No tocante ao método de observação e definição do poder de mercado, embora a Lei traga um critério abstrato (20% ou mais do controle do mercado relevante) e um critério concreto (avaliação do agente para verificar se ele é capaz de alterar de forma unilateral ou coordenadamente as condições do mercado), verifica-se que, dependendo do mercado em análise, a aferição do poder de mercado baseia-se primordialmente no critério concreto e não no *market share*. Há prevalência na definição do poder de mercado a partir da influência do agente no mercado, ainda que este possua baixa participação. Outros casos ainda destacam a possibilidade de utilização de critérios variados para caracterizar a presunção de poder de mercado.

Quanto ao método de interpretação utilizado pelo Cade, prevalece a regra da razão, que orienta o exame dos efeitos anticompetitivos produzidos por determinada conduta. Assim, é realizada uma sequência de verificações em cada caso, partindo-se da delimitação do poder de mercado, a partir dos critérios expostos acima, considerando as especificidades do mercado em questão. Em seguida, busca-se enxergar a capacidade e incentivo do agente em praticar a conduta supostamente anticompetitiva. Por fim, são examinados os efeitos desta conduta, se potenciais ou efetivos. Em alguns casos, a mera potencialidade dos efeitos afastou a tipificação da conduta e em outros a man-

teve. Ainda assim, existe certa cacofonia entre os conceitos de regra da razão, ilícito *per se*, ilícito por objeto e ilícito por efeitos. Nesse sentido, é preciso continuar acompanhando o desenvolvimento da jurisprudência sobre esses temas.

## CONCLUSÕES

Como foi possível verificar ao longo do texto, a relevância a luta por parcelas maiores de mercado não é algo indesejado pelo nosso sistema constitucional, pelo contrário. Entretanto, o abuso de uma posição econômica de proeminência que causem efeitos deletérios para o mercado é veemente reprimido. Contudo, a Lei nº 12.529/2011 não chega a definir diretamente o conceito de abuso de posição dominante, de modo que jurisprudência do Cade é demandada para traçar os seus contornos em cada caso concreto.

Ao se propor a contribuir para elucidação da jurisprudência do Cade sobre o tema, o presente estudo examinou diversos presentes no período de 2009 a 2019. Essa análise permitiu apontar os principais assuntos discutidos em âmbito administrativo nos casos envolvendo condutas unilaterais anticompetitivas.

Em síntese, pode-se concluir que:

- diferentemente do que se afirmava doutrinariamente durante a vigência da Lei nº 8.884/94, já é possível afirmar que existe uma jurisprudência administrativa sobre abuso de posição dominante, uma vez que o Cade teve a oportunidade de julgar o mérito de diversas condutas ao longo de 2009 a 2019;
- argumentos de ordem econômica majoritariamente ligados à Escola de Chicago contribuem sobremaneira para formação do convencimento do Cade no exame de casos envolvendo o abuso de posição dominante;
- o rol previsto no § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 é exemplificativo;
- a expressão “independentemente de culpa”, encontrada no caput do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, indica que a responsabilidade por ilícitos concorrenciais é objetiva;
- o poder de mercado, a depender das circunstâncias do caso concreto, pode ser aferido de diversas maneiras, de modo que o parâmetro de 20% de parcela de mercado, indicada no § 2º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, é relativizada, para mais ou para menos;
- a instrução nos processos administrativos envolvendo condutas unilaterais é extremamente exigente, o que dificulta a imputação de responsabilidade concorrencial nesses casos; e
- prevalece a utilização da regra da razão na análise de abuso de posição dominante, de modo que o Cade pondera os efeitos positivos e negativos de cada conduta para chegar a uma análise de mérito.

## BIBLIOGRAFIA

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10**. Representantes: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Representados: Companhia de Bebidas das Américas – Ambev. Relator: Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, 2009.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40**. Representantes: Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Representados: Léo Produções e Publicidade Ltda. e Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. Relator: Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91**. Representantes: Associação Brasileiras das Indústrias de Medicamentos Genéricos - Pró Genéricos. Representados: Eli Lilly and Company e Eli Lilly do Brasil Ltda. Conselheira Ana Frazão, 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51**. Representantes: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE. Representados: Ford Motor Company Brasil Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44**. Representantes: PROCON / SP. Representados: SKF do Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46**. Representantes: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Representados: Isdralit Indústria e Comércio Ltda., Bourbon Administração Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda., Companhia Zaffari Comércio e Indústria, Mercúrio S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, Nacional Iguatemi Administração Ltda., Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas, Iguatemi Empresa de Shopping Centers, Administradora Gaúcha de Shopping Centers S/C Ltda. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04**. Representantes: SDE ex Oofício. Representados: Telemar Norte Leste S/A. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005422/2003-03**. Representantes: Transportadora Simas Ltda. e Multi Armazéns Ltda. Representados: Tecon Rio Grande S.A. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84**. Representantes: Ministério Público Federal – Bahia. Representados: Intermarítma Terminais Ltda. e Tecon Salvador S/A. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Brasil Internet Ltda. e E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Relator: Conselheiro

Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19**. Representantes: CADE ex officio. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03**. Representantes: E-Commerce Média Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

DRAGO, Bruno de Luca. **Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FORGIONI, Ana Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA NETO, Caio Mário da; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016.

POSNER, Richard A. The Chicago School of antitrust analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 127, n. 4, 1979.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. A falácia das infrações por objeto e suas consequências para a persecução de condutas unilaterais. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 69-107, maio 2019.

# 9

## PARÂMETROS DE ANÁLISE DO CARTEL *HUB-AND-SPOKE* NO DIREITO BRASILEIRO

*Analysis parameters of the hub-and-spoke cartel in Brazilian law*

Júlia Namie M. P. Ishihara<sup>12</sup>

### RESUMO

O objetivo deste artigo é delinear quais são os parâmetros adequados à análise do cartel *hub-and-spoke* no ordenamento brasileiro, conceituando a prática e determinando os requisitos para a sua configuração. Para tanto, é feita uma análise sobre a jurisprudência e doutrina estrangeira, em especial, a estadunidense, a britânica e a europeia. Ao final, é proposta uma definição de *hub-and-spoke* centrada na verificação da colusão horizontal através das relações comerciais, e não na forma de operacionalização específica do arranjo. Ainda, sustenta-se que o requisito adequado ao cenário brasileiro para a configuração da prática é a comprovação da colusão horizontal entre os “*spokes*”. Quanto ao parâmetro para a análise da ciência dos participantes em relação à colusão horizontal operacionalizada pelo arranjo *hub-and-spoke*, propõe-se o “conhecimento construtivo”. Por fim, aplica-se à conduta de todos participantes a regra de tratamento de ilicitude por objeto.

**Palavras-chave:** cartel *hub-and-spoke*; troca de informações A-B-C; colusão horizontal; relações verticais; relações comerciais.

### ABSTRACT

This article aims to outline which parameters are suitable for the analysis of the hub-and-spoke cartel in Brazil, conceptualizing the practice and determining the requirements for its configuration. To this purpose, an analysis is made of foreign jurisprudence and doctrine, especially American, British and European. In the end, a definition of hub-and-spoke is proposed, centered on verifying horizontal collusion through commercial relations rather than on the specific form of operationalization of the arrangement. Moreover, it is argued that the adequate requirement to the Brazilian scenario for the configuration of the practice is the proof of horizontal collusion between the spokes. As for the parameter for the analysis of the participants' awareness of the horizontal collusion operationalized by the hub-and-spoke arrangement, “constructive *knowledge*” is proposed. Finally, the rule of illegality by object applies to the conduct of all participants.

**Keywords:** hub-and-spoke cartel; A-B-C exchange of information; horizontal collusion; vertical

1 Assistente Técnica na Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: julia.namie.maia@gmail.com.

2 Agradecimentos a Fernanda Garcia Machado, Fernando Amorim, Angelo Gamba Prata de Carvalho e Beatriz Queiroz pelos comentários e sugestões.

relations; commercial relations.

**Classificação JEL:** L41.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A teoria do aro (“rim theory”) – perspectiva estadunidense; 3. A troca de informações A-B-C – perspectiva britânica; 4. A comprovação da intenção conjunta – perspectiva europeia; 5. Parâmetros de análise do cartel *hub-and-spoke* no direito brasileiro; V.1. Definição do cartel *hub-and-spoke*; V.2. Requisitos para a configuração do cartel *hub-and-spoke* no ordenamento brasileiro; V.3. A responsabilização do “hub” no Direito Brasileiro – regra de análise; Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

Cartel é um acordo ou prática concertada entre concorrentes em relação a variáveis concorrencialmente sensíveis – como preços, quantidade de produção, divisão territorial, clientes, entre outros – na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio<sup>3</sup>. Como se depreende da própria definição, essa prática, também chamada de cartel simples<sup>4</sup>, caracteriza-se pela existência de relações horizontais entre concorrentes que interagem e se comunicam diretamente entre si.

Já o cartel *hub-and-spoke* é uma forma de colusão horizontal entre concorrentes (“spokes”) através de relações comerciais com um agente não-concorrente em comum (“hub”) que atua como ponto focal<sup>5</sup>. Dessa forma, o que diferencia o cartel simples do cartel *hub-and-spoke*, também chamado aqui de cartel misto, é a existência de relações horizontais verificadas através de outras relações comerciais, geralmente verticais, dentro do mesmo arranjo.

A colusão *hub-and-spoke*, como explica Orbach (2016, p. 1), soluciona os três problemas principais da formação e manutenção dos cartéis: i) o problema da seleção e coordenação das estratégias colusivas; ii) o problema de monitoramento e punição dos desvios; e iii) o problema de prevenir a entrada ou expansão de não-membros do cartel. Todos estes empecilhos, assim, seriam solucionadas por intermédio do “hub”, que, devido a sua relação comercial vertical com os “spokes”, pode coordenar a conduta, monitorar, punir e interagir com não-membros do cartel<sup>6</sup>.

Nesse sentido, a grande dificuldade na configuração do cartel *hub-and-spoke* está na identificação da colusão horizontal a partir das relações verticais ou comerciais, que, devido à sua própria

3 Confira-se definição estabelecida na Resolução do CADE nº 20/1999: “Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio” (BRASIL, 1999). Em sentido similar: “Cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível” (BRASIL, 2016, p. 14).

4 No presente artigo, esta denominação é utilizada para facilitar a comparação com o cartel *hub-and-spoke*.

5 Para mais detalhes sobre a construção da definição utilizada neste artigo, confira-se o tópico V.

6 Curiosamente, Harrington (2018, p. 52-53) concluiu que o cartel *hub-and-spoke* seria menos efetivo que o cartel simples, pois, enquanto este perduraria por entre 5 e 8 anos, aquele teria uma duração média de 2 anos. O autor especula que isto possivelmente se dá pela falta de diligência dos participantes que, ao não terem que esconder os contatos diretos entre concorrentes, devido à normalidade das comunicações verticais, acabam não se esforçando em manter a prática confidencial e, por conseguinte, sujeitam-se ao vazamento de informações por empresas não alinhadas.

natureza, envolvem a negociação de variáveis concorrencialmente sensíveis necessárias à atividade econômica, como, por exemplo, os preços em um contrato de fornecimento ou as cláusulas restritivas de distribuição. O desafio, assim, é identificar quando relações comerciais legítimas tornam-se uma forma de operacionalização de um cartel.

Diante disso, o objetivo deste artigo é delinear quais são os parâmetros adequados à análise do cartel *hub-and-spoke* no ordenamento brasileiro, no qual ainda não houve um julgamento de um caso do tipo pela autoridade da concorrência<sup>7</sup> e nem se verifica a devida discussão doutrinária sobre o tema<sup>8</sup>. Embora o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) possua extensa jurisprudência sobre cartéis clássicos e difusos, “a classificação de um cartel como *hub-and-spoke* ainda é nebulosa, de modo que a criação de um precedente brasileiro deve ser muito cuidadosa e bem trabalhada”<sup>9</sup>. Além disso, como será visto ao longo deste trabalho, ao contrário dos cartéis simples, o arranjo em questão geralmente se dá por contatos indiretos e envolve agentes verticais, o que torna a sua comprovação mais complexa. Por esses motivos, a necessidade de uma definição da prática no Brasil, bem como dos parâmetros para sua análise, é tão relevante.

Para tanto, este artigo está assim estruturado: além da presente (I) introdução, (II) será analisada a perspectiva estadunidense, construída a partir do cartel *hub-and-spoke* operacionalizado por restrições verticais, e a sua respectiva condição para a configuração da prática, qual seja a teoria do aro (“*rim theory*”). Em seguida, (III) será estudado o cenário britânico, elaborado a partir da operacionalização do arranjo colusivo pela troca indireta de informações (troca de informações A-B-C), bem como os requisitos para sua verificação. Posteriormente, (IV) será examinado o panorama europeu, que emprega para os casos de facilitação de cartel a comprovação da intenção conjunta, apesar de ainda não ter julgado um cartel *hub-and-spoke*. Esclarece-se, desde já, que essas jurisdições foram escolhidas por sua influência na construção das teorias sobre esse tipo de cartel, o que não altera a existência de vários casos relevantes em outros países<sup>10</sup>.

Feitas essas análises sobre as jurisdições estrangeiras, (V) serão delineados quais são os parâmetros adequados de análise do cartel *hub-and-spoke* no direito brasileiro, (V.1) argumentando-se pela pertinência da definição exposta acima e construída neste artigo, bem como pela dos (V.2) requisitos delineados para a configuração da prática. A seguir, (V.3) serão tecidas algumas considerações sobre quais os critérios para a responsabilização do “*hub*” no ordenamento brasileiro, bem

7 Embora a Superintendência-Geral do CADE (SG/Cade) tenha identificado um arranjo *hub-and-spoke* no PA n. 08700.010769/2014-64 (BRASIL, 2014), o Tribunal não chegou a se manifestar sobre o assunto em razão das provas diretas da configuração de cartel no caso. De toda forma, o PA n. 08012.007043/2010-79 (BRASIL, 2010), que versa exclusivamente sobre um cartel *hub-and-spoke*, está pendente de análise pelo Tribunal do CADE. Ademais, ainda se encontram em fase de instrução na SG outros processos que versam sobre o tema: PA n. 08012.006043/2008-37, PA n. 08700.009879/2015-64 e PA n. 08700.008098/2014-71.

8 “Como mencionado, discussões sobre a troca indireta de informações e cartéis *hub-and-spoke* são escassas no Brasil, seja no âmbito do CADE, seja na doutrina” (GALVÃO, 2018, p. 36).

9 Nesse sentido: “[d]e todo modo, ressalta-se a importância de o CADE ter cuidado com a análise do caso. Como visto, a classificação de um cartel como *hub-and-spoke* ainda é nebulosa, de modo que a criação de um precedente brasileiro deve ser muito cuidadosa e bem trabalhada. Não são todas as condutas envolvendo agentes verticais e horizontais que podem ser consideradas cartéis *hub-and-spoke*, da mesma forma que não é toda troca indireta de informações entre concorrentes que deve ser considerada parte de um cartel” (*Id.*, p. 104).

10 Confira-se: Bélgica (BÉLGICA, 2015); Estônia (2017); Polônia (2016); Chile (CONNOR, 2019).

como a regra de análise aplicável.

## II. A TEORIA DO ARO (“RIM THEORY”) - PERSPECTIVA ESTADUNIDENSE

O termo “*hub-and-spoke*” surgiu fora do Direito da Concorrência em um caso de conspiração julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos (1946) em 1946. Curiosamente, o caso antitruste *Interstate Circuit*, um dos primeiros que envolveram um cartel dessa modalidade, foi julgado pela Suprema Corte ainda antes, em 1939, embora não tenha sido empregada essa nomenclatura à época<sup>11</sup>. A mesma situação se verifica no caso *Parke, Davis & Company*, embora tenha sido julgado em 1960 pela Suprema Corte<sup>12</sup>.

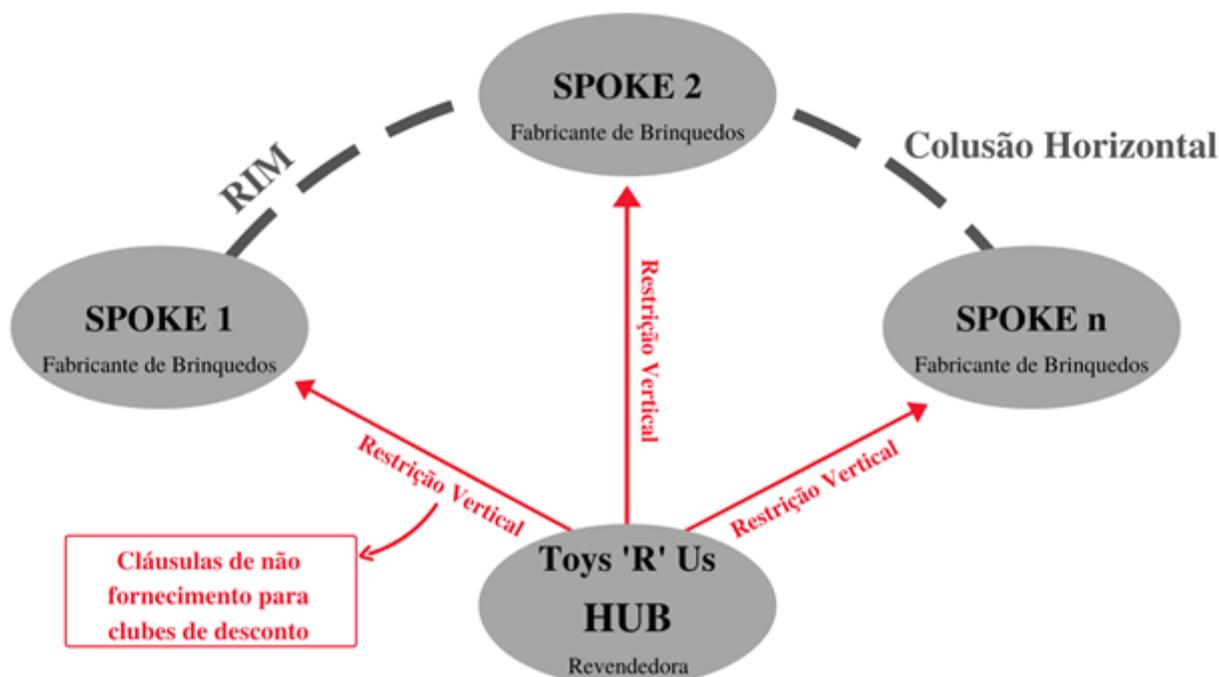
Posteriormente, em 1998, a expressão “*hub-and-spoke*” tornou-se um conceito antitruste conhecido com a decisão do *Federal Trade Commission* (FTC) no caso *Toys ‘R’ Us* (ESTADOS UNIDOS, 1998). A denominação desse tipo de cartel remete-se à figura de uma roda na qual o centro (“*hub*”) é a empresa que, através de sua relação vertical com as empresas que atuam em outra etapa da cadeia produtiva, os raios (“*spokes*”), possibilita ou facilita a colusão horizontal, o aro da roda (“*rim*”), conectando, dessa forma, as empresas concorrentes umas às outras, conforme figura abaixo.

A *Toys ‘R’ Us*, na época a maior revendedora de brinquedos dos Estados Unidos (1998), respondeu à nova pressão competitiva gerada pelos clubes de desconto através de negociação com os fabricantes, induzindo-os a aceitar cláusulas de não fornecimento ou condições desvantajosas para a venda aos clubes (ESTADOS UNIDOS, 1998, p. 1). Embora inicialmente a prática pareça uma conduta unilateral, verificou-se que a *Toys ‘R’ Us* organizou e implementou um acordo horizontal entre vários fornecedores na medida em que, a despeito do poder de mercado da revendedora, fabricantes chaves não queriam se comprometer a recusar vendas ou a discriminar os clubes de desconto a não ser que fossem assegurados de que seus concorrentes fariam o mesmo (ESTADOS UNIDOS, 1998, p. 50).

Desse modo, houve a colusão horizontal tácita entre os fabricantes de brinquedo (“*spokes*”) que aceitaram as restrições verticais da revendedora *Toys ‘R’ Us* (“*hub*”) ao serem assegurados que seus concorrentes fariam o mesmo, apesar de não terem acordado isto de forma direta:

11 Neste caso, *Interstate Circuit* (“*hub*”) era uma operadora de salas de cinema que tentou coordenar os distribuidores de filmes (“*spokes*”) para controlar os preços praticados por cinemas independentes classificadas como “*subsequent-run*”, isto é, que exibiam posteriormente os filmes que já haviam saído de cartaz nas salas “*first-run*” a preços mais baixos. Confira-se: Estados Unidos (1939).

12 Neste caso, *Parke, Davis & Company* (“*hub*”) era um fabricante de produtos farmacêuticos que promoveu a adoção coordenada de um plano de fixação de preços de revenda entre os revendedores (“*spokes*”), reunindo-se individualmente com eles para garantir a adoção conjunta. Destaca-se que, inicialmente a *US District Court for the District of Columbia* entendeu, em 1958, que não havia colusão horizontal, o que demonstra a complexidade de distinção entre esse tipo de colusão e uma conduta unilateral (ESTADOS UNIDOS, 1958). Entretanto, a decisão foi revertida pela Suprema Corte em 1960 (ESTADOS UNIDOS, 1960).



Fonte: Elaboração própria

Esta figura ilustra tanto o caso *Toys 'R' Us*, quanto o funcionamento geral de um cartel *hub-and-spoke* implementado através de restrições verticais. Ademais, pontua-se que o “hub” pode estar à jusante da cadeia produtiva, como acima, ou à montante, como será visto no caso analisado no próximo tópico deste artigo.

O requisito adotado pelas cortes estadunidense para a configuração do cartel *hub-and-spoke* é a comprovação do acordo horizontal entre os concorrente, ou seja, do “*rim of the wheel*” (“aro da roda”) (ORBACH, 2016, p. 3)<sup>13</sup>. Como cita Odudu (2011, p. 237) – em relação ao entendimento empregado em casos criminais de conspiração desse tipo – o “*rim*” pode ser considerado presente quando há prova de que os “*spokes*” estavam cientes da existência um dos outros e que todos promoviam um objetivo em comum.

Ademais, durante o julgamento de recurso do caso *Toys 'R' Us*, estabeleceu-se que o acordo horizontal (“*rim*”) pode ser inferido quando: (i) dois ou mais competidores possuem acordos verticais com um terceiro; (ii) o acordo só é benéfico quando outros competidores estão adotando a mesma conduta; (iii) o terceiro age de uma forma que coordena as empresas competidoras<sup>14</sup>.

Mais recentemente, em 2015, este mesmo entendimento também foi aplicado ao caso *Apple e-books*. Neste caso, em sua entrada no mercado de *e-books*, a Apple aproveitou-se da insatisfação das editoras com a precificação da Amazon – que comprava o direito sobre os *e-books* e os vendia a um preço único de \$9,99 – para negociar com elas contratos de agenciamento, em que as próprias editoras poderiam estabelecer o preço de venda na plataforma, com algumas limitações, em troca de

13 “Under antitrust law, the characteristic that separates an unlawful conspiracy facilitated through vertical relationships from a lawful vertical arrangement is proof of a horizontal ‘agreement’ among competitors. In hub-and-spoke conspiracies, this agreement is the ‘rim’ that connects the spokes”.

14 Confira-se: Estados Unidos (2000).

uma comissão de 30%. O contrato, ainda, tinha uma cláusula de paridade de preços, que obrigava as editoras a não vender *e-books* na plataforma da Apple com preços superiores do que em qualquer outra plataforma. Com todas as grandes editoras agindo ao mesmo tempo – o que foi assegurado pela Apple através das negociações individuais –, foi possível que estas negociassem contratos de agenciamento também na Amazon, sem assumir o risco dessa estratégia individualmente, o que acarretou no aumento de preços e possibilitou a entrada da Apple no mercado. Diante disso, a Apple foi condenada por orquestrar a colusão horizontal entre as editoras, que não foram condenadas por terem celebrado acordos com as autoridades (ESTADOS UNIDOS, 2015).

O caso *Apple e-books* também ilustra importante discussão quanto à regra de tratamento a ser aplicada para o “*hub*”. Embora seja fácil perceber que os “*spokes*”, como membros da colusão horizontal, devem ter a conduta analisada sob a regra *per se*, aplicável na jurisdição estadunidense a casos de cartel em geral, tal conclusão não é intuitiva em relação ao “*hub*”. Devido a este possuir uma relação vertical com os demais participantes da conduta, é arguível que em relação a ele se aplicaria a regra da razão, tratamento geralmente dado a acordos e restrições verticais. No entanto, no julgamento do recurso da Apple, a corte reforçou o entendimento, já aplicado nos casos vistos anteriormente neste tópico, de que todos os participantes do arranjo *hub-and-spoke* estão sujeitos à responsabilidade *per se*:

*Consistent with this principle, the Supreme Court and our Sister Circuits have held all participants in “hub-and-spoke” conspiracies liable when the objective of the conspiracy was a per se unreasonable restraint of trade (ESTADOS UNIDOS, 2015, p. 73).*

[...]

*Instead, the question is whether the vertical organizer of a horizontal conspiracy designed to raise prices has agreed to a restraint that is any less anticompetitive than its co-conspirators, and can therefore escape per se liability. We think not (ESTADOS UNIDOS, 2015, p. 81).*

As divergências quanto a este julgamento, como a arguida por Klein, que discorda da condenação *per se* da Apple<sup>15</sup>, ilustram a dificuldade de se delimitar quando relações contratuais verticais lícitas se tornam colusões *hub-and-spoke* e qual a responsabilidade do “*hub*” nesse cenário. Em sentido contrário ao entendimento jurisprudencial, Falls e Saravia (2015, p. 23) entendem que a dificuldade de analisar os incentivos, a intenção e os benefícios do “*hub*” nos vários tipos de casos *hub-and-spoke* faz com que a melhor abordagem seja a aplicação da regra da razão ao acordo vertical, considerando-se, na análise dos seus danos em comparação com efeitos pro-competitivos, se

15 Nesse sentido, confira-se o entendimento de Klein (2017, p. 474): “*This analysis of the Apple e-books case accepts the factual description of events established at trial. It disagrees with the per se condemnation of Apple based on the court’s conclusion that the MFN term in the Apple iBookstore contracts forced the Publishers to jointly demand that Amazon accept agency. This is how the court contractually tied Apple’s contracts to the horizontal Publisher conspiracy to move Amazon to agency. Instead, it was Apple’s prospective entry in the face of the Publishers’ windowing programs, collusively introduced before Apple had even begun its Publisher negotiations, that created the economic motivation for Amazon to rapidly accept agency and hence the success of the Publisher conspiracy.*”

ele facilitou a colusão horizontal em outro nível de distribuição<sup>16</sup>. Cabe pontuar, contudo, que este entendimento é minoritário.

Verifica-se, assim, que a doutrina e a jurisprudência estadunidense construíram-se a partir da verificação da colusão *hub-and-spoke* através de restrições verticais, como, por exemplo, fixação de preço de revenda<sup>17</sup>, cláusulas de não fornecimento<sup>18</sup> e de paridade de preços<sup>19</sup>. Isto influenciou o próprio conceito desse tipo de cartel de autores como Orbach (2016, p. 1)<sup>20</sup>, Klein (2017, p. 426)<sup>21</sup>, Amore (2016, p. 2)<sup>22</sup>, Falls e Saravia (2015, p. 9)<sup>23</sup>, que definem o arranjo, em linhas gerais, como uma colusão horizontal entre concorrentes através de restrições ou acordos verticais com um ente em um outro nível da cadeia produtiva. Esta definição, no entanto, não é suficiente para abranger também os casos em que não se verificam restrições verticais, mas apenas troca de informações indireta entre concorrentes através de um agente vertical em comum<sup>24</sup>.

### III. A TROCA DE INFORMAÇÕES A-B-C - PERSPECTIVA BRITÂNICA

De forma distinta do que se viu no panorama estadunidense, a perspectiva britânica se desenvolveu através de casos nos quais se verificaram uma troca indireta de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes (“A e C”) através de um ente em outro nível da cadeia produtiva (“B”)<sup>25</sup>. Este arranjo ficou conhecido como troca de informações A-B-C, ou cartel A-B-C.

16 “Given the difficulty of determining when and how to apply the *per se* rule and the potential for false positives, it would appear that the better approach is to apply the rule of reason to the vertical agreement but to consider, when weighing the potential harms of the agreement against its procompetitive effect, whether the agreement facilitates a horizontal conspiracy at another level of distribution.”

17 Veja-se, novamente o caso *Parke, Davis & Company*.

18 Como o caso *Toys ‘R’ Us*

19 Confira-se, o caso *Apple e-books*.

20 “In antitrust law, a *hub-and-spoke* conspiracy is a cartel in which a firm (the hub) organizes collusion (the rim of the wheel or the rim) among upstream or downstream firms (the spokes) through vertical restraints”.

21 “A *hub-and-spoke* conspiracy involves the use of vertical contracts a buying firm, or hub, has with suppliers, or spokes, to establish and stabilize a horizontal agreement among the spokes by specifying the collusive terms under which the suppliers must deal with buyers”.

22 “A constituent element of H&S practices is indeed the repeated interaction between economic players operating at different levels of the supply chain, which would normally be expected to have divergent commercial needs, but which, in certain circumstances and for different business reasons, through the triangle-shaped dynamic end up having at least one convergent interest: the creation of horizontal collusion (at some level, downstream or upstream) through a network of similar vertical restraints with the ultimate objective of reducing competition at the downstream level”.

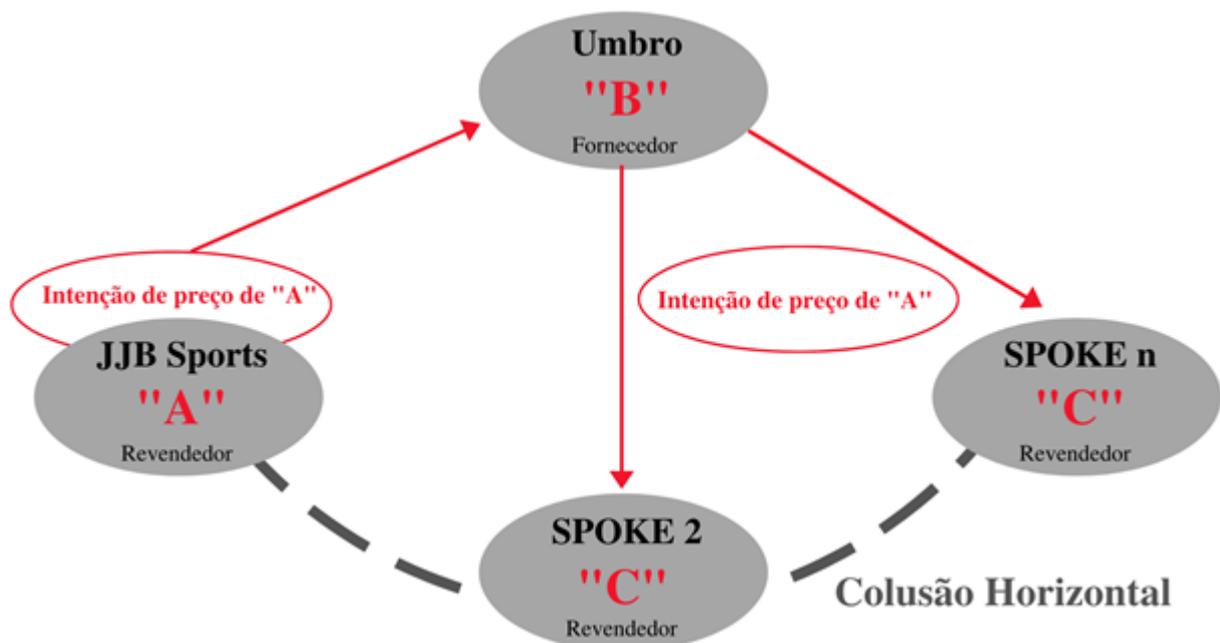
23 “For example, a conspiracy might involve several manufacturers and a common distributor. Such conspiracies are often labeled “*hub-and-spoke*” conspiracies, because, using the analogy of a wheel, the common distributor is analogized to the “hub” of a wheel, its vertical agreements with the manufacturers are analogized to the “spokes” of a wheel, and a horizontal agreement among the manufacturers is analogized to the “rim” of a wheel.”

24 A título de exemplo, confira-se o caso *Dairy retail price* (REINO UNIDO, 2011).

25 Nesse sentido: “The so-called *hub-and-spoke* collusion generally involves retail competitors and their common supplier(s); sensitive information is passed between competitors not directly but through a supplier that facilitates price collusion. Also named A to B to C information exchange, these collusive practices have been discussed quite extensively by competition policy authorities” (SAHUGUET; WALCKIERS, 2014, p. 2).

Um exemplo que ilustra bem a prática é o caso *Replica Football Kit*, julgado pelo *Office of Fair Trading* (OFT), antiga autoridade concorrencial britânica, em 2003<sup>26</sup>. Umbro era um produtor de réplicas autênticas de kits de futebol que as fornecia para vários revendedores, dentre eles JJB Sports, um dos líderes do mercado. Embora houvesse um preço recomendado de revenda pelo fabricante, as revendedoras concorriam entre si fazendo descontos. Neste cenário, em resposta às queixas da JJB Sports, a Umbro, através de seus contatos com seus revendedores, compartilhou as intenções de preço de forma indireta. Diante disso, o OFT condenou várias empresas pelo envolvimento no acordo ou na prática concertada que ocasionou o alinhamento de preços em relação aos da JJB Sports (REINO UNIDO, 2003).

O OFT reconheceu que o preço recomendado de revenda (REINO UNIDO, 2003), apesar de não ser ilícito quando é apenas uma recomendação, no referido caso, operou como um ponto focal da conduta concertada. No entanto, verifica-se que o ponto central da análise é o compartilhamento indireto de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes para promover uma colusão de preços através de um fornecedor comum, conforme ilustrado na figura a seguir:



Fonte: Elaboração própria

Como pode se ver pela figura acima, o arranjo da prática é o mesmo visto no tópico anterior, apenas com a distinção de que é operado pela troca de informação concorrencialmente sensível, e não necessariamente por restrições verticais.

No julgamento conjunto de recurso desse caso e do *Toys and Games*<sup>27</sup>, a Corte de Apelações estabeleceu os seguintes requisitos para a configuração da prática:

26 Em 2014, o OFT e a Comissão de Concorrência tornaram-se um único órgão, o *Competition and Markets Authority* (CMA) (<https://bit.ly/3lNP5bg>).

27 Neste caso, diante de reclamações da Argos e da Littlewoods, dois dos maiores revendedores de brinquedo, a Hasbro, uma fabricante, instituiu uma iniciativa de preço recomendado de revenda e, por meio de reuniões e contatos separados com cada um deles, assegurou-os que ambos iriam aderir ao novo plano de precificação, aumentando as margens. As três empresas foram condenadas. Veja: Reino Unido (2003).

se (i) o revendedor A divulga ao fornecedor B suas futuras intenções de preço em circunstâncias tais que A possa considerar que B fará uso dessas informações para influenciar as condições do mercado, passando essas informações para outros revendedores (dos quais C é ou pode ser um), (ii) B, de fato, passa essas informações para C nas circunstâncias em que C pode ser levado a conhecer as circunstâncias em que as informações foram divulgadas por A para B e (iii) C, de fato, usa as informações na determinação de suas próprias intenções de preços futuros, então A, B e C todos devem ser considerados partes de uma prática concertada que tenham por objeto a restrição ou distorção de concorrência. O caso é ainda mais forte onde há reciprocidade: no sentido de que C divulga ao fornecedor B suas futuras intenções de preços em circunstâncias em que C possa considerar que B fará uso dessas informações para influenciar as condições de mercado, passando essas informações para (entre outros) A, e B assim o faz (REINO UNIDO, 2006, p. 141, tradução nossa).

Com os padrões acima, ainda que não tenha tido diferença para os casos concretos analisados, a Corte de Apelações modificou o entendimento da instância anterior, o Tribunal de Apelações Concorrenciais, que tinha estabelecido, na primeira etapa, circunstâncias em que fosse razoavelmente previsível – *constructive knowlegde* – que B possa fazer uso dessas informações para influenciar as condições de mercado<sup>28</sup>. A Corte de Apelações, por sua vez, entendeu que seria necessário um conhecimento de fato, tanto de A quanto de C, do papel que B estava exercendo para que a prática seja configurada – *actual knowledge* (WHELAN, 2009, p. 837)<sup>29</sup>. Conforme explica Whelan, a abordagem do Tribunal de Apelações Concorrenciais – *constructive knowlegde* – tem maior probabilidade de facilitar uma política concorrencial que favorece a proteção máxima para o bem-estar do consumidor, ao passo que a abordagem da Corte de Apelações – *actual knowledge* – provavelmente seria mais consistente com a jurisprudência europeia sobre práticas concertadas, embora não haja nenhum julgado sobre esta matéria ainda na União Europeia (WHELAN, 2009, p. 844)<sup>30</sup>.

28 “That being so, we do not need to decide, in the context of the Football Shirts appeal, whether Mr Lasok’s criticism of paragraph 659 of the Tribunal’s judgment, referred to at paragraph [32] above, is justified. But it does seem to us that the Tribunal may have gone too far, in that paragraph, insofar as it suggests that if one retailer (A) privately discloses to a supplier (B) its future pricing intentions “in circumstances where it is reasonably foreseeable that B might make use of that information to influence market conditions” and B then passes that pricing information on to a competing retailer (C) then A, B and C are all to be regarded as parties to a concerted practice having as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition. The Tribunal may have gone too far if it intended that suggestion to extend to cases in which A did not, in fact, foresee that B would make use of the pricing information to influence market conditions or in which C did not, in fact, appreciate that the information was being passed to him with A’s concurrence. This is not such a case on the facts.” (Id, para. 91)

29 “For this court, then, constructive knowledge of the role of the supplier is not sufficient to establish the existence of a concerted practice—actual knowledge is required, ie the retailer must “foresee” that the supplier will use the information to upset the competitive process. Such knowledge is required not only of the retailer but also of its competitor: the competitor of the retailer must “appreciate” that the retailer is using the supplier to forward the information at issue. So, although it was not strictly relevant to the actual outcome of these cases, the Court of Appeal’s judgment suggests that actual knowledge of the role being played by the supplier is required of both the retailer and its competitor in order for a concerted practice to be found”.

30 “It was argued further, however, that the approaches’ appeals in terms of policy and law differ: the stricter approach of the CAT is more likely to facilitate a competition policy that favours the maximum protection for consumer welfare, while the approach of the Court of Appeal is more likely to be consistent with EC-level jurisprudence on the concept of a “concerted practice”.

De toda forma, o OFT se manifestou, em 2011, no caso *Dairy retail price*<sup>31</sup> que os elementos do teste seriam alternativos. Dessa forma, para o primeiro passo, bastaria demonstrar que pode ser considerado que o distribuidor A tenha intencionado, ou, alternativamente, de fato previsto que o distribuidor B usaria a informação para influenciar as condições de mercado repassando-a a concorrentes. Do mesmo modo, em relação ao segundo passo, é suficiente comprovar que pode ser considerado que o distribuidor C tenha tomado conhecimento das circunstâncias nas quais a informação foi repassada de A para B, ou, alternativamente, o revendedor C de fato percebeu que a informação estava sendo repassada para ele com a anuência de A (REINO UNIDO, 2011, p. 50).

Já o último requisito, de que C tenha feito uso das informação recebida na sua própria precificação, poderia ser presumido, de forma relativa, se a empresa que as recebeu permaneceu ativa no mercado, particularmente se a prática ocorrer de forma regular durante um longo período<sup>32</sup>. Esta presunção foi estabelecida pela Comissão Europeia (1999) no caso *Anic* e é aplicável em toda a Europa para casos de práticas concertadas.

Odudu (2011, p. 224-225) justifica tal presunção sobre três perspectivas: (i) se o uso da informação dessa forma foi um dos efeitos pretendidos pelas partes com a sua divulgação; (ii) separadamente, se houver uma alta probabilidade de que esse uso ocorra em todos os casos ou na maioria deles; e (iii) a presunção altera o ônus probatório, sendo mais fácil para C provar que não usou a informação do que um terceiro provar o contrário.

O autor, ademais, observa que essa presunção relativa transfere o ônus probatório de demonstrar que não fazia uso das informações divulgadas para C e, portanto, coloca-o sob a obrigação de tomar medidas positivas para remover os efeitos que essa divulgação de informação tem em suas operações contínuas (ODUDU, 2011, p. 227). Importa ressaltar, ainda, que a situação é outra quando C solicita a informação compartilhada, visto que se considera que quem requer algo tem a intenção de utilizá-lo (ODUDU, 2011, p. 228).

Quanto à regra de tratamento aplicável a B (“hub”), apesar de a questão não ter sido endereçada de forma explícita nos casos acima, depreende-se que o arranjo como um todo foi classificado como um ilícito por objeto. No caso *Replica Football Kit*, o OFT considerou que tanto os acordos horizontais quanto os verticais existentes nesse tipo de colusão tiveram como objeto a restrição da concorrência, não sendo necessário, assim, a comprovação de efeitos anticompetitivos<sup>33</sup>. Já em *Dairy retail price*, entendeu-se que a divulgação indireta de intenção de preço de revenda via agente vertical comum é semelhante e tem o mesmo objeto que coordenações horizontais (REINO UNIDO,

31 Neste caso, o OFT considerou que nove supermercados tinham trocado indiretamente informações comercialmente sensíveis, em especial suas intenções de precificação, através de um processador de laticínios, com a finalidade de aumentar os preços de revenda desses produtos. Confira-se: Reino Unido, 2011.

32 “[S]ubject to proof to the contrary, which it is for the economic operators concerned to adduce, there must be a presumption that the undertakings participating in concerting arrangements and remaining active on the market take account of the information exchanged with their competitors when determining their conduct on that market, particularly when they concert together on a regular basis over a long period” (COMISSÃO EUROPEIA, 1999).

33 “In the present case all the parties took part in agreements to sell Umbro licensed Replica Shirts during key selling periods at High Street Prices. These included both horizontal agreements (between retailers) and vertical agreements (between Umbro, MU and the retailers). The OFT considers that the agreements described above have as their object an appreciable restriction of competition” (REINO UNIDO, 2003).

2011). Depreende-se, portanto, que, embora não tenha sido expressamente endereçada nas decisões, a conduta do “hub” seria uma infração por objeto na jurisdição britânica.

Verifica-se, diante do cenário abordado neste tópico, que a jurisprudência britânica, apesar de constatar a existência acordos verticais em alguns casos<sup>34</sup>, centrou-se na troca indireta de informações comercialmente sensíveis através de um agente vertical em comum, o que influenciou os conceitos de cartel *hub-and-spoke* ou A-B-C de vários autores, como Sahuguet e Walckiers (2017, p. 354)<sup>35</sup>, Odudu (2011, p. 205)<sup>36</sup> Prewitt e Fails (2015, p. 63)<sup>37</sup>, Bolecki,(2011, p. 25)<sup>38</sup> e Whelan<sup>39</sup>.

Entretanto, definições como essas podem ser insuficientes em relação a casos nos quais o arranjo seja operacionalizado por acordos ou restrições verticais. Ainda que estes cenários, por óbvio, também envolvam algum tipo de comunicação vertical entre fornecedor e revendedor, pode ser que esta não configure a troca de informações A-B-C segundo os requisitos vistos ao longo deste tópico.

#### IV. A COMPROVAÇÃO DA INTENÇÃO CONJUNTA - PERSPECTIVA EUROPEIA

Não há um conceito de cartel *hub-and-spoke* definido na legislação europeia (GIOVANNETTI; STALLIBRASS, 2009) e a Comissão Europeia ainda não julgou nenhum caso do tipo (OCDE, 2019). Contudo, apesar de não haver menção expressa ao termo *hub-and-spoke* ou A-B-C, estes arranjos são mencionados nas diretrizes para interpretação do art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU), em relação à troca de informações<sup>40</sup>, e nas diretrizes sobre restrições

34 A título de exemplo, confira-se novamente, Reino Unido (2003).

35 “The so-called hub-and-spoke collusion generally involves retail competitors and their common supplier(s). For instance, retailers may share sensitive information not directly but through a common supplier (this practice is also called A to B to C information exchange). The common supplier can also help retailers to coordinate price increases or serve as a category captain to organize marketing decisions”.

36 “One of the most interesting and challenging competition law questions of recent times has been the attempt to control the information an undertaking can receive about its competitors—not from the competing undertaking directly, but via a common trading partner”.

37 “The classic example of a hub-and-spoke collusion (or an A-B-C information exchange) involves the exchange of strategic information, typically relating to pricing, between two or more horizontal competitors operating at the same level of the production/distribution chain (A and C) via common contractual party operating at a different level of the production/distribution chain (B)”.

38 “Hub-and-spoke consists of the sharing of confidential trade information between the supplier and its retailers [...]” (BOLECKI, 2011, p. 25).

39 “This form of collusion can occur where parties to a horizontal agreement or concerted practice conspire directly with one “hub” or main party, who may be either a supplier or a distributor.9 In this context, the hub will act as “an intermediary that speaks individually to each of the competitors and then relays each competitor’s agreement . . . to the other competitors in a series of one-to-one conversations” (WHELAN, 2009, p. 824-825).

40 “Secondly, data can be shared indirectly through a common agency (for example, a trade association) or a third party such as a market research organisation or through the companies’ suppliers or retailers” (COMISSÃO EUROPEIA, 2011, p. 55).

verticais, na parte gerenciamento de categorias<sup>41</sup> e de fixação de preço de revenda<sup>42</sup>.

De toda maneira, como pontua a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)(OCDE, 2019, p. 21), a Comissão Europeia tem uma longa tradição de casos de práticas concertadas, isto é, uma forma de coordenação que, sem se ter desenvolvido até à celebração de um acordo propriamente dito, conscientemente substitui os riscos da concorrência entre as empresas por uma cooperação prática, tendo sido associada à troca de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes.

Ademais, a jurisprudência europeia providenciou os seguintes parâmetros para a responsabilização de facilitador em casos de cartel, que poderiam ser estendidos à análise da conduta do “hub”: (i) a intenção de contribuir pela sua própria conduta aos objetivos comuns perseguidos pelos cartelistas; (ii) a consciência (ou previsibilidade razoável) da conduta real planejada ou efetivada pelos cartelistas na persecução desses objetivos e (iii) a disposição de correr riscos (OCDE, 2019, p. 27, tradução nossa).

Importa ressaltar, ainda, que a Comissão Europeia já se manifestou, indiretamente, sobre a forma de análise de cartéis dessa modalidade na decisão do caso *E-books*, embora não tenha concluído pela configuração ou não do ilícito por ter sido celebrado um termo de compromisso com as partes envolvidas. Na ocasião, destacou-se que a avaliação da existência da prática concertada não é afetada pela existência de um *player* ativo em um nível da cadeia produtiva diferente dos demais, sendo suficiente para a configuração do ilícito que haja uma intenção conjunta das empresas de atuarem no mercado de uma forma específica<sup>43</sup>.

Pode-se compreender, assim, que seria aplicável ao “hub” o mesmo padrão de comprovação de intenção conjunta que já é aplicado pela Comissão Europeia em relação às práticas concertadas. Ainda, a referida decisão entendeu que a prática concertada entre os quatro editores e a Apple teria como objeto prevenir, restringir ou distorcer a competição em relação aos *e-books*<sup>44</sup>. Diante disso, entende-se, também, que a conduta do “hub” seria uma infração por objeto também no cenário europeu.

41 “Category management may also facilitate collusion between suppliers through increased opportunities to exchange via retailers sensitive market information, such as for instance information related to future pricing, promotional plans or advertising campaigns” (COMISSÃO EUROPEIA, 2010, p. 212).

42 “Secondly, by eliminating intra-brand price competition, RPM may also facilitate collusion between the buyers, i.e. at the distribution level. Strong or well organised distributors may be able to force/convince one or more suppliers to fix their resale price above the competitive level and thereby help them to reach or stabilise a collusive equilibrium. This loss of price competition seems especially problematic when the RPM is inspired by the buyers, whose collective horizontal interests can be expected to work out negatively for consumers” (COMISSÃO EUROPEIA, 2010, p. 224).

43 O caso diz respeito a fatos similares ao do *Apple e-books*, condenado na jurisdição americana, já analisado neste artigo. Confira-se o trecho referido no texto deste artigo: “The assessment of the existence of a concerted practice is not affected by the fact that an undertaking may be active on a level of trade different from that of other participants in a concerted practice. Rather, it is sufficient that there is a “joint intention [of the undertakings] to conducting themselves on the market in a specific way.”<sup>11</sup> Thus, the relevant market on which a member of a concerted practice is active does not need to be the same as the market on which that concerted practice is deemed to materialize” (COMISSÃO EUROPEIA, 2012, p. 16).

44 “A concerted practice, as examined in this case, which aims to raise retail prices or to prevent the introduction of lower retail prices has, by its very nature, the potential to restrict competition. Therefore, the Commission’s preliminary view is that the concerted practice between and among the Four Publishers and Apple had the object of preventing, restricting or distorting competition for e-books in the EEA” (COMISSÃO EUROPEIA, 2012, p. 19).

Por fim, importa ressaltar que a limitação de casos do tipo *hub-and-spoke* no panorama europeu pode ser explicada, não só pela dificuldade de se investigar e provar arranjos do tipo, mas também porque eles poderiam estar sendo julgados como condutas unilaterais, em especial, de fixação de preços de revenda (FPR)<sup>45</sup>.

Verifica-se que o enquadramento de arranjos *hub-and-spoke* como uma conduta de fixação de preços de revenda – se esta for considerada um ilícito por objeto na jurisdição em questão – poderia ser um atalho para a autoridade concorrencial, visto que os requisitos para a configuração da FPR são muito mais baixos e não seria necessária uma análise de efeitos ou de relações multilaterais complexas (OCDE, 2019, p. 31)<sup>46</sup>. Entretanto, a OCDE pontua que essa decisão do órgão antitruste deve ter consciência de uma série de consequências, como o nível das multas, o dano reputacional dos infratores, a aplicabilidade ou não do programa de leniência e de medidas investigativas como buscas e apreensões (OCDE, 2019, p. 31)<sup>47</sup>.

Não obstante, o ponto negativo mais premente de se enquadrar um cartel *hub-and-spoke* como uma FPR é que esta, por ser uma conduta unilateral, acarretaria a punição apenas do “*hub*”, ignorando a colusão horizontal dos “*spokes*”. Neste cenário, haveria a impunidade dos concorrentes que integraram a prática, visto que o cartel sequer seria analisado, não sendo este enquadramento, portanto, adequado à dissuasão de infrações à ordem econômica.

Ainda, o referido “atalho” só é possível em casos nos quais a FPR foi a restrição vertical utilizada pelo arranjo *hub-and-spoke*. Permaneceria, assim, a necessidade de a autoridade antitruste cumprir com os padrões mais elevados para a configuração desse tipo de cartel nos casos em que fossem utilizadas outras restrições verticais ou a troca de informação concorrencialmente sensível. É possível, ademais, que o órgão antitruste, levando em conta a presunção geral de que restrições verticais têm menor potencial danoso e ao não considerar ativamente a possibilidade de casos *hub-and-spoke*, acabe por não punir cartéis desse tipo, cometendo o erro do tipo II – falso negativo<sup>48</sup>.

Verifica-se, portanto, que a persecução de cartel *hub-and-spoke* como conduta de fixação de preço de revenda não é adequada à efetividade da política concorrencial e não promove a devida dissuasão da prática.

45 *Nesse sentido: The difficulties in investigating and proving a hub-and-spoke case may explain the very limited European case practice to date. At the same time, a number of European agencies has prosecuted and fined RPM violations, and the European Commission has recently enforced against RPM again*”(OCDE, 2019, p. 25).

46 Neste caso, nas jurisdições em que o FPR é um ilícito por objeto, bastaria a comprovação dos requisitos do ordenamento em questão para a configuração da prática, em geral, a demonstração de que fornecedor fixou os preços dos revendedores.

47 *“However, the choice of proceeding – RPM or hub-and-spoke – may influence the tools an agency can use for the investigation, as well as the level of fines, and the reputational damage to the offenders. The leniency system of a jurisdiction or its investigation powers such as dawn raids may only apply to horizontal competition violations. The rules and ceilings for fines may also differ for horizontal and vertical restraints, and they tend to be lower for vertical restraints.<sup>87</sup> In the end, agencies will have to make an informed choice that balances procedural efficiencies, the availability of investigation tools, the prospective level of fines, and the message they want to send with a case”.*

48 Em sentido similar, veja: *“Since Bork, antitrust law has presumed that vertical restraints are innocuous. Thus, vertical restraints, even in highly concentrated industries, do not generally draw the attention of antitrust authorities. While the modal uses of vertical restraints are undoubtedly efficiency enhancing, limited antitrust scrutiny allows cartels to use vertical restraints in ways that harm consumers”* (LEVENSTEIN; SUSLOW, 2014, p. 48).

## V. PARÂMETROS DE ANÁLISE DO CARTEL *HUB-AND-SPOKE* NO DIREITO BRASILEIRO

### V.1. Definição do cartel *hub-and-spoke*

Como visto nos tópicos anteriores, as definições doutrinárias e jurisprudenciais de cartel *hub-and-spoke* foram influenciadas, em grande medida, pela forma como foi operacionalizado o arranjo nos casos julgados nas respectivas jurisdições. Nesse sentido, em linha com a perspectiva estadunidense, diversos autores, conceituam a prática, de forma geral, como o cartel operacionalizado por acordos ou restrições verticais<sup>49</sup>, não incluindo, assim, outras formas de configuração, como a que se dá exclusivamente pela comunicação indireta entre concorrentes<sup>50</sup>. Por outro lado, as definições alinhadas com o panorama britânico centram-se na troca indireta de informações comercialmente sensíveis<sup>51</sup>, de modo que podem não abranger alguns casos de restrições verticais, em especial se inexisterem comunicações sobre matérias sensíveis como precificação.

Não obstante, conforme pontuado ao longo deste artigo, embora possuam características operacionais distintas, os casos aqui analisados possuem essencialmente o mesmo arranjo, qual seja a intermediação da colusão horizontal por um agente não-concorrente que atua como ponto focal entre os “*spokes*”<sup>52</sup>. Não por outro motivo que as definições utilizadas pela OCDE (2019, p. 5)<sup>53</sup> e por Harrington Jr.(2018, p. 2)<sup>54</sup> para os arranjos *hub-and-spoke* são misturas dos conceitos encontrados nas jurisdições estadunidense e britânica.

Diante disso, o presente artigo, como já adiantado, optou pela seguinte definição: o cartel *hub-and-spoke* é uma forma de colusão horizontal entre concorrentes (“*spokes*”) através de relações comerciais com um agente não-concorrente em comum (“*hub*”) que atua como ponto focal.

Dessa forma, o conceito aqui empregado tem como ponto central a verificação da colusão horizontal através de relações comerciais, geralmente verticais, e não a forma específica de operacionalização do arranjo, isto é, se por troca indireta de informações concorrencialmente sensíveis, restrições verticais ou outras quaisquer. Destaca-se que a vantagem disso é que, ao contrário das perspectivas britânica e estadunidense, que estão restritas a uma forma de configuração cada, a

49 Confira-se, novamente, o último parágrafo do tópico II.

50 Para um caso de troca indireta de informação concorrencialmente sensível, veja, novamente o caso *Dairy retail price* (REINO UNIDO, 2011).

51 Confira-se, novamente, o último parágrafo do tópico III

52 Em sentido similar, confira-se Sahuguet e Walckiers (2014, p. 711): “*Although there does not exist a unique definition of these practices – and the details of their functioning differ – they are horizontal in nature (ie parties are mainly active on the same relevant market), but, instead of communicating or agreeing directly between themselves, the parties communicate and/or agree indirectly through a third party active on another relevant market. The involvement of a non-competitor brings a vertical element to the infringement*”.

53 “*Hub-and-spoke arrangements can be characterised as any number of vertical exchanges or agreements between economic actors at one level of the supply chain (the spokes), and a common trading partner on another level of the chain (the hub), leading to an indirect exchange of information and some form of collusion between the spokes*”.

54 “*Referred to as a hub-and-spoke cartel, the spokes are the colluding competitors and the hub is an upstream supplier or downstream customer that facilitates collusion by the spokes. The horizontal agreement among the spokes is referred to as the rim, for it connects the spokes. Coordination occurs by each spoke communicating with the hub, and the hub sharing information it has learned from one spoke with the other spokes*”.

definição aqui proposta, além de abranger ambas, pode incluir outros formatos inteiramente novos, por exemplo, no mercado digital.

É possível que, por exemplo, uma plataforma ou uma fornecedora de algoritmos atue como “hub” das empresas que a utilizam (“spokes”). Nesse sentido, uma das categorias de colusão algorítmica identificada por Ezrachi e Stucke (2017, p. 1782) é precisamente a chamada “hub and spoke”, e se configura quando um desenvolvedor, através de um conjunto de acordos verticais semelhantes com muitos dos concorrentes do setor, pode dar origem a uma colusão, elevando os preços<sup>55</sup>. Em sentido contrário, contudo, a OCDE entende que a coordenação de preços por algoritmos é um cartel simples auxiliado por um facilitador<sup>56</sup>, embora reconheça que ferramentas online de precificação e monitoramento possam facilitar cartéis *hub-and-spoke* (OCDE, 2019, p. 39)<sup>57</sup>.

Diante disso, importa ressaltar dois pontos: (i) entende-se aqui que o “hub” não necessariamente precisa integrar a cadeia produtiva e (ii) a atuação do “hub” é diferente de um facilitador de cartel.

Quanto ao primeiro ponto, apesar de grande parte dos autores aqui mencionados apresentar em seu próprio conceito da prática que o “hub” atua na cadeia produtiva em uma etapa distinta dos “spokes”, outros estendem sua definição para agentes de fora desta. Nesse sentido, Perinetto (2019, p. 3) afirma que o “hub” é um terceiro que atua ativamente em outro nível da cadeia de produ-

55 Confira-se: *“The second category—Hub and Spoke—concerns the use of a single algorithm to determine the market price charged by numerous users. In this scenario, a single vertical agreement by itself may not necessarily generate anticompetitive effects and does not necessarily reflect an attempt to distort market prices. Yet, a cluster of similar vertical agreements with many of the industries’ competitors may give rise to a classic hub-and-spoke conspiracy, whereby the developer (as the hub) helps orchestrate industry-wide collusion, leading to higher prices.*

56 Importa ressaltar, neste ponto, o caso *Eturas*, no qual o Tribunal de Justiça Europeu julgou pela possibilidade de uma plataforma digital ser uma facilitadora da colusão, configurando uma prática concertada entre os seus usuários. No caso em questão, *Eturas*, um sistema online de reservas de viagens utilizado por várias agências de turismo na Lituânia, introduziu um limite para descontos nas reservas online de 3%, informando os usuários a respeito. Destaca-se que, embora a opinião do Advogado-Geral tenha apontado que o caso não seria um cartel *hub-and-spoke*, esta foi embasada justamente na definição de troca de informações A-B-C (TRIBUNAL..., 2015). Já o Tribunal de Justiça Europeu, embora não tenha se manifestado sobre a configuração ou não de um arranjo *hub-and-spoke*, decidiu que: *“Article 101(1) TFEU must be interpreted as meaning that, where the administrator of an information system, intended to enable travel agencies to sell travel packages on their websites using a uniform booking method, sends to those economic operators, via a personal electronic mailbox, a message informing them that the discounts on products sold through that system will henceforth be capped and, following the dissemination of that message, the system in question undergoes the technical modifications necessary to implement that measure, those economic operators may – if they were aware of that message – be presumed to have participated in a concerted practice within the meaning of that provision, unless they publicly distanced themselves from that practice, reported it to the administrative authorities or adduce other evidence to rebut that presumption, such as evidence of the systematic application of a discount exceeding the cap in question”* (TRIBUNAL..., 2016).

57 *“While it may be tempting to argue a renaissance of hub-and-spoke cases fuelled by new technologies, algorithms, platforms and online pricing, the reality looks less exciting so far. When algorithms are used to co-ordinate pricing behaviour between firms, this will be better characterised as an outright horizontal collusion, or a horizontal collusion achieved through a facilitator or intermediary. The same is true for platforms, which directly impose prices on the sellers of goods or services, often using an algorithm. The horizontal collusion does not emanate from an often inherently legal vertical relationship and exchange between a supplier and its retailers (or vice versa), but is the result of an exchange or co-ordination that has no other purpose than the collusive outcome. However, online pricing and monitoring can certainly facilitate hub-and-spoke arrangements, because they increase market transparency, facilitate monitoring, and enable immediate reactions to deviations from the common scheme. Retail platforms may assume the role of the hub to align the competitive behaviour of the suppliers active on the platform, just as in the offline world”.*

ção ou que nem está presente no mesmo mercado das partes interessadas (por exemplo, uma firma de consultoria). Já Prewitt e Fails (2015, p. 64) entendem que o “hub” pode ser um terceiro que não é um parceiro contratual na cadeia produtiva, mas que ainda tem um interesse comercial na colusão e, portanto, age como um facilitador<sup>58</sup>.

Não se verifica, a priori, qualquer óbice em o “hub” ser um agente de fora da cadeia produtiva dos “spokes”, desde que haja relações comerciais bilaterais entre estes e aquele (ponto focal em comum) que sejam utilizadas para operacionalizar a colusão horizontal. Por este motivo, a definição aqui apresentada propositalmente não faz menção à cadeia produtiva e utiliza o termo “não concorrentes”.

Entretanto, ressalta-se aqui que essa atuação do “hub”, ao contrário do que afirmam Prewitt e Fails (2015), distingue-se da atuação de facilitador de cartel – expressão mais comum na União Europeia. Isto porque, nesses casos do cenário europeu, é geralmente possível identificar de forma direta o acordo ou prática concertada entre os concorrentes. Por exemplo, no caso *AC Treuhand*, esta empresa, uma firma de consultoria condenada por facilitar o cartel, organizava as reuniões dos cartelistas, algumas das quais ocorriam regularmente em sua sede, e atuava como moderadora em eventuais conflitos. Ademais, a consultora foi designada pelos membros do cartel para administrar o sistema de monitoramento dos acordos, coletando dados das vendas de cada um e reportando desvios para os demais (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, p. 33-35). Tal atuação se diferencia em grande medida da do “hub” nos casos vistos ao longo desse artigo.

Depreende-se, assim, que, enquanto nos casos *hub-and-spoke* a colusão horizontal é verificada através das relações comerciais com um agente em comum não concorrente dos “spokes”, nos casos em que há um facilitador, o cartel é simples e identificado de forma direta, sendo apenas facilitado por um agente externo. A existência do “hub”, dessa forma, é uma condição imprescindível para a colusão horizontal no arranjo *hub-and-spoke*, ao passo que o facilitador não é essencial para a existência do cartel simples, embora o auxilie. Nesse sentido, Harrington destaca que o “hub” exerce múltiplos e cruciais papéis nesses casos, o que sugere que a colusão não seria iniciada sem a sua intervenção (HARRINGTON JR, 2018, p. 52).

No contexto brasileiro, a prática de facilitação se assemelha com a de associações, sindicatos ou empresas que auxiliam o cartel, atuando como fóruns de encontro de cartelistas<sup>59</sup>. Novamente, de forma similar à experiência europeia, nos casos brasileiros desse tipo, é possível identificar o cartel

58 “Another common structure involves a third party who is not a contractual partner within the same production/distribution chain (B), but who still has a commercial interest in the formation of the cartel between competitors A and C) and therefore acts as a facilitator”.

59 A título de exemplo, confira-se PA n. 08012.004674/2006-50 (BRASIL, 2006): “Também pesa contra as associações a acusação de a prática de influência de conduta uniforme. por parte das associações Abraflex e Abief, que induziam e coordenavam tentativas de uniformização de preços e estratégias comerciais do setor, como por exemplo, incentivos e sugestões para que as associadas praticassem preços mínimos com o objetivo de repassar integralmente aumentos de matéria-prima, ou então a cobrarem serviços específicos dos clientes, como o cilindro utilizado, além de, no caso da Abraflex, atuar como fórum facilitador do cartel firmado entre algumas de suas associadas”.

de forma direta<sup>60</sup>, demonstrando que a prática é distinta do cartel *hub-and-spoke*<sup>61</sup>. Inclusive, em um caso julgado pelo Tribunal do CADE em 2019, o enquadramento da prática como *hub-and-spoke* sequer foi analisado justamente porque era possível identificar o cartel de forma direta entre os concorrentes (BRASIL, 2014).

Dessa forma, agentes integrantes da cadeia produtiva ou não, como uma firma de consultoria, por exemplo, podem atuar como “facilitadores” ou como “*hub*” a depender se meramente auxiliam o arranjo colusivo ou se este próprio se dá através de suas relações comerciais com os “*spokes*”.

## V.2. Requisitos para a configuração do cartel *hub-and-spoke* no ordenamento brasileiro

Delimitado o conceito de cartel *hub-and-spoke*, resta definir quais seriam os requisitos para sua configuração na jurisdição brasileira. Nesse sentido, defende-se aqui que o parâmetro mais adequado para tanto é a comprovação da colusão horizontal entre os “*spokes*”. Desse modo, deve ser comprovado que as relações comerciais legítimas ganharam contornos de colusão horizontal ao interligarem os concorrentes que atuam no mesmo mercado de forma a restringir a competitividade entre eles.

Este parâmetro é similar à teoria do aro (“*rim theory*”) adotada nos casos estadunidenses, embora se faça a ressalva que, no Brasil, de forma mais semelhante à Europa, a ideia de cartel poderia abranger, além de acordos, as práticas concertadas<sup>62</sup>, motivo pelo qual se optou pelo termo “colusão horizontal”. Ademais, o requisito aqui delimitado pode ser empregado tanto em casos que utilizem restrições verticais quanto em cartéis A-B-C.

A chave na comprovação da colusão horizontal, assim, está na demonstração dessa interligação anticoncorrencial entre os “*spokes*” através do “*hub*”. Dessa forma, quando houver um elemento explícito de colusão entre os “*spokes*” concorrentes, nenhuma análise adicional é necessária (OCDE, 2019, p. 8)<sup>63</sup>. Quando não houver um indício explícito, as autoridades concorrenciais precisam se embasar em provas indiretas, também chamada de circunstanciais, para inferir a colusão horizontal e ligações entre os raios (OCDE, 2019, p. 28). Nesse sentido, de forma similar aos casos de conspiração estadunidenses, também no antitruste desta jurisdição a colusão horizontal pode ser considerada

60 *Id.* Como se pode ver em casos do tipo, apesar de um ente não concorrente atuar como fórum facilitador do cartel, este pode ser verificado de forma direta, através das relações horizontais entre os concorrentes, como contatos diretos, reuniões entre concorrentes na sede da associação, entre outras provas disponíveis nos autos.

61 Nesse mesmo sentido: “Tendo em vista essas informações limitadas, é importante que a Superintendência-Geral e, posteriormente, o Tribunal Administrativo do CADE analisem com cuidado a conduta investigada para verificar se ela, de fato, pode ser considerada um cartel *hub-and-spoke* ou se seria um cartel clássico com participação de um agente vertical” (GALVÃO, 2018, p. 98).

62 Nesse sentido, confira-se novamente a definição de cartel da Cartilha do CADE: “Cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível” (BRASIL, 2016, p. 14).

63 “Whenever there is an explicit collusive element between the spokes of an agreement, which has the potential to reduce competition between actors on the same market level, no further analysis should be required. While a (vertical) intermediary might facilitate the collusive scheme (see Box 12), the economic and legal assessment are the same as for horizontal hard-core cartels”.

presente quando há prova de que os “*spokes*” estavam cientes da existência uns dos outros e que todos promoviam um objetivo anticompetitivo em comum (ODUDU, 2011, p. 237).

Tal cenário é semelhante à comprovação das práticas concertadas europeias, que, conforme decidido no caso *Anic*, demandam a demonstração da intenção da empresa de contribuir pela sua própria conduta aos objetivos comuns perseguido pelos participantes e que estava ciente, ou poderia razoavelmente prever, a real conduta planejada ou efetivada para a persecução desses objetivos e que estava preparada para correr o risco<sup>64</sup>.

Cabe pontuar, assim, qual deve ser o parâmetro para análise do elemento subjetivo para a configuração do cartel *hub-and-spoke*, em especial, quanto à ciência do esquema colusivo pelos participantes.

Perinetti (2019, p. 44-45) argumenta que os princípios delimitados no caso *Anic* devem ser igualmente aplicados aos casos *hub-and-spoke* quanto aos elementos mentais que possam desencadear uma violação antitruste (conhecimento, ciência e previsibilidade) com a diferença de que nesses há a necessidade de se avaliar também, em concreto, o elemento mental da intenção. Contudo, o autor ressalta que a intenção é apenas um dos vários elementos a serem considerados de forma relativa e complementar a outros fatores objetivos e que, se mal utilizada, pode ser mais um feitor de confusão e gerar falsos positivos (PERINETTO, 2019, p. 33-36).

Whelan, (2009, p. 844) por sua vez, entende que a ciência do próprio “*hub*” de seu papel não é essencial: se a troca de informações entre os concorrentes através desse puder ser estabelecida independentemente da sua ignorância, a prática será horizontal. Já quanto a ciência dos “*spokes*” sobre o papel do “*hub*”, é necessário escolher entre o padrão do *constructive knowledge* (“conhecimento construtivo”) e o do *actual knowledge* (“conhecimento de fato”)<sup>65</sup>.

Já Zampa e Buccirosi (2013, p. 103) pontuam que, se nenhum dos “*spokes*” utilizar o arranjo “conscientemente” para colusão, a existência de uma prática concertada não poderia ser provada<sup>66</sup>. Ainda que não haja nenhuma decisão específica que indique a exata extensão do termo “conscientemente”, este, corretamente deve se referir ao “conhecimento construtivo” ou ao “conhecimento de fato”. Ainda, os autores observam que já houve um caso no qual o Tribunal Geral da União Europeia considerou o “conhecimento construtivo” suficiente para estabelecer uma violação ao art. 101 do TFEU, de modo que, analogamente, seria suficiente em um caso *hub-and-spoke* a demonstração (i)

64 “When, as in the present case, the infringement involves anti-competitive agreements and concerted practices, the Commission must, in particular, show that the undertaking intended to contribute by its own conduct to the common objectives pursued by all the participants and that it was aware of the actual conduct planned or put into effect by other undertakings in pursuit of the same objectives or that it could reasonably have foreseen it and that it was prepared to take the risk” (COMISSÃO EUROPEIA, 1999. p. 87).

65 “It was argued that awareness of the role of the supplier by the supplier is not essential: if a flow of information between the retailers (through the supplier) can be established by the retailer and the competing retailer irrespective of the ignorance of the supplier, the exchange will be horizontal. As regards awareness of the role of the supplier by the retailer and by the competing retailer, one must choose whether the standard should be constructive or actual knowledge”.

66 “Against this background, it is submitted that, if and to the extent none of the spokes involved in what may appear a H&SP ‘knowingly’ use the scheme to collude, an infringement of Article 101 TFEU could not be established as the existence of a ‘concerted practice’ could not be proved. In such a scenario, the interaction would lose any horizontal aspects, with the spokes returning to their ‘classic’ role of receiver of recommendations by the vertically related supplier and at the same time pressurising the supplier to contribute to its margins”.

de que os “*spokes*” poderiam saber que a troca de informações poderia ter tido efeitos anticompetitivos caso tivessem usado a diligência esperada de uma empresa do setor relevante; ou (ii) de que, diante das circunstâncias relevantes, os “*spokes*” poderiam “razoavelmente prever” tal possibilidade de efeitos anticompetitivos (ZAMPA; BUCCIROSSI, 2013, p. 103-104).

Diante disso, importa ressaltar que a verificação da ciência do esquema colusivo pelos participantes está necessariamente compreendida na análise da configuração da colusão horizontal. Não seria possível a existência de qualquer tipo de conluio se ausente a própria ciência de seus participantes e, assim, o cartel *hub-and-spoke* sequer se configuraria, persistindo apenas as relações comerciais legítimas. Este elemento subjetivo, contudo, não necessariamente tem de ser verificado de forma expressa, pelo contrário, mais provavelmente será vistos de forma tácita no conjunto probatório. Tal análise, contudo, depende das evidências específicas de cada caso e, especialmente, da regularidade e da duração da conduta e da participação específica, bem como os possíveis incentivos de cada parte.

Assim, defende-se aqui que o padrão mais adequado para a determinação da ciência da prática pelos participantes no ordenamento brasileiro é o “conhecimento construtivo”. Este é o mais consentâneo com o sistema de defesa da concorrência nacional e com as dificuldades probatórias da colusão horizontal no cartel *hub-and-spoke* que, como já visto ao longo deste artigo, diante da sua própria natureza, provavelmente dependerá fortemente da análise holística e cumulativa de provas indiretas<sup>67</sup>. Não por outro motivo que Whelan pontua que o “conhecimento construtivo” tem maior probabilidade de facilitar uma política concorrencial que favorece a proteção máxima para o bem-estar do consumidor, sendo, portanto, a escolha deste artigo. Dessa forma, passa-se a demonstrar a seguir que é suficiente, no Brasil, a comprovação de que a empresa tinha de fato conhecimento da colusão horizontal operacionalizada pelo arranjo *hub-and-spoke* ou de que isto era razoavelmente previsível diante das circunstâncias do caso.

De fato, a própria Lei n. 12.529/2011 prevê em seu art. 36 que as infrações à ordem econômica se constituem “independentemente de culpa”<sup>68</sup>. Sobre esta expressão, Frazão defende que a lei afasta a necessidade da comprovação da culpa – vista sob o aspecto psicológico, normalmente vinculado à cognoscibilidade, previsibilidade e evitabilidade dos efeitos da conduta –, mas não a demonstração da reprovabilidade da conduta, ou seja, da chamada culpa normativa<sup>69</sup>.

Essa culpa normativa, ou culpa objetiva, afasta-se do fator psicológico do indivíduo e passa

67 Nesse sentido, a OCDE reconhece que a melhor prática em relação às provas indiretas é sua análise holística, de forma cumulativa, ao invés de item a item (OCDE, 2009).

68 “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...]” (BRASIL, 2011).

69 “Por outro lado, considerando que a infração antitruste apresenta tipicidade aberta e ainda pode ser uma infração de perigo – já que não precisa ter produzido efeitos –, unir tais aspectos a uma responsabilidade sem reprovabilidade seria conferir à autoridade antitruste um poder punitivo desmesurado e ininteligível, dando margem para o arbítrio. Dessa maneira, há apenas duas formas de se interpretar a expressão “independentemente de culpa”, em conformidade com os princípios constitucionais inerentes ao Direito Administrativo Sancionador: ou se entende que poderia haver responsabilidade objetiva para outros fins que não a punição – como a imediata cessação da conduta –, ou se entende que, ao assim prever, a Lei Antitruste afasta a necessidade da comprovação da culpa – vista sob o aspecto psicológico, normalmente vinculado à cognoscibilidade, previsibilidade e evitabilidade dos efeitos da conduta –, mas não a demonstração da reprovabilidade da conduta, ou seja, da chamada ‘culpa normativa’” (FRAZÃO, 2017, p. 263).

a ser um fato social, envolvendo a avaliação sobre a reprovabilidade da conduta a partir de um critério abstrato de diligência, isto é, em uma objetiva comparação ao modelo geral de comportamento (FRAZÃO, 2017, p. 264-265). A autora explica que esta noção de culpa evita o subjetivismo e facilita a comprovação da reprovabilidade pela autoridade concorrencial<sup>70</sup>.

Esta interpretação de Frazão é ainda mais protetiva em relação a eventuais investigados do que a de outros autores que entendem que o art. 36 da Lei n. 12.529/2011 acolheria a responsabilização objetiva da conduta antitruste (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 99)<sup>71</sup>, bem como a própria jurisprudência do CADE, que vem prevalecendo nesse sentido<sup>72</sup>.

De toda forma, importa destacar que alguns precedentes do CADE, embora atribuam a responsabilidade objetiva do infrator, esclarecem que assim o fazem por entenderem que o art. 36 da Lei n. 12.529/2011 afasta, justamente, o elemento subjetivo do tipo infracional<sup>73</sup>. Além disso, é notória a defesa expressa do entendimento de que a lei antitruste preconiza a culpabilidade normativa encabeçada pelos ex-Conselheiros Ana Frazão (BRASIL, 2015) e Alexandre Cordeiro Macedo<sup>74</sup>.

Ainda que tal discussão, possivelmente, tenha impactos práticos reduzidos no cenário de cartéis simples, em cartéis *hub-and-spoke* é um fator essencial à análise do caso. Isto porque a comprovação de um acordo anticompetitivo comum e do envolvimento de seus participantes já compreende, conseqüentemente, a demonstração da consciência destes da existência da colusão. A individualização da conduta já demonstra por si só a ciência do participante, visto que, por questões lógicas, sequer seria possível comprovar que o investigado pactuou com algo que desconhecia. Note-se que, aqui, não se trata da consciência da ilicitude da conduta, que é desnecessária à configuração

70 “Com essa nova noção de culpa, evita-se o subjetivismo e facilita-se a comprovação da reprovabilidade. Obviamente, é muito mais fácil para a autoridade julgadora comparar, sob um viés normativo, a adequação da conduta com um modelo abstrato de comportamento do que proceder a uma investigação psicológica das intenções ou características pessoais do agente” (FRAZÃO, 2017, p. 266).

71 “[O] outro aspecto relevante para essa diferenciação entre infrações por objeto e por efeito é a irrelevância de elementos volitivos: dado que as infrações da ordem econômica são de responsabilidade objetiva – pois se verificam ‘independentemente de culpa’ (art. 36, caput) –, a caracterização deve levar em conta os elementos concretos da conduta, e não eventuais intenções dos agentes envolvidos”.

72 “Não se ignora que vem prevalecendo na jurisprudência do CADE o entendimento de que a Lei n. 12.529/2011, ao mencionar que a infração se configura ‘independentemente de culpa’, acolhe a responsabilidade objetiva pela conduta antitruste, da mesma forma que a lei anterior” (FRAZÃO, 2017, p. 261).

73 Confira-se: “Inicialmente, ressalto que, tal como já me manifestei por ocasião de meu voto-vista no Processo Administrativo nº 08012.003048/2003-01, o diploma legal antitruste é bem claro ao afastar o elemento subjetivo do tipo infracional: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos [...]”. Sendo assim, a responsabilidade por infrações à ordem econômica é objetiva” (BRASIL, 2011). Em sentido semelhante: “Contudo, referidos elementos subjetivos somente são necessários para responsabilizar a figura do administrador responsável pela infração, ou seja, o artigo citado tem como base aquelas condutas em que a pessoa física envolvida atua como administrador da pessoa jurídica que pratica a conduta anti-competitiva” (BRASIL, 2011).

74 “A consequência prática de se prescindir da identificação dos elementos anímicos para configuração do injusto é o aumento da capacidade de enforcement administrativo. Ora, descobrir o que se passa na cabeça do agente não é tarefa simples. Contudo, a análise da culpabilidade em nada tem a ver com análise de culpa como elemento subjetivo e, portanto, não diminui o efeito dissuasório geral. Aquele é requisito normativo e, este, psicológico. Não há a necessidade de a administração entrar na cabeça do agente para saber se sua conduta é reprovável ou não, porque a reprovabilidade se dá junto à sociedade. É um elemento externo ao agente. O que se procura saber na culpabilidade é se a sociedade, naquelas condições em que o agente se encontrava, o autoriza a agir em desconformidade ao direito” (BRASIL, 2017).

da infração, mas sim da ciência da sua própria existência.

Já no cartel *hub-and-spoke*, uma vez que os contatos são indiretos por meio do “*hub*” e que o acordo geralmente se dá de forma tácita, a comprovação da ciência dos participantes da própria existência da infração, isto é, da colusão horizontal implementada através das relações comerciais, pode não ser tão simples. Em uma situação hipotética, por exemplo, é possível que concorrentes se aproveitem de um distribuidor ou fornecedor em comum para repassar informações concorrenciaismente sensíveis entre si sem o conhecimento deste de sua participação no arranjo. Também pode ser que um concorrente alheio ao cartel tenha seus preços, informados ao “*hub*” em um contexto de negociação comercial legítima, repassados a outros competidores, “*spokes*”, mesmo desconhecendo tal fato.

Uma vez que a ilicitude do cartel *hub-and-spoke* advém do caráter horizontal implementado pelo arranjo, não há reprovabilidade social da conduta, isto é, culpa no sentido normativo, de um agente que sequer tem conhecimento da prática. Esta consciência do arranjo não se confunde com a forma do acordo anticompetitivo, que pode perfeitamente se dá de forma tácita ou implícita, e não necessariamente precisa se verificar de forma expressa. A problemática aqui diz respeito a um ente hipotético que acabou por participar de forma totalmente desavisada do arranjo que sequer sabe existir, ou seja, que não pactuou com a colusão.

Neste cenário, não é razoável a interpretação de que com a expressão “independente de culpa” a lei antitruste pretende punir agentes que não estavam cientes da prática e não concordaram com ela, seja de forma expressa ou tácita, ou ao menos não a impediram<sup>75</sup>. Pelo contrário, parece mais razoável a interpretação de que independe de culpa em seu sentido subjetivo, prevalecendo, assim, a culpa em seu sentido normativo, de reprovabilidade social, que inexistiria nesse caso hipotético.

Em contrapartida, se por um lado a consciência do participante da existência do arranjo *hub-and-spoke* é essencial para a configuração da conduta e a responsabilização dos agentes, por outro lado, o parâmetro de “conhecimento de fato” não está alinhado com a adequada efetividade do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Como já visto ao longo deste artigo, no cartel *hub-and-spoke*, geralmente, não há contato direto entre os concorrentes, de modo que sua comprovação é ainda mais complicada e depende fortemente da análise de *plus factors* e provas indiretas (GALVÃO, 2018, p. 126-129).

Dessa forma, em grande parte dos casos, seria um ônus probatório extremamente alto – se não impossível – para a autoridade concorrenciais demonstrar o “conhecimento de fato” dos participantes quando a identificação do próprio acordo já está relacionada a provas indiretas. Tal parâmetro prejudicaria de sobremaneira o *enforcement* adequado do antitruste, ocasionando erros do tipo II – falsos negativos, e, portanto, permitindo e incentivando colusões horizontais, condutas extremamente danosas à concorrência. Depreende-se, portanto, que o parâmetro de “conhecimento de fato”

75 Em sentido similar, segue o entendimento de Galvão (2018, p. 147): “[n]esse cenário, não parece fazer sentido que o emissor seja responsabilizado pela conduta do agente vertical em transmitir a informação, a menos que em determinado momento ele tenha tido ciência da prática e concordou com ela ou ao menos não a impediu”. Embora os autores estejam se referindo à troca indireta de informações na ausência de um acordo horizontal, ou seja, como conduta autônoma e não como forma de operacionalização do cartel *hub-and-spoke*, o raciocínio é igualmente aplicável a ambos os casos.

não é compatível com os propósitos da legislação pátria.

Já o parâmetro do “conhecimento construtivo” aqui adotado está em completa consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como com a adequada efetividade da lei concorrencial. A comprovação de que a empresa tinha de fato conhecimento da colusão horizontal operacionalizada pelo arranjo *hub-and-spoke* ou de que isto era razoavelmente previsível diante das circunstâncias do caso é inteiramente compatível com a redação do art. 36 da Lei n. 12.529/2011 (BRASIL, 2011) e com a interpretação de culpa normativa. Nesse sentido, o fato de ser “razoavelmente previsível” ou não, sujeita-se, não à verificação dos elementos subjetivos do agente específico, mas sim a uma objetiva comparação com o modelo geral de comportamento das empresas de um determinado setor.

Além disso, de forma contrária ao que sustenta Perinetto, não se considera aqui a intenção como um elemento necessário à configuração da prática *hub-and-spoke*. Também em relação ao art. 36 da Lei n. 12.529/2011, Pereira Neto e Casagrande (2016, p. 99) entendem que há uma dispensa à comprovação do elemento volitivo, de forma que a caracterização da infração deve levar em conta os elementos concretos da conduta, e não eventuais intenções dos agentes envolvidos. Conforme entendimento do CADE, ademais, nos ilícitos por objeto, como os cartéis, “não apenas a verificação de efeitos é dispensável, sendo suficiente a potencialidade em produzi-los, como a intenção da parte ao praticar a conduta é irrelevante”<sup>76</sup>.

Ainda, como bem pontua o próprio Perinetto (2019, p. 33-36), a intenção por si só não é um elemento suficiente para retirar a incerteza da análise e, se mal utilizado, pode ser mais um fator de confusão e gerar falsos positivos. Entende-se, assim, que a ciência construtiva do participante, nos termos aqui delimitados, isto é, especificamente em relação à colusão horizontal operacionalizada pelo arranjo *hub-and-spoke*, é suficiente para uma delimitação mais clara e segura da prática, evitando-se erros do tipo I – falso positivo, ao mesmo tempo em que se procura assegurar um *enforcement* adequado.

Não se verifica, além disso, nenhuma afronta à presunção de legitimidade das relações comerciais ou à de inocência das partes investigadas. Pelo contrário, o critério de configuração do cartel *hub-and-spoke* aqui defendido, isto é, a comprovação da colusão horizontal, preza justamente pela presunção de licitude das relações comerciais em geral. Ademais, a necessidade de comprovação do conhecimento sobre a colusão horizontal operacionalizada pelo arranjo *hub-and-spoke* ou de que isto era razoavelmente previsível, garante que participantes inconscientes não sejam responsabilizados. As partes, assim, podem comprovar em suas defesas que desconheciam a colusão horizontal, que os preços praticados demonstram a sua atuação independente, bem como outras justificativas plausíveis de racionalidade econômica para as suas condutas.

Importa, ainda, mencionar a Nota Técnica n. 56/2020 (BRASIL, 2020), exarada pela Superintendência-Geral do CADE (SG) em 20/08/2020, em relação ao Processo Administrativo n. 08012.007043/2010-79, pendente de julgamento pelo Tribunal. Ainda que a SG, nesta oportunidade, não tenha se manifestado sobre qual deve ser o conceito ideal de cartel *hub-and-spoke*, optando por adotar o estabelecido por Orbach (2016) – que, por ter se desenvolvido a partir do contexto estadunidense, adota a operacionalização por restrições verticais –, são igualmente incluídos na análise os casos de troca de infor-

76 Voto-vista do Cons. Maurício Oscar Bandeira Maia (BRASIL, 2006); e CADE, PA n. 08012.009462/2006-69 (BRASIL, 2006).

mação A-B-C britânicos (BRASIL, 2010, p. 59-61). Dessa forma, a definição aqui defendida, ao englobar ambas as perspectivas, vai ao encontro da Nota Técnica n. 56/2020 e do entendimento de que se tratam, em última análise, de duas formas de operacionalização da mesma prática.

Ademais, sobre a possibilidade de o “*hub*” ser um agente de fora da cadeia produtiva, embora a referida Nota não analise tal cenário, isto se deve ao conceito de cartel *hub-and-spoke* adotado, que ao eleger a operacionalização por restrições verticais, por conseguinte, limita a prática às relações comerciais verticais. Contudo, é interessante observar que a SG não chega a negar a possibilidade de o “*hub*” ser externo à cadeia de produção<sup>77</sup>.

Além disso, a SG também não se manifestou de forma clara sobre quais seriam os parâmetros para a configuração do cartel *hub-and-spoke* no cenário brasileiro em específico, deixando tal decisão para o Tribunal e se limitando a enquadrar o caso concreto sob os requisitos desenvolvidos nas jurisdições estrangeiras<sup>78</sup>.

Quanto à questão da ciência dos participantes sobre a colusão horizontal operacionalizada pelo arranjo *hub-and-spoke*, apesar de a Nota Técnica n. 56/2020 não se manifestar de forma abstrata sobre os parâmetros teóricos para tanto, é evidente sua preocupação em demonstrar, em relação ao caso concreto analisado, o envolvimento consciente dos revendedores (“*spokes*”) e seus potenciais incentivos e benefícios com a prática, afastando a alegação de que foram “vítimas” de uma política imposta pela distribuidora (“*hub*”) <sup>79</sup>.

Por fim, quanto à regra de tratamento aplicável, comprovada a colusão horizontal e configurado o cartel *hub-and-spoke*, aplica-se a ele o mesmo padrão que aos demais tipos de cartéis na jurisdição brasileira, qual seja, o de ilícito por objeto<sup>80</sup>. Este mesmo entendimento pode ser verificado nos casos mencionados ao longo deste artigo, tanto na perspectiva europeia (ilicitude pelo objeto),

77 Confira-se, nesse sentido, a seguinte nota de rodapé da Nota Técnica: “Neste caso, o facilitador de cartel era uma firma de contabilidade que não integrava a cadeia produtiva, o que levanta indagações sobre a possibilidade de o ‘*hub*’ poder ser um terceiro alheio que sequer atua nas etapas de produção. Tal possibilidade, no entanto, não é discutida na presente Nota Técnica, que analisa o cartel *hub-and-spoke* dentro de uma mesma cadeia” (BRASIL, 2020, p. 66).

78 De todo modo, diversos pontos da Nota Técnica n. 56/2020 demonstram o seu alinhamento com o requisito de configuração aqui proposto, qual seja, a comprovação da colusão horizontal. Neste sentido, o seguinte trecho: “os requisitos elaborados pelas diferentes jurisdições têm, em comum, a verificação de características que ultrapassam a mera relação vertical e ganham contornos de colusão horizontal, interligando players que atuam no mesmo mercado” (BRASIL, 2020, p. 64). A própria divisão de fases da conduta analisada, também, corrobora com a análise aqui posta, em especial a “Fase 3 – Acordo colusivo”.

79 Nesse sentido: “Não há que se falar, assim, como alegam algumas Representadas, em uma política comercial imposta pela Conesul, a única distribuidora da marca Smart Board no Brasil. O *modus operandi* descrito acima beneficiava, não só a Conesul, mas também as próprias revendedoras, que criavam para seus potenciais clientes uma aparência ilusória de concorrência intramarca Smart, garantindo o preço estipulado pela Revendedora “A” através de orçamentos e propostas de cobertura. Ressalta-se, novamente, que as provas contidas nos autos evidenciam que o preço a ser coberto era estipulado pela própria revendedora que solicitava o mapeamento, afastando, assim, as alegações de que as vendas eram “vítimas” da política da distribuidora.” (BRASIL, 2020, p. 77).

80 A jurisprudência do CADE aplica em regra o tratamento de ilicitude por objeto a cartéis clássicos, isto é, especificamente no contexto brasileiro, os que têm o elemento de institucionalidade, PA n. 08012.002127/2002-14 (BRASIL, 2002, p. 5). De todo modo, também os cartéis difusos, ou seja, não institucionalizados, são ilícitos por objeto (BRASIL, 2012).

quanto na estadunidense (ilícito *per se*)<sup>81</sup>, como também no que defende a OCDE (2019, p. 28)<sup>82</sup>. Também é a regra aplicada pela SG na Nota Técnica n. 56/2020: “cumprе ressaltar que o cartel, inclusive o *hub-and-spoke*, como visto na seção anterior, é um ilícito por objeto”.

Como visto ao longo deste artigo, o arranjo *hub-and-spoke* nada mais é do que uma modalidade de cartel operacionalizada através de relações comerciais, sendo, por conseguinte, também uma infração por objeto. A possibilidade de aplicação da mesma regra de tratamento dos cartéis simples à colusões empreendidas por relações verticais não é nova, pelo contrário, foi admitida por Posner (1981, p. 22)<sup>83</sup>. Qualquer outro entendimento implicaria na possibilidade de que algumas formas de colusão horizontal fossem permitidas pelo ordenamento brasileiro em algumas situações, o que contraria a teoria do ilícito por objeto.

Não obstante, importa pontuar que se configura a ilicitude por objeto da colusão horizontal empreendida através das relações comerciais, e não destas em si, que, todavia, devem ser analisadas com cautela em mercados concentrados nos quais se verifique maiores probabilidades de um arranjo *hub-and-spoke*<sup>84</sup>. Diante disso, surge o questionamento acerca da responsabilização do agente em comum não concorrente que age como ponto focal (“*hub*”), que será abordada no tópico a seguir.

### V.3. A responsabilização do “*hub*” no Direito Brasileiro - regra de análise

Diante da condição de agente não concorrente do “*hub*”, há argumentos em defesa da ausência ou limitação de sua responsabilidade, principalmente em razão de (i) que o “*hub*” não seria parte da restrição concorrencial horizontal, já que não atua no mesmo mercado dos “*spokes*”; e (ii) o “*hub*” nem sempre estaria necessariamente ciente de ter sido um instrumento para a colusão horizontal (OCDE, 2019, p. 26)<sup>85</sup>. Ademais, visto que o tratamento geral aplicável às relações comerciais verticais

81 Para uma análise aprofundada sobre as diferenças entre a ilicitude por objeto e a ilicitude *per se*, confira-se: Amorim (2017).

82 “When horizontal collusion is proven to the required degree, hub-and-spoke arrangements are treated in the same way as “ordinary” horizontal cartels. In the United States, they are *per se* violations of the Sherman Act, and in the EU, they would be object infringements of Art. 101 TFEU. The difficulty lies in proving horizontal collusion, as there are, contrary to the “ordinary” cartel cases, no or hardly any direct contacts between the competitors”.

83 “But cases in which dealers or distributors collude to eliminate competition among themselves and bring in the manufacturer to enforce their cartel, or in which vertical restrictions are used to enforce a cartel among manufacturers, can be dealt with under the conventional rules applicable to horizontal price-fixing conspiracies. They are not purely vertical cases, and they would be decided the same way even if purely vertical restrictions were legal *per se*”.

84 Em sentido semelhante, confira-se: “Otherwise, legal vertical restraints can be used to increase the effectiveness of collusion by establishing a mechanism for monitoring and creating entry barriers. While the *per se* ban on vertical restraints was misguided, vertical restraints can be used to exercise market power in a way that is not obvious to authorities. A healthy skepticism regarding the use of vertical restraints will make horizontal price fixing—which firms take care to hide—harder to implement and sustain. On the basis of our observations of convicted cartels that we know used vertical restraints, skepticism is particularly advisable in highly concentrated industries. The cartelized industries that we know used vertical restraints had somewhat lower average concentration than cartelized industries overall. This suggests the possibility that vertical restraints reduce the lower bound of concentration necessary to sustain a cartel. Further research might provide insight into the relationship among concentration, cartel stability, and vertical restraints” (LEVENSTEIN; SUSLOW, 2014, p. 47).

85 “Arguments in defence of the lack or limited liability of the hub are, first, that it is not part to the horizontal restriction of competition, as it is not active on the same market as the spokes, and second, that the hub was not necessarily aware of having been the instrument for a horizontal conspiracy by its vertical business partners”.

é a regra da razão, poderia se sustentar que a conduta do “hub”, diferentemente da dos “spokes”, também se sujeitaria a este padrão de análise.

Quanto ao primeiro argumento, este não se sustenta. Como pontuam Zampa e Buccirosi (2013, p. 98-99)<sup>86</sup>, o fato de o “hub” não se beneficiar diretamente do cartel por atuar em um mercado distinto deve ser irrelevante. Há diversas outras formas pelas quais ele pode ser favorecido pelo arranjo e, isto, somado a sua aprovação explícita ou tácita do esquema seria suficiente para concluir que o “hub” é um coautor.

De forma semelhante, na jurisdição brasileira, apesar de o CADE ainda não ter julgado um caso desse tipo, o ex-Conselheiro João Paulo de Rezende já se manifestou no sentido de que os incentivos para as empresas participarem de cartéis transcendem seus efeitos nos mercados específicos em que operam<sup>87</sup>.

O segundo argumento, por sua vez, traz novamente a questão da ciência dos participantes, dessa vez em relação ao “hub”. De fato, ainda que, como visto no tópico anterior seja possível a responsabilização dos “spokes” independentemente da ciência do “hub”, não é possível a responsabilização deste sem a comprovação de sua participação consciente. Nesse sentido, em linha com a jurisprudência estadunidense, como pontua Harrington, para responsabilizar o “hub” é necessário a demonstração tanto da colusão horizontal quanto de que esse agente não-concorrente era um participante consciente do arranjo. Neste cenário, a ilegalidade per se aplica-se também ao “hub”, que é tão culpável quanto os “spokes”<sup>88</sup>.

Sustenta-se, assim, que, também no cenário brasileiro, a responsabilização do “hub” requer a comprovação de que este tinha consciência da colusão horizontal entre os “spokes”. Novamente, como padrão para a determinação da ciência da prática, utiliza-se o “conhecimento construtivo”, sendo suficiente a comprovação de que a “hub” tinha de fato conhecimento da colusão horizontal operacionalizada pelo arranjo *hub-and-spoke* ou de que isto era razoavelmente previsível diante das circunstâncias do caso.

Como já visto no tópico passado, tal parâmetro é, não só compatível com a redação do art.

86 *“The fact that the hub might not directly benefit from the cartel, because it is active on a different market, would be irrelevant. Indeed, the hub could be indirectly remunerated in many ways, even with fees, for its work and this, along with its explicit or even tacit approval of the scheme, may be sufficient for finding that the ‘hub’ is a co-perpetrator”.*

87 *“A esse respeito, destaco que há assentada jurisprudência neste Cade no sentido de entender a conduta de cartel como ilícito por objeto. Nesse sentido, basta a comprovação de sua materialidade para a imputação de infração. Isto porque não é natural nem razoável que concorrentes discutam estratégias comerciais e não há qualquer ponderação possível de racionalidade econômica que venha a justificar tal conduta, sendo os efeitos negativos presumidos. Tampouco é necessário definir mercado relevante nem poder de mercado, pois os incentivos para as empresas participarem de tais acordos transcendem seus efeitos nos mercados específicos em que operam. Por exemplo, uma empresa pode participar de reunião de fixação de preços em um mercado à jusante, ou seja, a quem fornece, para que, com o preço maior, possa também cobrar mais de seus clientes. É o caso de distribuidoras de combustíveis coordenando cartéis de postos de gasolina, por exemplo. Ou é possível que uma empresa apoie um cartel em um mercado correlato em troca de evitar a entrada das cartelistas em seu próprio mercado. Em síntese, há diversas razões ocultas ou paralelas para que empresas participem ou incentivem condutas coordenadas, cuja racionalidade não precisa ser demonstrada, bastando que se comprove o acordo entre concorrentes” (BRASIL, 2013).*

88 *“In implicating the hub, ‘plaintiffs must demonstrate both that a horizontal conspiracy existed, and that the vertical player was a knowing participant in that agreement and facilitated the scheme.’ Having done that, per se illegality applies to the hub as well; it is seen to be as culpable as the spokes” (HARRINGTON JR, 2018, p. 54).*

36 da Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011) e com as interpretações doutrinárias correspondentes, como também é o mais adequado para se evitar a responsabilização de um “hub” utilizado de forma inconsciente como um instrumento para a colusão horizontal pelos “spokes”. Ademais, mais uma vez, faz-se a ressalva de que a expressão “razoavelmente previsível” deve ser compreendida em relação ao modelo geral de conduta esperada das empresas de um determinado setor, e não em referência aos aspectos subjetivos específicos do “hub”.

Cumprido este requisito do “conhecimento construtivo”, também à conduta do “hub” é aplicável a ilicitude por objeto, visto que seria, de fato, tão reprovável quanto a dos “spokes”. Pontua-se que o tratamento de ilícito por objeto não é contraditório ou incompatível com a relação comercial, em geral vertical, entre o “hub” e os “spokes”, pelo contrário, aplica-se somente diante da verificação da colusão horizontal operacionalizada pelo “hub” de forma consciente – ainda que sob o parâmetro construtivo.

Ademais, conforme já analisado, na jurisdição estadunidense, uma vez verificada a participação consciente do “hub”, aplica-se a ilegalidade *per se* (HARRINGTON JR, 2018, p. 54). Isto se deve ao entendimento de que o organizador vertical da colusão horizontal teria aceitado restrições tão anticompetitivas quanto os concorrentes (KLEIN, 2017, p. 81).

De forma semelhante, como visto neste artigo, a autoridade concorrencial britânica, ao analisar casos *hub-and-spoke*, considerou que (i) tanto os acordos horizontais quanto os verticais existentes nesse tipo de colusão tiveram como objeto a restrição da concorrência, não sendo necessária a comprovação de efeitos anticompetitivos (REINO UNIDO, 2003); e (ii) a divulgação indireta de intenção de preço de revenda via agente vertical comum é semelhante e tem o mesmo objeto que coordenações horizontais indiretas, também não sendo necessária a demonstração de efeitos (REINO UNIDO, 2011).

No contexto pátrio, a ilicitude por objeto à conduta do “hub” também é defendida pela SG na Nota Técnica n. 56/2020, ainda pendente de julgamento pelo Tribunal do CADE: “sob a perspectiva brasileira, o ‘hub’ também se sujeita à análise por objeto” (BRASIL, 2020, p. 67).

Ademais, este entendimento também é corroborado por julgados do CADE que já aplicaram a regra de ilicitude por objeto a entes não concorrentes que (i) produziram e disseminaram informações sobre custos e precificação (BRASIL, 2006); (ii) instituíram tabelas de preços para harmonizar as condutas comerciais de concorrentes<sup>89</sup>; (iii) auxiliaram ou facilitaram cartéis (BRASIL, 2014); ou (iv) buscaram a articulação, mesmo que de maneira enganosa, de concorrentes para pleitearem, junto às autoridades competentes, a adoção de atos do Estado que poderiam limitar a concorrência<sup>90</sup>.

## CONCLUSÃO

O cartel *hub-and-spoke* é uma forma de colusão horizontal entre concorrentes (“spokes”) através de relações comerciais com um agente não-concorrente em comum (“hub”) que atua como ponto focal. O que diferencia o cartel simples do cartel *hub-and-spoke*, também chamado de cartel

89 PA n. 08012.006923/2002-18 (BRASIL, 2002).

90 PA n. 08012.009462/2006-69 (BRASIL, 2006).

misto, é que as relações horizontais são verificadas através de outras relações comerciais, geralmente verticais, dentro do mesmo arranjo, e não de forma direta.

Assim, a definição de cartel *hub-and-spoke* aqui estabelecida, ao se embasar na colusão horizontal verificada através de relações comerciais, e não na forma de operacionalização específica do arranjo, unifica as configurações por restrições verticais – perspectiva estadunidense – e trocas indiretas de informações concorrencialmente sensíveis – panorama britânico – sob o mesmo conceito, bem como abre espaço para outros formatos no cenário digital. Ainda, defende-se que o “*hub*” pode, a priori, ser um agente externo à cadeia produtiva, desde que a colusão horizontal seja verificada através de suas relações comerciais bilaterais com os “*spokes*”. Observou-se, ademais, que a prática *hub-and-spoke* é substancialmente distinta da mera facilitação de cartel, na qual a colusão horizontal se verifica de forma direta, embora seja auxiliada pelo facilitador.

Quanto ao requisito para a configuração da prática no ordenamento jurídico brasileiro, propõe-se a comprovação da colusão horizontal entre os “*spokes*”. Argumenta-se que este é o critério mais adequado na medida em que mantém a presunção de legitimidade das relações comerciais verticais e que pode ser aplicado a cartéis *hub-and-spoke* operacionalizados por restrições verticais, troca indireta de informações concorrencialmente sensíveis, ou até outras formas.

Ainda, a comprovação da colusão horizontal pressupõe a ciência em relação a ela dos participantes da conduta. Como parâmetro de análise para tanto, defende-se o “conhecimento construtivo” de modo que é suficiente a comprovação de que a empresa tinha de fato conhecimento da colusão horizontal operacionalizada pelo arranjo *hub-and-spoke* ou de que isto era razoavelmente previsível diante das circunstâncias do caso. O termo “razoavelmente previsível” deve ser entendido em relação ao critério abstrato do modelo geral de comportamento de empresas de um determinado setor, e não em referência aos elementos pessoais e individuais.

Destaca-se, ainda, que esse parâmetro de análise é aplicável tanto ao “*hub*” quanto aos “*spokes*”, com a ressalva de que é teoricamente possível, embora improvável, que os “*spokes*” se utilizem do “*hub*” como instrumento da colusão horizontal sem o seu conhecimento, verificado sob o parâmetro “construtivo”, situação na qual somente aqueles serão responsabilizados.

Por fim, quanto à regra de análise, aplica-se no ordenamento brasileiro a ilicitude por objeto ao cartel *hub-and-spoke*. Este, como visto neste artigo, é apenas uma modalidade de operacionalização do cartel, que não perde sua natureza horizontal. Ademais, comprovada a ciência do “*hub*” sob o parâmetro “construtivo”, a sua conduta também se configura como um ilícito por objeto, visto que é tão reprovável quanto a dos “*spokes*”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORE, Roberto. Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition. **European Competition Journal**, v. 12, n. 1, jun. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2IImTYQ>. Acesso em: 27 jul. 2020.

AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n. 2, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3KIUDT3>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BÉLGICA, Belgian Authority of Competition, Decision No. ABC-2015-I / O-19-AUD of June 22, 2015, Case CONC-I / O-06/0038, 2015.

BOLECKI, Antoni. Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies. **Yearbook for Anti-trust and Regulatory Studies**, v. 4, n. 5, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/35F8sOh>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE**. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3f7vQHi>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Anexo Nota Técnica 56**. Processo Administrativo nº 08012.007043/2010-79. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71**, Voto da Relatora Cons. Ana Frazão, 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79**, Voto do Relator Cons. Alessandro Octaviani, 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.001020/2014-26**, Voto do Relator Cons. Alexandre Cordeiro Macedo, 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.008184/2011-90**, Voto do Relator Cons. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, 2011.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50**, Voto do Relator Cons. João Paulo de Resende, 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**, Voto do Relator Cons. João Paulo de Resende, 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64**, Voto do Relator Cons. João Paulo de Resende, 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14**, Voto do Relator Cons. Luiz Carlos Delorme Prado, “Cartel das Britas”, 2002.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.000778/2011-52**, Voto do Relator Cons. Márcio de Oliveira Júnior, 2011.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.004422/2012-79**, Voto-vista da Cons. Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18**, Voto-vista Marcos Paulo Veríssimo, 2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50**, Voto-vista do Cons. Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009462/2006-69**, Voto-vista do Presidente Vinicius Marques de Carvalho, 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999**, publicada no Diário Oficial da União de 28/06/1999.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

COMISSÃO EUROPEIA. AC-Treuhand, Decision of 11/11/2009, European Commission COMP/38589 – Heat Stabilisers, 2009.

COMISSÃO EUROPEIA. Commission v Anic Partecipazioni Spa. European Commission. Case C-49/92, 1999.

COMISSÃO EUROPEIA. E-books case, European Commission, Decision, Case COMP/39.847, 2012.

COMISSÃO EUROPEIA. Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, 2011.

COMISSÃO EUROPEIA. Guidelines on Vertical Restraints, 2010.

CONNOR, Charley. First hub-and-spoke fines issued in Chile. **Global Competition Review**, 4 mar. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2IMiUKG>. Acesso em: 27 jul. 2020.

ESTADOS UNIDOS. FTC. Toys ‘R’ US, Opinion of the Commission, 1998. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/toyspubl.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

ESTADOS UNIDOS. FTC. Interstate Circuit, Inc., et al. v. United States, US Supreme Court, 306 U.S. 208, 1939.

ESTADOS UNIDOS. FTC. Kotteakos v. United States, US Supreme Court, 328 US 750, 1946.

ESTADOS UNIDOS. FTC. Toys ‘R’ Us, Inc. v. Federal Trade Commission, United States Court of Appeals, 7th Cir, 01/08/2000, 2000.

ESTADOS UNIDOS. FTC. United States v. Apple Inc., United States Court of Appeals, 2d Cir, 2015.

ESTADOS UNIDOS. FTC. United States v. Parke, Davis & Company, US District Court for the District of Columbia, 164 F. Supp. 827, D.D.C. 1958.

ESTADOS UNIDOS. FTC. United States v. Parke, Davis & Co., US Supreme Court, 362 U.S. 29, 1960.

ESTÔNIA. Supreme Court, Court Judgement on “Vodka Cartel”, 2017.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition. **University of Illinois Law Review**, v. 2017, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/35C69LK>. Acesso em: 27 jul. 2020.

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

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

GALVÃO, Luiz Antônio. **Troca indireta de informações entre concorrentes:** os limites do ilícito concorrencial. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

GIOVANNETTI, Emanuele; STALLIBRASS, David. Three Cases in Search of a Theory: Resale Price Maintenance in the UK. **European Competition Journal**, v. 5, n. 3. Disponível em: 10.5235/ecj.v5n3.641. Acesso em: 27 jul. 2020.

HARRINGTON JR, Joseph E. How Do Hub-and-Spoke Cartels Operate? Lessons from Nine Case Studies.

- SSRN, 2018. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3238244>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- KLEIN, Benjamin. The Apple E-book Case: When is a Vertical Contract a Hub in a Hub-and Spoke Conspiracy. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 13, n. 3, 2017.
- LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. How Do Cartels Use Vertical Restraints? Reflections on Bork's The Antitrust Paradox. **Journal of Law and Economics**, v. 57, n. S3, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2Uxs2FX> . Acesso em: 27 jul. 2020.
- OCDE. Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement. **OECD Journal: Competition Law and Policy**, v. 9, n. 3, 2009. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/clp-v9-art11-en>. Acesso em: 24 jul. 2020.
- OCDE. **Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements**: Background Note by the Secretariat. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3kFR14c>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- ODUDU, Okeoghene. Indirect Information Exchange - The constituent elements of hub and spoke collusion. **European Competition Journal**, v. 7, n. 2, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/36JwW8f>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- ORBACH, Barak. Hub-and-Spoke Conspiracies. **The Antitrust Source**, v. 15, n. 3, abr. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3kFnYhu>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016. Coleção Direito Econômico.
- PERINETTO, Patrick Actis. Hub-and-spoke arrangements: future challenges within Article 101 TFEU assessment. **European Competition Journal**, v. 15, n. 2-3, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3fehrcy>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- POLÔNIA. Office of Competition and Consumer Protection, Paints and Varnishes DIY case, UOKIK Decision DOK-1-400/7/05/MB/AS; UOKIK Decision DOK1-410/1/06/AS; UOKIK Decision DOK1-410/2/06/AS, 2016.
- POSNER, Richard A. The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality. **University of Chicago Law Review**, v. 48, n. 6, 1981.
- PREWITT, Elizabeth; FAILS, Greta. Indirect Information exchanges to hub-and-spoke cartels: enforcement and litigation trends in the United States and Europe. **Competition Law & Policy Debate**, v. 1, n. 2, 2015.
- REINO UNIDO. Argos, Littlewoods & Hasbro, OFT Decision: Case No. CA98/8/2003, 2003.
- REINO UNIDO. Dairy retail price, Decision of the OFT in Case No. CA98/03/2011, 2011.
- REINO UNIDO. Replica Football Kit, Decision of the Office of Fair Trading n. CA98/06/2003, August 2003.
- REINO UNIDO. Toys and Games & Footbal Shirts, Court of Appeal (Civil Division), Case No: 2005/1071, 1074 and 1623, 2006.
- SAHUGUET, Nicolas; WALCKIERS, Alexis. A theory of hub-and-spoke collusion. **International Journal of Industrial Organization**, v. 53, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3fd2B5K>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- SAHUGUET, Nicolas; WALCKIERS, Alexis. Hub-and-Spoke Conspiracies: the Vertical Expression of a

Horizontal Desire? **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 5, n. 10, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/36LOWkd>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SAHUGUET, Nicolas; WALCKIERS, Alexis. Selling to a cartel of retailers: a model of hub-and-spoke collusion. **Centre for Economic Policy Research (CEPR)**, Discussion Paper No. DP9385, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/38SRVs0>. Acesso em: 27 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. Eturas, Case C-74/14, Judgment of the Court (Fifth Chamber), 21 Jan. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/35JeGwK>. Acesso em: 27 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. Opinion of Advocate General Szpunar, 16 Jul. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3kONwJa>. Acesso em: 27 jul. 2020.

WHELAN, Peter. Trading Negotiations Between Retailers And Suppliers: A Fertile Ground For Anti-Competitive Horizontal Information Exchange? **European Competition Journal**, v. 5, n. 3, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3lGWPvW>. Acesso em: 27 jul. 2020.

ZAMPA, Gian Luca; BUCCIROSSI, Paolo. Hub and Spoke Practices: Law and Economics of the New Antitrust Frontier? **Competition Law International**, v. 9, n. 1, 2013.