

VOLUME

12

NÚMERO 1

2024

JUNHO

ISSN 2318-2253

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO CADE

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 12 – Número 1 – Junho de 2024 – ISSN 2318-2253

Periodicidade semestral

Revista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Cade, Brasília, DF

CONSELHO EDITORIAL

Amanda Athayde, 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 Rosenthal 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.

Elvino de Carvalho Mendonça, Ministério da Fazenda, Brasília, Brasil.

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

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

Guilherme Favaro Corvo Ribas, USP, São Paulo, Brasil.

Ivo Teixeira Gico Junior, UniCeub, Brasília, Brasil.

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

Leonardo Peixoto Leal, UNIFOR, Ceará, Brasil.

Leonor Augusta Giovine Cordovil, FGV, São Paulo, Brasil.

Marcio de Oliveira Júnior, IDP, Brasília, Brasil.

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

Paulo Burnier da Silveira, UnB, Brasília, Brasil.

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

Saulo Bichara Mendonça, UFF, Macaé, Brasil.

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

William Kovacic, George Washington University, Washington, Estados Unidos.

EDITOR-CHEFE

Victor Oliveira Fernandes: doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (FDUSP), mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB) e graduado em Direito pela mesma instituição de ensino. É professor de Direito Econômico e de Direito da Concorrência nos cursos de graduação, pós-graduação *latu sensu*, mestrado e doutorado do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). É Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Ana Carolina Correa da Costa Leister

Andréia Fernandes de Almeida Rangel

Camila Dias dos Santos

Déborah Azeredo Lins e Nóbrega

Fabiana Pereira Velloso

Gabriela Natacha Bechara

Isabela Neves Ferraz

Keila de Sousa Ferreira

Marina Costa de Oliveira

Sérgio Oswaldo de Carvalho Avellar

DIAGRAMAÇÃO

Robert Felipe Pinheiro

Wandson Lucas Nascimento Siqueira

CORRESPONDÊNCIA EDITORIAL

Revista de Defesa da Concorrência

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

CEP 70770-504 – Brasília, DF

E-mail: revista@cade.gov.br

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

PARECERISTAS

Adriano Camargo Gomes, Camargo e Gomes Advogados, Curitiba, Brasil.

Alden Caribé de Sousa, Cade, Brasília, Brasil.

Aleff dos Santos Santana, UFPA, Belém, Brasil.

Alexandre Ditzel Faraco, UFPR, Curitiba, Brasil.

Amanda Athayde, UnB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UnB, Brasília, Brasil.

Ana Carolina Correa da Costa Leister, UNIFESP, São Paulo, Brasil.

Andréia Fernandes de Almeida Rangel, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Angelo Gamba Prata de Carvalho, UnB, Brasília, Brasil.

Andréia Moreira da Fonseca Boechat, UFERSA, Mossoró, Brasil.

Anna Binotto Massaro, USP, São Paulo, Brasil.

Bernardo Gouthier Macedo, LCA Consultoria Econômica, São Paulo, Brasil.

Bruno Droghetti Magalhães Santos, Figueiredo e Velloso Advogados, São Paulo, Brasil.

Bruno Motta Amat, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Bruno Oliveira Maggi, FGV, São Paulo, Brasil.

Bruno Polonio Renzetti, Insper, São Paulo, Brasil.

Carolina Saito da Costa, IDP, Brasília, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Daniel Silva Boson, UniCEUB, Brasília, Brasil.

Daniel Favoretto Rocha, FGV, São Paulo, Brasil.

Daniel Fernando Pastre, UNINTER, Curitiba, Brasil.

Daniel Jacomelli Hudler, UNINOVE, São Paulo, Brasil.

Daniel Tobias Athias, Grinberg e Cordovil Advogados, São Paulo, Brasil.

Denise Junqueira, Cascione Advogados, São Paulo Brasil, Brasil.

Diogo Rosenthal Coutinho, USP, São Paulo, Brasil.

Eduardo da Silva Mattos, FAE Business School, Curitiba, Brasil.

Elvino Carvalho Mendonça, Ministério da Fazenda, Brasília, Brasil.

Eric Hadmann Jasper, FGV, São Paulo, Brasil.

Fabiana Ferreira de Mello Tito, Tendências Consultoria Integrada, São Paulo, Brasil.

Felipe Leitão Valadares Roquete, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Fernando Amorim Soares de Mello, UnB, Brasília, Brasil.

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

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

Gilson Geraldino Silva, UFSC, Florianópolis, Brasil.

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

Gustavo Ferreira Ribeiro, UniCEUB, Brasília, Brasil.

João Otávio Bacchi Gutiniek, USP, São Paulo, Brasil.

João Pedro Elpidio dos Santos Americo, IBET, São Paulo Brasil.

José Augusto Medeiros, CESUSC, Florianópolis, Brasil.

Leonardo Callado, Madrona Fialho Advogados, Belo Horizonte, Brasil.

Leonor Augusta Giovine Cordovil, FGV, São Paulo, Brasil.

Lilian Manoela Monteiro Cintra de Melo, MJSP, Brasília, Brasil.

Lucas Campio Pinha, UFRRJ, Três Rios, Brasil.

Luís Alberto da Costa Araujo, MUST University, Florida, Estados Unidos.

Luiz Gustavo Antonio de Souza, UFF, Campos dos Goytacazes, Brasil.

Mario Filipe Cavalcanti de Souza Santos, OAB/SP, São Paulo, Brasil.

Olavo Severo Guimarães, TJ-RS, Porto Alegre, Brasil.

Oswaldo Agripino de Castro Junior, Univali, Itajaí, Brasil.

Otoni Ferreira Filho de Oliveira, Fiocruz, Brasília, Brasil.

Paulo Ricardo da Silva Oliveira, PUC, Campinas, São Paulo.

Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, UFPB, Santa Rita, Brasil.

Priscila Brolio Goncalves, Brolio Gonçalves Advogados, Brasília, Brasil.

Priscilla Craveiro da Costa Campos, Cade, Brasília, Brasil.

Rafael Oliveira, USP, São Paulo, Brasil.

Richard Bassan, PGMTS, Taboão da Serra, Brasil.

Rodrigo Guia da Silva, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Rutelly Marques da Silva, FGV/IDE, IDP, Brasília, Brasil.

Saulo Bichara Mendonça, UFF, Macaé, Brasil.

Sílvia Fagá de Almeida, LCA Consultoria Econômica, São Paulo, Brasil.

Tainá Leandro, Ministério da Fazenda, Brasília, Brasil.

Tanise Brandão Bussmann, UNIPAMPA, Sant'Ana do Livramento, Brasil.

Vicente Bagnoli, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, Brasil.

Vinicius Klein, UFPR, Paraná, Brasil.

Vítor Cesar Xavier, CGU, Brasília, Brasil.

Vivian Terng, AB InBev, New York, Estados Unidos.

Waleska de Fátima Monteiro, UFG, Goiás, Brasil.

Willi Sebastian Künzli, USP, São Paulo, Brasil.

SUMÁRIO

Apresentação	9
Is data a source of competition or concern in the Brazilian retail market? <i>Dados são uma fonte de competição ou preocupação no mercado varejista brasileiro?</i>	10
Revisão da literatura empírica recente sobre métodos de screening para a detecção de cartéis <i>Review of recent empirical literature on screening methods for cartel detection</i>	30
Estimação de sobrepreço em cartéis: o caso do cartel de combustíveis na região metropolitana de Belo Horizonte/MG <i>Estimation of Overpricing in Cartels: The Case of the Fuel Cartel in the Metropolitan Region of Belo Horizonte/MG</i>	55
Abuso de poder regulatório e as consultas públicas da Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial – FIARC <i>Abuse of regulatory power and public consultations of the Intensive Front for Regulatory and Competition Assessment – FIARC</i>	87
Inovação e concorrência nos ecossistemas digitais: uma abordagem a partir das arquiteturas dominantes <i>Innovation and competition in digital ecosystems: an approach from the emergence of dominant architecture</i>	109
Killer acquisitions no setor financeiro brasileiro? Uma análise ex-post dos casos Ágora-Bradesco e XP-Itaú <i>Killer Acquisitions in the Brazilian Financial Sector? An Ex-Post Analysis of the Ágora-Bradesco and XP-Itaú Cases</i>	129
Análise teórica e empírica sobre o uso das premissas da Escola de Chicago e da Escola de Harvard em decisões do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica entre 2017 e 2018 <i>Theoretical and empirical analysis on the use of Chicago School and Harvard School premises in decisions of the Administrative Council for Economic Defense between 2017 and 2018</i>	151

A fusão Colgate-Kolynos: a importância e a atuação do Cade para assegurar a livre concorrência e a tutela dos consumidores

The Colgate-Kolynos merger: the importance and role of Cade to ensure free competition and consumer protection 172

Mercados de trabalho no controle de estruturas do Cade: O Direito da Concorrência na consecução da valorização do trabalho humano

Labor markets in Cade's merger control: Competition Law in the pursuit of human labor valorization 200

Novos Desafios, novos Remédios: as obrigações negociadas pelo Cade nos TCCs celebrados com Gympass e iFood em investigações envolvendo acordos de exclusividade

New challenges, new remedies: The commitments negotiated by Cade in the Settlement Agreements signed with Gympass and iFood in exclusive dealing agreements investigations 228

APRESENTAÇÃO

A Revista de Defesa da Concorrência (RDC) lança o primeiro número de 2024, trazendo importantes novidades. Nesta edição, destacamos a nova composição da coordenação editorial e a transição do editor-chefe. O conselheiro do Cade Victor Oliveira Fernandes foi designado em substituição ao ex-conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido. Essa transição é marcada por uma perspectiva de continuidade, garantindo que os resultados e o desenvolvimento alcançados pela RDC na gestão anterior continuem sendo perseguidos nos próximos passos da revista.

Neste panorama, a coordenação editorial vem promovendo uma maior divulgação do periódico junto a docentes brasileiros e estrangeiros atuantes na área da defesa da concorrência. Além disso, melhorias têm sido planejadas para possibilitar a indexação da RDC em importantes bases de dados, bem como para atender aos critérios de classificação da Capes. Duas ações em andamento referem-se à indexação da revista na base de dados EBSCO e à realização de melhorias no site da RDC, para que este contemple claramente as principais informações necessárias ao periódico em todas as versões linguísticas disponibilizadas. Ao longo do ano, espera-se que novas conquistas se concretizem, impulsionando a qualidade da revista.

Esta edição da RDC inicia com um artigo que tem como foco o estudo do mercado varejista brasileiro, considerando a literatura sobre barreiras à entrada fomentada por atividades baseadas em dados e a importância dos dados como um ativo capaz de criar poder de mercado e ensejar práticas anticompetitivas. Em sequência, é apresentado outro artigo baseado em uma revisão de literatura sobre o uso de métodos de *screening* (filtros econômicos) para a detecção de cartéis no Brasil e no mundo. O terceiro artigo da revista, mediante a aplicação do método econométrico diferença em diferenças, tem como proposta estimar o sobrepreço causado pelo cartel de combustíveis na região metropolitana de Belo Horizonte/MG, condenado pelo Cade em 2019. O quarto texto faz uso da doutrina e da legislação pátria para analisar em que medida as consultas públicas sobre abuso de poder regulatório conduzidas pela FIARC contribuem para a promoção da advocacia da concorrência por meio da fiscalização das condutas anticoncorrenciais. Segue-se com o quinto artigo que examina as diferentes abordagens da inovação na teoria econômica e sua influência nas decisões das autoridades de defesa da concorrência.

O sexto texto da RDC tem a intenção de verificar se atos de concentração no setor financeiro, como Ágora-Bradesco e XP-Itaú, podem ser entendidos como *killer acquisitions*, à luz dos desafios e teorias de dano das inovações e de mercados digitais. O próximo texto busca apresentar as principais características da Escola de Chicago e de Harvard, bem como analisar decisões do Tribunal do Cade em que as premissas de cada corrente foram utilizadas como fundamentação dos votos de Conselheiros. Posteriormente, o oitavo artigo busca verificar a importância e a atuação do Cade no processo de fusão entre as empresas Colgate-Palmolive Company e a Kolynos do Brasil S/A. O nono texto tem como objetivo estudar de que forma os mercados de trabalho podem ser considerados na análise de atos de concentração econômica submetidos à aprovação do Cade. Finalmente, o último texto desta edição investiga as mudanças na abordagem de compromissos de exclusividade pelo Cade e as razões que justificam as inovações trazidas pelos TCCs do Gympass e do iFood.

A coordenação editorial da RDC agradece aos autores e pareceristas que contribuíram para esta publicação, assim como aos leitores pelo interesse no conteúdo apresentado.

Alexandre Cordeiro Macedo

Presidente do Cade

Victor Oliveira Fernandes

Editor-chefe da RDC

1

IS DATA A SOURCE OF COMPETITION OR CONCERN IN THE BRAZILIAN RETAIL MARKET?¹

Dados são uma fonte de competição ou preocupação no mercado varejista brasileiro?

Bernardo Gouthier Macedo²

LCA Consultores – São Paulo/SP, Brasil

Anna Olímpia de Moura Leite³

LCA Consultores – São Paulo/SP, Brasil

Paulo Henrique Oliveira⁴

LCA Consultores – São Paulo/SP, Brasil

STRUCTURED ABSTRACT

Context: businesses have always used data to make decisions, but the amount, variety, and speed of data have increased dramatically in recent years. This fact led to the emergence of big data, which in turn intensified innovation, led to new services and products such as real-time traffic information and personalized marketing and delivery services. While big data has led to efficiency gains, it has also sparked a new debate in antitrust: to what extent, if any, could data become a competitive concern?

Objective: this article is a case study on the Brazilian retail market based on recent literature on barriers to entry fostered by data-based activities and the importance of data as an asset capable of creating market power and giving rise to anti-competitive practices.

Method: a bibliographical review was carried out regarding the importance of data as a possible asset that creates barriers to entry, as well as the interpretation of the Brazilian antitrust authority – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), in recent mergers, in addition to an exploratory analysis of data on access and revenue of the main retail players in different market segments and business types.

Editor responsável: Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 20/02/2024 **Aceito em:** 28/05/2024 **Publicado em:** 19/06/2024

2 Mestre e doutor em economia pela Unicamp. Sócio-Diretor da LCA Consultores. Conselheiro do IBRAC. Foi diretor de economia do IBRAC. Sediado em São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: bernardo.macedo@lcaconsultores.com **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-9891-6038>

3 Mestre e graduação em economia pela Faculdade de Economia e Administração da USP. Gerente da LCA Consultores. Coordenadora de Condutas Unilaterais do Comitê de Concorrência do IBRAC desde 2022. Sediada em São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: anna.olimpia@lcaconsultores.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6799293897895906>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-6909-2562>

4 Mestrando em Administração Pública e Governo na FGV-EAESP e graduado em Ciências Econômicas pela UNIFESP. Pesquisador associado ao Observatório do Poder Econômico (OPE), membro do Comitê de Mercados Digitais do IBRAC e economista sênior da LCA Consultores. Sediado em São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: paulo.oliveira@lcaconsultores.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7317015365816360>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-9976-8695>



Conclusions: the article concludes that, taking into account the case study, it is not evident that big data leads to highly competitive advantages in the retail sector in Brazil and that competitive concerns do not extend to all data-intensive markets, as data can be segmented and provide different competitive advantages that do not imply relevant barriers to the Brazilian retail sector.

Keywords: data-driven markets; competition; retail; consumer behavior; multihoming.

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: as empresas sempre utilizaram dados para tomar decisões, mas a quantidade, a variedade e a velocidade dos dados aumentaram drasticamente nos últimos anos. Este fato conduziu ao aparecimento da big data, que por sua vez intensificou a inovação, levou a novos serviços e a produtos como a informação de tráfego em tempo real e a serviços personalizados de marketing e entrega. Embora os grandes volumes de dados tenham conduzido a ganhos de eficiência, também suscitaram um novo debate no domínio antitruste: até que ponto podem os dados tornarem-se uma preocupação concorrencial?

Objetivo: este artigo é um estudo de caso sobre o mercado varejista brasileiro a partir da literatura recente sobre barreiras à entrada fomentado por atividades baseadas em dados e a importância dos dados como um ativo capaz de criar poder de mercado e ensejar práticas anticompetitivas.

Método: foi realizado uma revisão bibliográfica acerca da importância dos dados como possível ativo criador de barreiras à entrada, bem como a interpretação da autoridade antitruste brasileira – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), em atos de concentração recentes, além de análise exploratória dos dados de acesso e de receita dos principais players varejistas em diferentes segmentos de mercado e modalidade de negócios.

Conclusões: o artigo conclui que, tendo em conta o estudo de caso, não é evidente que a big data conduza a vantagens altamente competitivas no setor do varejo no Brasil e que as preocupações concorrenciais não se estendem para todos os mercados intensivos em utilização de dados, pois os dados podem ser segmentados e proporcionam diferentes vantagens competitivas que não implicam em relevantes barreiras à no setor varejista brasileiro.

Palavras-chave: mercados baseados em dados; competição; varejo; comportamento do consumidor; multihoming.

Classificação JEL: L11; L4; L81.

Summary: 1. Introduction; 2. Big data: characteristics, efficiency gains and competitive concerns; 2.1. Literature review; 2.2. Overview of the Brazilian jurisdiction; 3. Access and use of data in the Brazilian retail market; 3.1. Collection of data; 3.2. Usage of data; 4. Final remarks: the multiple factors determining competition in the Brazilian retail market; References; Appendix.

1. INTRODUCTION

Firms have long used data to make strategic decisions. However, the volume, variety and velocity of data have increased dramatically in recent years. This has led to the emergence of big data (MONTEIRO, 2017)⁵.

Big data has provided innovation through new services and products such as real-time traffic information, personalized marketing, delivery services etc. Nevertheless, despite the efficiency gains linked to its usage, it has sparked a new debate in antitrust: could data become a competitive concern? If so, to what extent? Some academics and policy makers understand that big data, due to some of its characteristics, could lead to an unfair competitive advantage and harm consumers (FURMAN, 2019). Contrarily, Andres Lerner, as detailed in Sokol and Comerford (2016), argues that real-world evidence may not support these concerns. The author argues that feedback loops in big data aren't as impactful as often believed, and the collection of online data can lead to improved services at lower costs. Lerner also contends that no single firm dominates data control, and without clear evidence of anticompetitive effects, rigorous antitrust actions could hinder competition and innovation. This debate becomes even more complex when it is considered that the importance and ability to generate barriers to entry through the use of big data can vary significantly from market to market.

This paper studies the context of the Brazilian retail market, an especially interesting case of an industry which has shown an important growth trend and with a large plurality of players that use data in the most diverse ways. This is a complex market in which some players are marketplaces (Magalu, Mercado Livre, Americanas, Netshoes, Amazon), while others are not (Assaí, Boticário, Renner); some are moving into physical stores, while others are investing in omnichannel strategies. Thus, the Brazilian market presents a special context of coexistence of large and small players and distinct business models that operate in a fiercely competitive environment especially fascinating for the analysis of antitrust tools in digital markets (RANKING..., 2023a; RANKING..., 2023b)⁶.

To address these points, this study is organized into three sections, in addition to this Introduction. Section 2 describes the recent discussion about the particularities of big data, their efficiency gains, and potential competition concerns, and how the Brazilian antitrust authority has been considering big data in its analyses. It presents the research held by Rubinfeld and Gal (2017), in which the authors investigate the characteristics and barriers to entry related to data at all stages of its value chain, showing that these barriers generate varying impacts based on the significance of data in each individual market. Therefore, data-driven markets should not be considered as a single group, but rather as a collection of sub-groups with different characteristics. Section 3, in turn, analyzes the diverse data sources available to retailers in Brazil and its uses in different markets. It illustrates that companies possess a wide range of information resources and employ different technologies to use

5 "The term big data reflects the tendency to collect, acquire, storage, and process big volumes of digital data to create economic value" (MONTEIRO, 2017, p. 9).

6 In 2021, the largest retailers in Brazil in terms of revenue were: Carrefour (R\$ 77,75 bi), Pão de Açúcar (R\$ 51.29 bi), Assaí (R\$ 41.9 bi), Magazine Luiza (R\$ 35.28 bi), Via Varejo (R\$ 30.9 bi), Raia Drogasil (R\$ 24.13 bi), Lojas Americanas (R\$ 22.7 bi), Mercado Livre (R\$ 21.09 bi), Big (R\$ 20.12 bi), Grupo Mateus (R\$ 15.88 bi), Drogaria DPSP (R\$ 11.17 bi), Havan (R\$ 9.56 bi), Cencosud (R\$ 8.15 bi), Farmácias Pague Menos (R\$ 7.53 bi) and Grupo Saga (R\$ 6.83). In terms of the most visited shopping websites in May 2023, the top five were Mercado Livre, Amazon, Magalu, OLX and Shopee. The top five most used shopping apps, between January and June 12th, 2023, were Mercado Livre, Shopee, Shein, AliExpress, OLX, Magalu, Amazon, Americanas, Casas Bahia, Lojas Renner, Netshoes, Loja Online Samsung, O Boticário, Riachuelo, Enjoei, Dafiti, and Centauro.



data according to the needs presented in each sector. Finally, the concluding remarks discuss factors that play an important role in shaping competition in the Brazilian retail market.

2. BIG DATA: CHARACTERISTICS, EFFICIENCY GAINS AND COMPETITIVE CONCERNS

2.1. Literature review

The effects of big data in the competition environment are a complex and multifaceted topic. Rubinfeld and Gal (2017) note that big data's capacity of compiling great amounts of relevant information can help firms to create and/or improve their products and services, which can lead to lower prices and higher diversity and quality for consumers. The authors point out, however, that some scholars have raised concerns, although without empirical evidence to support this claim, that it can also be used to engage in anti-competitive behavior, such as artificially increasing barriers to entry. Others, such as Sokol and Comerford (2016), attest that the overall effect of big data on competition depends on the specific circumstances and the particularities of each market⁷.

In the first sense, some studies have claimed, based on theoretical assumptions, that markets in which data is a valuable asset or input can become highly concentrated and lead to anti-competitive practices. This is the case of the OECD (2015) report *Data-driven innovation: Big Data for Growth and Well-Being* and studies like Furman (2019). These studies conclude that data-driven markets are often characterized by a positive feedback loop, in which incumbents have a competitive advantage over entrants by gaining more access to data, which leads to higher quality of products and services, which attracts more users, which leads to more data, and so on. The feedback loop can perpetuate itself over time, leading to concentration of market power in the hands of a few large firms.

Other studies – also based on theoretical assumptions – have focused on the characteristics of data-driven indirect network effects, concluding that markets with this kind of features tend to tip towards monopoly. Prüfer and Schottmüller (2017) highlight that data-driven indirect network effects are the main competitive advantage of first movers, which cause tipping effects to be persistent. In their words, data-driven markets are “[...] markets where the marginal cost of quality production is decreasing in the amount of machine-generated data about user preferences or characteristics (henceforth: user information)” (PRÜFER; SCHOTTMÜLLER, 2017). In the authors' economic model, these network effects are expressed by the decreasing marginal costs of innovation that are driven by user demand.

Rubinfeld and Gal (2017), however, challenge the consistency of the body of studies that follow in this direction. They argue that they lack in-depth economic analysis and fail to define big data markets holistically, without considering the particularities of each subgroup of data markets. The authors also state that the existence of high barriers to entry in data-driven markets does not necessarily mean that potential harm is expected:

⁷ Sokol and Comerford (2016, p. 1141) emphasizes the need to understand fully the ways online platforms use big data, particularly in the context of two-sided platforms. For instance, while social media platforms offer free access to users on one side, they generate revenue from advertising services to businesses on the other. Furthermore, the author argues that a comprehensive antitrust analysis should consider competition on each side of such platforms and assess the overall benefits and harms to both sides of the platform.

[...] due to the unique characteristics of at least some big data markets, the mere existence of high entry barriers into these markets, by itself, does not automatically lead to the conclusion that social welfare will be harmed. (RUBINFELD; GAL, 2017, p. 34).

Another analytical perspective is focused on the non-rivalrous and non-exclusive⁸ character of data, meaning that it can be replicated by multiple firms, thus making it easier for new companies to enter data-driven markets as they can produce or purchase their own data (TUCKER; WELLFORD, 2014; SOKOL; COMERFORD, 2016). In the same sense, collecting a piece of information does not prevent other companies from collecting the same data themselves. For example, if a user is searching for a dress in different apps – say a social media platform, a search engine, and a marketplace – then all of these apps will have access to similar information about that user's purchasing preferences. The replicability of data is confirmed by the statistics provided by Statista, that estimates that, in 2020, 90% of the global data was replicated and only 10% was unique (STATISTA, 2020)⁹.

Additionally, as pointed by Hagiu and Wright (2020), data has a limited lifespan and its value decreases over time. Therefore, should the data lose its relevance swiftly, all else being equal, it facilitates market entry for competitors, as they aren't required to rival the incumbent's extended period of data-driven learning. Furthermore, the authors point out that the rate at which the value of the collected data deteriorates is specific to each market and application.

Indeed, old data becomes less useful as consumers change their habits and preferences. This means that entrants can enter the market and compete with incumbents as newer data is more valuable. Bilbao-Osorio, Dutta and Lanvin (2014, p. 35) points out that 90% of the available data were created in the last two years, showing that technological advances mean that data is being produced at an ever-increasing rate, effectively reducing the relevance of data produced in an earlier period as it is several levels smaller than recent production.

It is also important to consider the additional benefits derived from additional data. Some scholars recognize that the benefits of data analysis eventually diminish as the accumulated volume increases. Hagiu and Wright (2020) and Iansiti (2021) discuss a series of factors that limit the value and competitive differentiation that data access can generate. Among these factors, economies of scale, economies of scope and data specificity are important variables.

Economies of scale¹⁰ are related to how business performance or product quality improves, reducing the average cost based on the volume of accumulated data. Indeed, according to Bajari *et al.* (2019), access to data improves the quality of forecasts made by the firm, but with diminishing

8 A good is characterized as "non-rivalrous" when one individual's consumption doesn't prevent another's simultaneous use, nor does it reduce in quantity or quality. Furthermore, a good is said to be non-exclusive when parties cannot be excluded from using it. Duch-Brown, Martens and Mueller-Langer (2017, p. 25) argues that: "Data are non-rival and non-excludable by their very nature: many parties can use them at the same time without any loss of utility for any of the parties. If they are not made excludable by law they become a public good. Free-riding by other users would take away incentives for private agents to invest in their production."

9 Statista (2020) categorizes data in two types: unique and replicated. Unique data refers to data that is originally created and captured, while replicated data pertains to data that is duplicated and used. The percentages of both unique and replicated data were determined by Statista, utilizing ratios furnished by the original source.

10 A firm's average costs may remain constant, rise, or fall as its output expands. If average cost falls as output increases, the firm is said to have economies of scale (or increasing returns to scale) (CARLTON; PERLOFF, 1994, p. 35-45). Concurrently, "when it is cheaper to produce two products together (joint production) rather than separately, there is an economy of scope" (PANZAR; WILLIG, 1977; BAUMOL, PANZAR; WILLIG, 1982).

marginal returns. In other words, as more data is accumulated, the additional gains decrease. In this sense, after a certain point (which varies depending on the market), players of diverse characteristics may compete despite initial advantage and previous data accumulation.

On the other hand, economies of scope are related to the relevance of accumulated data in one segment to other available data. The complementarity of databases can increase the value of an existing database, allowing it to be used multiple times and for multiple purposes. However, the study by Bajari *et al.* (2019) concluded that having access to a larger portfolio of products, even in the same category, does not have a significant effect on forecast accuracy. This indicates that data produced in certain retail segments is not crucial for predicting consumer preferences in other segments, resulting in limited economies of scope¹¹.

All these characteristics act as disciplining elements of the potential anti-competitiveness of the accumulation and use of data. Specifically, as presented above, the following stand out: i) data's economies of scale and scope; ii) its non-rivalrous/non-exclusive nature (which means that the same bundle of data can be used by multiple agents at the same time without diminishing its value); and iii) the limited lifespan of data (which creates opportunities for new entrants to compete in data-driven markets). For these reasons, the large volume of data of generalized firms might not be entirely useful on specific segments, thus specialized firms would not be at a disadvantage in terms of data. This would lead to a scenario in which tipping – the dominance of incumbents – is not necessarily true.

Rubinfeld and Gal (2017) agree that the non-rivalry, the non-exclusiveness and the limited lifespan of data are all characteristics that indicate low barriers to entry in data-driven markets. However, they emphasize the need to analyze all barriers associated with each link of the data value chain, which the authors classify by collection (extraction of data); storage (organizing data in a database); synthesis and analysis (integration of different types of data and the analytical processing of data); and usage (use in decision-making).

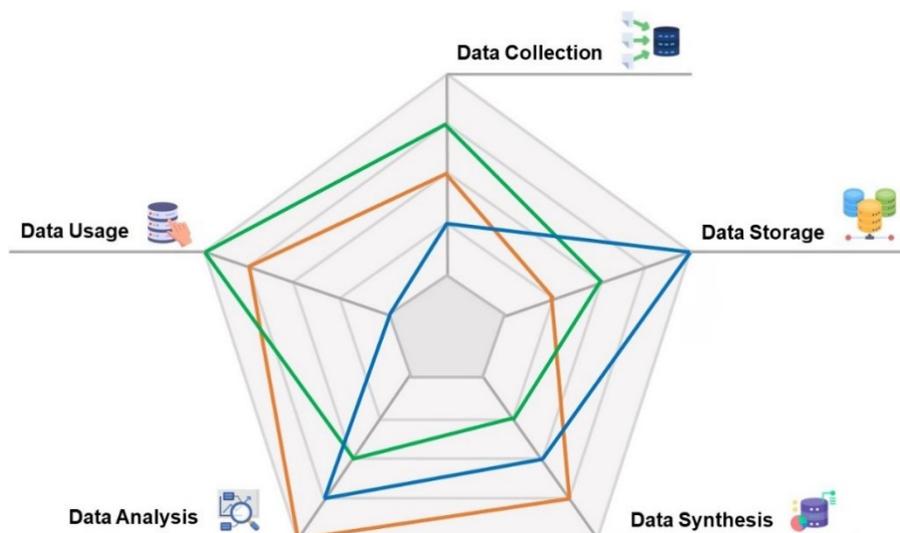
The authors argue that barriers established in relation to each of the aforementioned links would determine the effect on competition and welfare and serve to delineate markets for the antitrust analysis. Their conclusions are based on a comprehensive literature review on technological and legal barriers and interviews of players in markets heavily impacted by the use of big data tools. Barriers cited as examples from the authors include technological, data protection laws, data compatibility and interoperability, network effects, and switching costs¹².

In their theoretical model, Rubinfeld and Gal (2017) argue that barriers to entry can arise at any stage of the data value chain. This means that there is a potential for cumulative negative effects on competition, or that high barriers to entry in one stage of the chain could be overcome by particularities of the relations established in another stage. For example, a firm with limited access to data due to lower economies of scope than its competitors could overcome this barrier by obtaining a good algorithm that would allow it to better understand and use the data it does have (RUBINFELD; GAL, 2017). These situations are illustrated in the figure below.

11 Durand and Williams (2022, p. 4) agree on that characteristic. The authors argue that data must be relevant to be useful. In the specific case of retailers, they affirm that data is useful “when they feed into data analytics that improve the retailers’ performance, notably in terms of sale of products and/or services to customers”. As an example, the authors cite a multi-product firm that will have access to a large volume of data, but not necessarily data from one segment of the business will be helpful elsewhere.

12 For a detailed analysis, see Rubinfeld and Gal (2017, p. 11-31).

Figure 1 - Data value chain and hypothetical situations



Source: Rubinfeld and Gal (2017). Elaborated by the authors. Note: the image provides a visualization of the varying intensity of data usage across the value chain for five hypothetical sectors. Each sector showcases unique data demands and applications, which are distinctly illustrated by the intensity of each link within the chain. This representation offers insights into how different industries prioritize and utilize data at various stages.

Given this broad chain of connections between various spheres of data use, the authors concluded that data-driven markets should be analyzed considering their particularities, specifically bearing in mind the relevance of data in each specific market. This is essential to identify the optimal balance between the efficiencies gained from the usage of data and its potential harm to competition, qualifying the actions of the antitrust authority in each specific context. Furthermore, it should be noted that the efficiencies gains derived from big data have brought unprecedented changes to people's daily activities. Illustrating such argument, Sokol and Comerford (2016) list the following examples:

- i. Monetization of data subsidizes free products for consumers: targeted advertising sales provides the means for data-driven companies to offer free products to consumers, such as real-time traffic updates;
- ii. Improved quality and enhanced innovation:

Big data allows for regularized customization of decision-making, reducing risk and improving performance. It also changes corporate ecosystems by moving data analytics into core operational and production functions, and it enables the introduction of new products (RUBINFELD; GAL, 2017, p. 2).

2.2. Overview of the Brazilian jurisdiction

The discussion of data as an asset or input with important competitive value – and even as an essential facility – has not been fully addressed in Brazil. The Brazilian antitrust authority, *Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)*, has not yet fully considered data as an asset in its merger

analysis (MONTEIRO, 2017)¹³. However, Cade's report on Digital Platforms gives some examples where data was considered in the analysis (BRASIL, 2021).

In the merger case n. 08700.006084/2016-85 (Microsoft/LinkedIn)¹⁴, data was part of the economic rationales presented by the Parties. It was stated that users' data from LinkedIn would enhance Microsoft product offers. Cade analyzed the use of LinkedIn's data by the CRM solution offered by Microsoft. The Brazilian authority concluded that data from LinkedIn couldn't be considered an essential facility for two reasons: (i) players that offer CRM solutions do not use data from LinkedIn; and (ii) products are complementary and not vertically related. Cade's decision in the LinkedIn/Microsoft case suggests that there was no consideration of the use of data as an essential facility within the framework of merger analysis. However, the report on Digital Platforms (BRASIL, 2021) indicates that Cade is open to consider data as an asset with competitive value in other contexts.

The analysis of the merger case n. 08700.001796/2020-94 (OLX/Zap Imóveis) also considered that the operation could raise the possibility of limiting third-party CRM solutions by restricting access to data. The analysis showed that, while the merged firm could technically engage in this practice, it would likely lead to a negative rating of the merged firms' platforms, as their performance is related to their capacity to generate data. Therefore, there was no incentive for the merged firm to do so. In this case, Cade analyzed the likelihood of the merged firm to engage in an anticompetitive practice. Its conclusion showed that the authority is indeed concerned about the impacts of data as an input, but that data's competitive relevance is being analyzed on a case-by-case basis.

In summary, Cade's approach is consistent with the literature that suggests that big data could be an issue to be considered in a competition assessment but not necessarily an anti-competitive condition *per se*. In other words, even though there could be some potential competition concerns that need to be considered – such as the existence of barriers to entry and the competitive relevance of data in each specific market –, data have *prima facie* pro-competitive effects as a means to convey value to the final consumer. For this reason, it is important to analyze each case individually.

3. ACCESS AND USE OF DATA IN THE BRAZILIAN RETAIL MARKET

Data is considered a strategic resource for companies seeking competitive advantages. However, not all sectors benefit equally from data collection, storage, analysis, and usage. Likewise, not all types of data are equal and, as discussed earlier, several steps beyond data access are relevant to assess its effectiveness as a competitive advantage. As Félix, Tavares and Cavalcante (2018) points out, the retail sector is one of the segments that uses big data tools the most in Brazil, thus it was chosen as a case analysis to identify the ways in which this industry (i) collects and (ii) processes and uses data, emphasizing the changes that the massification of internet access has brought to the industry and the means through which retailers could take advantage of data. The evidence collected is based on a review of literature from business schools, newspapers, and business journals. This information provides insight into how Brazilian retail businesses access and use data. It is important

¹³ Although the importance of the use of data has been discussed laterally by Cade in its jurisprudence, there are no signs of the authority constructing clear theories of harm in the sense of understanding the use of data as the sole condition for market closure, regardless of the case-by-case analysis.

¹⁴ Editor's note: all the Cade cases mentioned in this article can be consulted at <https://tinyurl.com/y7obr4z5>.

to note that there is limited academic research on this topic, so the understanding of the market must be built using various types of sources.

The existence of stores and markets has always been directly related to the interest merchants have in accessing, collecting, and evaluating information about their customers. This set of data accounts for everything from shopping preferences to demographic characteristics, allowing vendors to better understand their target audience, customize products and services, create competitive differentiators, and build consumer loyalty. Levy, Weits and Grewal (2023) summarize this point:

Retailers have always gathered data, in more or less formal ways. Good salespeople might keep notes about what their favorite customers like, and many retailers have extensive data about members of their loyalty programs (LEVY; WEITS; GREWAL, 2023, p. 17).

The widespread use of big data has led to more sophisticated analysis of consumer behavior and market trends. This made it possible to customize options and promotions for individuals or groups of customers, as well as to improve the quality of products and services. For example, retailers can now offer products in an omnichannel model, which means that customers can buy online or in-store and choose how to receive their purchases. Additionally, retailers can use big data to gain deeper insights into consumer behavior¹⁵, providing relevant inputs for a better strategic decision-making and leading to improvements in their operations.

3.1. Collection of data

The literature review on the impacts of big data on competition, discussed in Section 2, highlights the importance of analyzing the entire value chain of data. This includes the collection, storage, processing, analysis, and use of data. For the Brazilian retail market, we first analyzed how retailers access data. This is then followed by an analysis of how data is processed and used in the Brazilian retail market.

Brazilian retailers have been collecting data for a long time (FÉLIX; TAVARES. CAVALCANTE, 2018) and a well-known example is Casas Bahia (QUEIROZ, 2006). This retailer developed solutions that allowed low-income consumers – and therefore those with less access to credit – to finance products of greater value. To make this strategy viable, Casas Bahia and companies that replicated its

¹⁵ It is also important to consider the possibility of manipulating consumers' behavioral patterns such as in the impact of dark patterns in mischievous data usage. Dark patterns have been originally defined as “tricks used in websites and apps that make you do things that you didn't mean to, like buying or signing up for something”. In other words, dark patterns undermine user autonomy by subverting or influencing decisions made by the users. Calo and Rosenblat (2017) argue that marketplace business models, including sharing economy business, for instance, ease market manipulation specially through the use of personal data. One very prominent example of a dark pattern is the “attention grabber”, where unrelated signs or ads are strategically located within the field of view to attract the users click. These “attention grabbers” can be easily suited to a given user's preferences through extensive use of their personal data. Competition-wise, dark patterns in the form of “obstructions”, where the interface or even the rules of engagement in a membership hinder the cancellation or changes in preference of users, can result in high switching costs for users, keeping rivals from accessing this market (MATHUR; KSHIRSAGAR; MAYER, 2021). Such a comprehensive definition demonstrates the need to consider specific analyzes on a case-by-case basis, since, like the specific use of data solutions, the design of dark patterns tends to be very specific to the business model and the particularities of the intermediated market, in addition to being an element addressed by consumer protection, data protection and competition defense mechanisms.

model sought to collect as much information as possible from their customers. Therefore, retailers in Brazil have been developing financial products heavily based on the ability to analyze consumers' personal data within the retail operation itself (QUEIROZ, 2006). Also, many retailers have partnered with financial institutions to offer financing options and installment purchases, which requires obtaining personal data from consumers such as credit history, income, and address (QUEIROZ, 2006).

More recently, open banking¹⁶ expanded the ability of retailers in Brazil to gain better insights into consumer spending habits. An extensive report published by the consulting firm Ernest Young (CREMA; AMARAL, 2022) shows that, by sharing their financial data, consumers can benefit from personalized offers and discounts, while retailers can improve their marketing and risk assessment. Moreover, according to AFRAC, the Brazilian technological association for commerce, open banking will enable retailers to provide better customer service, develop new products and services, and improve their overall efficiency (AFRAC, 2020; GARCIA, 2021).

In fact, retailers are incorporating financial services and payment methods into their offerings. This can provide a competitive advantage and an additional source of data. For example, Magalu, a major Brazilian retailer, registered 5,2 million digital accounts in 2022 (TAUHATA, 2022). The entry of retailers can also be noted within the payment systems segment. Mercado Livre, the largest online marketplace in Latin America, has partnered with Vtex, a specialized tech firm in virtual payments, to develop its own payment system. As a consequence of this transformation, traditional credit bureaus are expanding their data solutions to accommodate the influx of information from open banking. These products offer sophisticated modeling structures and focus on credit risk mitigation to a wide range of retailers in Brazil (RIBEIRO, 2023).

The use of data is also functional as an element of exploring the competitive landscape of the market. Major retailers rely on market data and surveys provided by third-party companies such as Nielsen, Euromonitor, Kantar etc. to gain a detailed view of the market beyond their own reach. These firms conduct research and gather information on consumer trends, market segmentation, consumer behavior, and other relevant data for the market. Retailers also purchase custom research from research institutes to learn more about their customers and their rivals' customers¹⁷. As in the case of financial data, this type of information is not new for large retailers. However, it remains relevant even as big data is increasingly used for analytical purposes. This dynamic is related to the fact that internal data cannot provide a complete picture of the market. Additionally, the way research is conducted has changed over time, one example is role of surveys, that are now often held online, which can accelerate results and lower costs¹⁸.

New data mining companies surged, and existing data companies expanded their businesses.

16 Open Banking, or the open financial system, allows customers of financial products and services to share their information with different institutions authorized by the Central Bank. This service streamlines the relationship between banks and client, standardizes data sharing in the National Financial System, and enhances competitiveness while reducing service costs (TEM..., 2022).

17 Custom research studies are designed to meet the specific needs of the retailer, such as understanding consumers in a particular locality, age group, or gender. In general, these analyses could involve questionnaires, interviews, and direct observations aimed at understanding consumer preferences, needs, and motivations. The results obtained are subsequently used to guide marketing strategies, product selection, and market segmentation.

18 "[...] a survey that took one month to be completed is now being completed in one week, with a cost reduction of 50%." said Lucas Melo, cofounder of MindMiners." (POR QUE..., 2017).

According to data available at Crunchbase¹⁹, Brazil is home to 42 data mining companies 73 data science companies (an average founding year of 2010), and 103 data analytics companies. Therefore, data became available for retailers of all sizes. For example, Scantech is a data startup founded in 1992 in Uruguay that only started growing rapidly in 2016. The company developed a business model in which it connects its API to retailers of all sizes for free and offers personalized reports that show how their sales compare to those of other retailers in a specific region. Scantech then sells the data gathered from its API to the manufacturers (SOUZA, 2023). Another example of a data mining company is Zyte, an European-based firm founded in 2010 that provides services to Brazil. The company specializes in web scraping, which is the process of extracting data from websites. Zyte's clients include a wide range of companies (HOFFMAN, 2015)²⁰.

In another sphere, it's noteworthy that public surveys have also become more comprehensive and accessible to the public, including the Monthly Services Survey (PMS), the Monthly Trade Survey (PMC), and even surveys that map population data, such as the Continuous National Household Sample Survey (PNADc)²¹, which analyzes information on income and consumption of the population in each municipality. Additionally, there has been a significant increase in the offering of free available data, such as Google Trends. These enable the mapping of consumer trends and company performance.

In the same vein, it is worth mentioning that retailers will collect data through their own apps and websites, as well as through their performance on marketplaces. The amount of data will vary depending on the size of the retailer, but technologies to collect, store and process it are available. Companies such as Nuvemshop offer services for creating and managing websites and app stores for retailers. Brazilian retailers have access to a large amount of data and the means to collect it. The retail market in Brazil is composed of businesses of various sizes, each with its own strategy for creating and accessing data. Additionally, several large retailers coexist, all of which have full access to a wide range of data.

Digitalization has led to the emergence of new data companies that offer data mining and analysis services. Additionally, some companies find value in the data generated by retailers and purchase it from them in order to provide market assessments, making it easier for smaller players to access data. Social media, marketplaces, and search engines are also sources of information for retailers of all sizes.

19 Crunchbase collects and organizes data from more than 3,700 global investment firms that submit monthly portfolio updates. The company uses artificial intelligence, machine learning, and manual data validation and curation to provide accurate data.

20 Data mining is a powerful tool to spread data access to different sizes of retailers. In this vein, other companies that should be noted are Experian, Opinion Box, Horus, and Neogrid. They have gained greater relevance in the Brazilian retail market by providing more accurate market research and studies.

21 All the mentioned databases are produced by the Brazilian Institute for Geography and Statistics (IBGE). The PNADc (Continuous National Household Sample Survey) aims to track quarterly workforce fluctuations and long-term socioeconomic development in Brazil. Launched in January 2012, it provides quarterly workforce indicators and annual indicators on supplementary topics like employment types, caregiving, and technology use, among others, investigated either quarterly or yearly. The survey's unit of investigation is the household, and it has been designed to yield data for various regional and administrative divisions across Brazil, progressively broadening the scope of disclosed indicators since its inception. The PMC generates indicators to monitor the retail sector's performance in Brazil, examining the gross resale revenue of formally established companies with 20 or more employees, primarily engaged in retail. Initiated in January 1995 in the Rio de Janeiro Metropolitan Region, it provides real and nominal revenue, employment, and wages and other remuneration indicators. Finally, the PMS provides indicators to track the performance of the non-financial services sector in Brazil, analyzing the gross service revenue of formally established companies with 20 or more employees, excluding the health and education sectors.



3.2. Usage of data

Brazilian retailers use data in a variety of ways to improve their operations and profitability. Some of these ways include: (i) personalizing marketing campaigns; (ii) implementing dynamic pricing algorithms; (iii) making strategic decisions; (iv) forecasting sales (MACHADO, 2018).

Retailers can use data to personalize their marketing campaigns by targeting their ads more effectively and tracking the effectiveness of their marketing campaigns. For example, they can use data to identify which customers are most likely to be interested in a particular product and then target those customers with ads for that product. This enables them to personalize their marketing strategies and develop targeted campaigns that effectively reach and engage their desired audience (HUI *et al.*, 2013). They can also use data to track how many people click on their ads and how many make a purchase after clicking on an ad.

Data is also utilized by retailers to implement dynamic pricing algorithms, which involve adjusting prices based on factors such as demand, supply, competition, and other relevant variables. This enables retailers to automate price adjustments, leading partially or fully to revenue maximization, optimized profit margins, and competitive pricing for a diverse customer base. A study conducted by Poel (2020) examined the effects of dynamic pricing on Netshoes, a Brazilian retailer of sports products. The findings revealed that the retailer pricing model is particularly beneficial for companies with a large inventory volume, enhancing their operational efficiency. However, dynamic pricing algorithms are available also for smaller retailers through specialized companies. An example is Infoprice, a startup focused on collecting data of prices to transform information for retailers.

Data is essential for strategic decision-making in the retail market. Through data analytics, retailers can effectively identify business expansion opportunities, determine the viability of opening new stores, evaluate the potential of entering new markets or segments, and make informed choices regarding product launches or discontinuations. Such analysis is commonly utilized in the retail sector, with the Huff Model being one example of instrument to predict a store's area of influence, aiding in the selection of optimal locations for expansion (LIMA; TEIXEIRA, 2008).

The field of logistics and infrastructure management has seen remarkable advancements in productivity through the extensive use of data (NAZÁRIO, 1999; CESAR; MOORI, 2021). An example is Via Varejo, a leading retail chain in Brazil, is a prime example of this. The company has achieved significant productivity gains by leveraging user data and modeling it within a cloud-based system. This transformative experience began in the company's largest distribution center, which is also the largest in Latin America. Logistics management is also available for small and medium-size retailers. Note that companies like Nuvemshop offer solutions that help businesses of all sizes in Brazil integrate their sales with delivery companies, promising a freight costs reduction by up to 40%, according to the company.

Data also provides valuable insights into competitors' performance, enabling retailers to closely monitor the market trends and adjust their strategies accordingly (FÉLIX; TAVARES. CAVALCANTE, 2018). Making strategic decisions based on data-driven insights is crucial for achieving success and maintaining competitiveness in the retail industry. Sales forecasting and inventory optimization are essential applications of data in the retail market. By utilizing data analysis techniques such as time series models and machine learning algorithms, retailers can accurately predict future demand

based on historical sales data, seasonal patterns, market trends, and other relevant information. The use of data-driven forecasting in the Brazilian retail industry is extensive, covering a wide range of applications across different segments.

The dynamics discussed in the preceding paragraph can be clearly seen in the Brazilian drugstore industry. Raia Drogasil is a prime example of a company that counted on data to develop its strategic decision. It has built a comprehensive database of customer preferences by operating a network of brick-and-mortar stores. This database turned out to be a useful tool for deciding its digital and physical expansion. The retailer will also use information collected from stores to personalize commercial strategies for online sales (BRANDÃO, 2022).

Retailers can also use data to forecast sales. This forecasting often relies on historical data on sales and data related to economic conditions of each market. A notable method of gathering such information is through platforms like Google Trends, as mentioned above. To illustrate this possibility, Azevedo (2021) successfully employed data from Google Trends to anticipate product demand in retail, yielding commendable outcomes. Effective sales forecasting enables retailers to adeptly manage inventory and staffing, preventing both product shortages and excess stock. Efficient inventory management not only reduces warehousing expenses but also enhances operational efficacy. By leveraging data for forecasting and optimization purposes, retailers can make informed decisions about inventory management, leading to improved customer satisfaction and cost-effectiveness in their operations.

Félix, Tavares and Cavalcante (2018) investigated the development of big data analytics at Magazine Luiza in a case study. The goal of the study was to identify the main obstacles to the development of this area within the company. One interesting finding was that the author did not mention a lack of data as a barrier, but rather the need for significant management changes to enable physical stores to share data digitally. Other challenges mentioned were the availability of data scientists and the development of more sophisticated tools to enable a faster response (the interviewees indicated that this should be overcome when the use of big data becomes more intensive - a learning by doing process). Note that the availability of data scientists should improve over time as the demand for the job increases and more courses are offered to train workers.

The development of internet access has revolutionized data collection and processing in the retail market in Brazil. As a result, the retail industry is experiencing a remarkable transformation, enabling retailers to make data-driven decisions and enhance their overall performance. In fact, according to a survey held by SBVC (Brazilian Society for Retail and Consumption), 64% of retailers, large and small, are willing to invest more in digital transformation, where online sales and omnichannel appear as top priorities (SBVC, 2023).

4. FINAL REMARKS: THE MULTIPLE FACTORS DETERMINING COMPETITION IN THE BRAZILIAN RETAIL MARKET

While data can contribute to various aspects of retail activities, it is important to recognize that competitiveness extends beyond data alone. Retail's end activity is delivering products and services to customers, so it drastically differs from sectors where data solutions are the final product. Price, product range, quality, service levels, store design, branding, and promotional efforts are all



crucial dimensions of competition in retail. These factors can affect consumers' choices regarding different retailers and brands, and their importance should not be underestimated as they determine the competitive dynamics of the retail market. The dynamic nature of retailing allows innovative new entrants to target unfulfilled opportunities, especially with the growth of online shopping.

Furthermore, numerous successful online retail start-ups have demonstrated that pre-existing data is not a prerequisite for success and that data access could be achieved for new entrants through existing services (HAGIU; WRIGHT, 2020)²². Factors like scale, efficient logistics, purchasing economies, and other non-data-related aspects can also contribute to a retailer's competitive advantage. It is evident that a retailer's relative competitive performance cannot be solely attributed to data asymmetries, as there are numerous conventional reasons for a retailer's success or failure that have nothing to do with data in the first place.

In addition, it is fundamental to consider the transformations in the behavioral patterns of the Brazilian consumer. A survey conducted by Google/Ipsos between October 2021 and January 2022 reaffirms that most Brazilian consumers are researching online even when buying physically – the study indicates 80% of consumers will research online before going to a physical store (MADEIRA; FRANZÃO, 2022). In the same sense, Brazilians are also considering other issues beyond price while researching online. Evidence on that is the number of times the terms “best” and “cheap” were searched at Google Shopping. By the end of 2021, consumers in Brazil started to research more for “best” than “cheap”²³.

Rennie *et al.* (2020) reinforce this point citing experts and studies on consumer behavior that argue consumers are researching on the internet not only for comparing prices, but also for “comparing everything”, which also shows the complexity behind consumers' decision-making²⁴. This evidence also reinstates the influence of multihoming²⁵ in the Brazilian scenario, showing that there is an important influx of access and usage of various comparison tools, retailers, marketplaces, and, fundamentally, different purchase channels, whether online or offline. According to a survey conducted by Akman (2022) with 11,151 users from 10 countries, Brazilians used an average of four retail platforms over a 12-month period – one of the highest rates in the world. This multihoming-prone behavior can be attributed to the highly heterogeneous nature of retail activities and products in Brazil, as well as the consumer behavior of actively seeking out the best deals available.

That said, the behavioral transformations described run parallel to broader trends in the Brazilian scenario, most notably the dispersed nature of the national retail market and the income

22 Hagiu and Wright (2020) argue that, as data is proprietary, it's possible it can be purchased from other sources. Although the use of unique and proprietary data can provide a competitive edge, technological progress can undermine this position. The authors support their point with an example: Nuance's Dragon solutions once dominated the speech-recognition software market, relying on users to train the system with their individual voice patterns and storing this information within its database. However, recent developments have introduced speaker-independent systems. These modern models, which require minimal to no user training, utilize public speech data sets. As a result, various companies have been able to launch innovative speech-recognition applications, posing a challenge to Nuance's market dominance.

23 See Appendix, Figure 2.

24 “We know more about advertising performance than ever before and can measure outcomes with amazing granularity. And yet, understanding consumer decision-making is more difficult than it's ever been. In 2020, following the outbreak of coronavirus and subsequent restrictions on physical retail, the proportion of purchases happening online has risen to record levels. And while most purchases are still made offline, the media and information that inform those purchases are increasingly online, and the complexity of potential decision-making pathways has grown considerably” (RENNIE *et al.*, 2020, p. 6).

25 Belleflamme and Pleitz (2019) define multihoming as the use of multiple platforms for the same purpose during the purchasing process.

restrictions faced by most consumers. Regarding the consumer's budget constraints, although the greater sophistication of the search pattern is noticeable, price remains a central variable. An analysis based on Google Trends data shows that “price” is searched much more often on Google Shopping than terms like “best”, indicating that price is a major factor that Brazilians consider when researching products^{26,27}. Price centrality is another vector towards greater multihoming, as switching costs are weighed down by lower reserve prices. Therefore, the budget constraint condition leads the average consumer to derive greater utility from obtaining low prices, increasing the propensity to search for different sellers and therefore widening the space for new retailers and entrants.

As for the organization of the Brazilian online retail market, the sector is marked by fragmentation, with a high incidence of small and independent providers (not directly linked to a large chain) that operates centrally through the structure provided by marketplaces. In this scenario, the popularization of online consumption and the existence of a wide range of alternatives for these small sellers implies a reduction in barriers to entry, allowing atomized suppliers to offer their products without incurring in the high entry and maintenance costs associated with the need for stores and physical structures. In the same sense, technological evolution expands the potential demand, increasing the consumer market for small players. Finally, the possibility of access to data analysis tools provided by marketplaces qualifies the performance of these merchants, increasing their productivity and reducing costs.

In conclusion, multi-homing, retailer differentiation, the characteristics of data such as diminishing returns of its value, and the widespread access and usage of data from retailers in Brazil are all factors that limit the competitive advantage gains derived exclusively from data. Marketplaces, which are widely known as data-driven retailers, began operating in Brazil in 2000, and by 2010, many other retailers switched to this business model. Thirteen years later, old and new companies continue to fiercely compete in the Brazilian market.

As a final remark, it should be noted that this study was an exploratory one, based on publicly available examples and data. There is little research on the topic, so the analysis employed here included not only academic studies, but also news and articles related to business practices. This dynamic is also important because the topic is quite new and therefore under-researched in academic literature. As a result, the most effective descriptions of the relevance of data in the practice of different industries and businesses come directly from the thinking developed by the people involved in those businesses. Hence, this paper contributes to consolidating a literature review on barriers to entry due to big data and indicates that it is not straightforward that big data leads to high levels of competitive advantage between companies in the same industry, serving as a basis for other future investigations.

REFERENCES

AKMAN, Pinar. A Web of Paradoxes: Empirical Evidence on Online Platform Users and Implications for Competition and Regulation in Digital Markets. **Virginia Law and Business Review**, v. 16, n. 2, 2022. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3835280>. Accessed on: July 10, 2023.

26 Google Trends data for the last 5 years was used.

27 See Appendix, Figure 3.



ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TECNOLOGIA PARA O COMÉRCIO E SERVIÇOS (AFRAC). **Orientação do nosso VP de Relações Institucionais, Edgard de Castro, sobre a tecnologia Open Banking, é citada em artigo da Folha de São Paulo.** São Paulo, November 30, 2020. Available at: <https://www.afrac.com.br/blog-full-content.php?id=64>. Accessed on: July 10, 2023.

AZEVEDO, Matheus Pasche. **Previsão do volume de vendas do comércio varejista com o uso do Google Trends.** 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Econômicas) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021. Available at: <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/15085>. Accessed on: July 15, 2023.

BAJARI, Patrick; CHERNOZHUKOV, Víctor; HORTAÇSU, Ali; SUZUKI, Junichi. The Impact of Big Data on Firm Performance: An Empirical Investigation. **AEA Papers and Proceedings**, v. 109, p. 33–37, May 1, 2019. Available at: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/pandp.20191000>. Accessed on: July 2, 2023.

BAUMOL, William J.; PANZAR, John C.; WILLIG, Roberto D. Contestable markets: An uprising in the theory of industry structure: Reply. **The American Economic Review**, v. 73, n. 3, p. 491-496, 1983. Available at: <https://www.jstor.org/stable/1808145>. Accessed on: July 12, 2023.

BELLEFLAMME, Paul; PEITZ, Martin. Platform competition: Who benefits from multihoming? **International Journal of Industrial Organization**, v. 64, p. 1-26, 2019. Available at: <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2018.03.014>. Accessed on: July 15, 2023.

BILBAO-OSORIO, Beñat; DUTTA, Soumitra; LANVIN, Bruno. **The Global Information Technology Report 2014: Rewards and Risks of Big Data.** Geneva: World Economic Forum, 2014. Available at: <https://tinyurl.com/2xl8khj3>. Accessed on: July 12, 2023.

BRANDÃO, Raquel. A estratégia da Raia Drogasil (RADL3) para ser a farmácia do futuro. **Exame**, November 24, 2022. Available at: <https://tinyurl.com/28ezqffo>. Accessed on: July 12, 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Mercados de Plataformas Digitais: Cadernos do Cade.** Brasília: Cade, 2021. Available at: <https://tinyurl.com/2juujeq4>. Accessed on: July 12, 2023.

CALO, Ryan; ROSENBLAT, Alex. The taking economy: Uber, information, and power. **Columbia Law Review**, v. 117, n. 6, 2017. Available at: <https://tinyurl.com/24zuw7wt>. Accessed on: July 20, 2023.

CARLTON, Dennis W.; PERLOFF, Jeffrey M. **Modern industrial organization.** 2. ed. New York: HarperCollins College Publishers, 1994.

CESAR, Dirceu Gonçalves; MOORI, Roberto Giro. O Efeito do Big Data Analytics na Relação entre Gestão Estratégica da Logística em Serviços e Desempenho Operacional. **Gestão & Regionalidade**, v. 37, n. 112, 2021. Available at: <https://doi.org/10.13037/gr.vol37n112.6348>. Accessed on: July 5, 2023.

CREMA, Juliana; AMARAL, Cristiane. **Future Consumer Index 2022: Preço é essencial, mas consumidor brasileiro quer mais.** **EY Parthenon**, Brazil, Oct. 3 2022. Available at: <https://tinyurl.com/2chtlvaw>. Accessed on July 10, 2023.

DUCH-BROWN, Nestor; MARTENS, Bertin; MUELLER-LANGER, Frank. **The economics of ownership, access and trade in digital data:** JCR Digital Economy Working Paper 2017-01. Seville: European Commission, 2017. Available at: <https://tinyurl.com/2coggnr2>. Accessed on: July 10, 2023.

DURAND, Benoît; WILLIAMS, Iestyn. Are data a source of unassailable competitive advantage in retailing? **RBB Economics**, [S. l.], 2022. Available at: <https://tinyurl.com/2yq8bbr4>. Accessed on: July 11, 2023.

FÉLIX, Bruno Muniz; TAVARES, Elaine; CAVALCANTE, Ney Wagner Freitas. Fatores críticos de sucesso para adoção de Big Data no varejo virtual: estudo de caso do Magazine Luiza. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, São Paulo, v. 20, p. 112-126, 2018. Available at: <https://doi.org/10.7819/rbgn.v20i1.3627>. Accessed on: July 5, 2023.

FURMAN, Jason. **Unlocking digital competition**: Report of the Digital Competition Expert Panel. London: Crown, 2019. Available at: <https://tinyurl.com/ynxmx6gu>. Accessed on: July 15, 2023.

GARCIA, Larissa. Open Banking permite juntar serviços de vários bancos em plataforma única. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Jan. 29 2021. Available at: <https://tinyurl.com/27qt462e>. Accessed on: July 16, 2023.

HAGIU, Andrei; WRIGHT, Julian. When Data Creates Competitive Advantage: And when it doesn't. **Harvard Business Review**, Boston, Jan. 2020. Available at: <https://tinyurl.com/qpwa485>. Accessed on: July 5, 2023.

HOFFMAN, Pablo. The history of Scraping. **Zyte**, [S. l.], Mar. 16 2015. Available at: <https://tinyurl.com/25snvykc>. Accessed on: July 5, 2023.

HUI, Sam K.; HUANG, Yanliu; SUHER, Jacob; INMAN, Jeffrey. Deconstructing the "First Moment of Truth": Understanding Unplanned Consideration and Purchase Conversion Using In-Store Video Tracking. **Journal of Marketing Research**, v. 50, n. 4, p. 445-462, August, 2013. Available at: <https://doi.org/10.1509/jmr.12.0065>. Accessed on: July 10, 2023.

IANSITI, Marco. The Value of Data and Its Impact on Competition. **Harvard Business School NOM Unit Working Paper**, v. 22, n. 2, July 20, 2021. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3890387>. Accessed on: July 9, 2023.

LEVY, Michael; WEITZ, Barton A.; GREWAL, Dhruv. **Retailing management**. 11. ed. [S. l.]: McGraw Hill Education, 2023.

LIMA, Andre. G. P.; TEIXEIRA, Dalton. J. Localização Varejista: Um Estudo sobre a Utilização do Modelo de Huff para a Tomada de Decisões sobre Localização. **Revista Gestão & Tecnologia**, v. 8, n. 1, p. 1-19, 2008. Doi: <https://doi.org/10.20397/2177-6652/2008.v8i1.211>. Accessed on: July 10, 2023.

MACHADO, Felipe. N. R. **Big data o futuro dos dados e aplicações**. São José dos Campos: Érica, 2018.

MADEIRA, Luiza; FRANZÃO, Thiago. O trajeto das compras de fim de ano: como mobilizar o desejo do consumidor com ajuda do Waze. **Think with Google**, Brazil, Nov. 2022. Available at: <https://tinyurl.com/29x2qprv>. Accessed on: July 12, 2023.

MATHUR, Arunesh.; KSHIRSAGAR, Mihir.; MAYER, Jonathan. What makes a dark pattern... dark? design attributes, normative considerations, and measurement methods. In: CHI CONFERENCE ON HUMAN FACTORS IN COMPUTING SYSTEMS, 2021, Yokohama, Japan. **Proceedings** [...]. Yokohama, Japan. New York: Association for Computing Machinery, 2021. Available at: <https://doi.org/10.1145/3411764.3445610>. Accessed on: July 8, 2023.

MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. **Big data e concorrência**: Uma avaliação dos impactos da exploração de big data para o método antitruste tradicional de análise de concentrações econômicas. Dissertação de Mestrado (Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. Available at: <https://hdl.handle.net/10438/20312>. Accessed on: July



11, 2023.

NAZÁRIO, Paulo. A importância de sistemas de informação para a competitividade logística. **Revista Tecnológica**, São Paulo, v. 5, p. 31, 1999. Available at: <https://tinyurl.com/2xkx55tt>. Accessed on: July 12, 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Data-driven innovation: Big data for growth and well-being**. Paris: OECD Publishing, 2015. Available at: <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en>. Accessed on: July 15, 2023.

PANZAR, John C.; WILLIG, Robert D. Economies of scale in multi-output production. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 91, n. 3, p. 481-493, 1977. Available at: <https://doi.org/10.2307/1885979>. Accessed on: July 5, 2023.

POEL, Naiche Van Der. **Precificação dinâmica como uma ferramenta para administrar preços e vendas no varejo on-line**: um estudo de caso da Netshoes. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão para a Competitividade) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020. Available at: <https://hdl.handle.net/10438/29493>. Accessed on: July 5, 2023.

POR QUE é importante conhecer os consumidores de sua marca? **Exame**, São Paulo, April 24 2017. Available at: <https://tinyurl.com/28wx963u>. Accessed on: July 7, 2023.

PRÜFER, Jens; SCHOTTMÜLLER, Christoph. Competing with big data. TILEC **Discussion Paper**, Tilburg, n. 2017-006, 2017. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2918726>. Accessed on: July 11, 2023.

QUEIROZ, Renata S. Bernardes de. A importância dos modelos de Credit Scoring na concessão de crédito ao consumidor no varejo. In: SEMINÁRIOS DE ADMINISTRAÇÃO FEA USP, 9., 2006, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo: Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Atuária, 2006.

RANKING dos Principais Apps. **Similarweb**, São Paulo, 2023. Available at: <https://tinyurl.com/2adgvht4>. Accessed on: July 5, 2023a.

RANKING dos Sites Principais. **Similarweb**, São Paulo, 2023. Available at: <https://tinyurl.com/28cpt9w5>. Accessed on July 5, 2023b.

RENNIE, Alistair; PROTHEROE, Jonny; CHARRON, Claire; BREATNACH, Gerald. **Decoding decisions: Making sense of the messy middle**. [S. l.], Think with Google, 2020. Available at: <https://tinyurl.com/y6aafv5r>. Accessed on: July 12 2023.

RIBEIRO, Mariana. Mercado Pago e VTEX lançam iniciador de pagamento. **Valor Econômico**, São Paulo, May 17 2023. Available at: <https://tinyurl.com/2ns5pk76>. Accessed on: July 12 2023.

RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal. Access barriers to big data. **Arizona Law Review**, v. 59, 2017. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2830586>. Accessed on: July 15 2023.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO (SBVC). **Transformação Digital no Varejo Brasileiro**. 5th ed. São Paulo: SBVC, 2023. Available at: <https://tinyurl.com/24m8veqf>. Accessed on: July 12, 2023.

SOKOL, D. Daniel; COMERFORD, Roisin. Antitrust and regulating big data. **The George Mason Law Review**, v. 23, 2016. Available at: <https://tinyurl.com/235ohjlv>. Accessed on: July 7, 2023.

SOUZA, Karina. Scanntech, startup de dados para varejo e indústria, capta R\$ 210 mi com Warbug Pincus. **Exame**, São Paulo, January 19 2023. Available at: <https://tinyurl.com/2xkwpudw>. Accessed on

July 10, 2023.

STATISTA. Share of unique data and replicated data in the global datasphere in 2020 and 2024. **Statista**, New York, 2020. Available at: <https://tinyurl.com/2btypq3p>. Accessed on: July 13, 2023.

TAUHATA, Sérgio. Magalu lança cartão para empresas e avança no crédito. **Valor Econômico**, São Paulo, May 12 2022. Available at: <https://tinyurl.com/25ey76z5>. Accessed on: July 11, 2023.

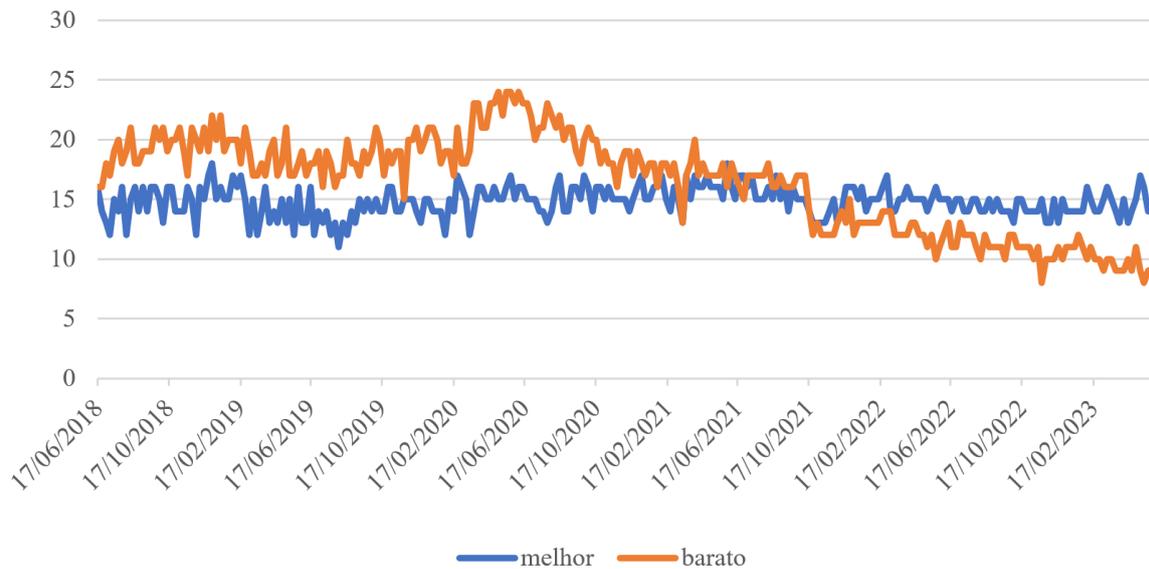
TEM início nova fase do Open Banking no Brasil. **Serviços e Informações do Brasil**, Brasília, October 31 2022. Available at: <https://tinyurl.com/2agyqb6z>. Accessed on: October 17, 2023.

TUCKER, Darren S.; WELLFORD, Hill. Big mistakes regarding big data. **Antitrust Source**, Chicago, December, 2014. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2549044>. Accessed on: May 29, 2024.



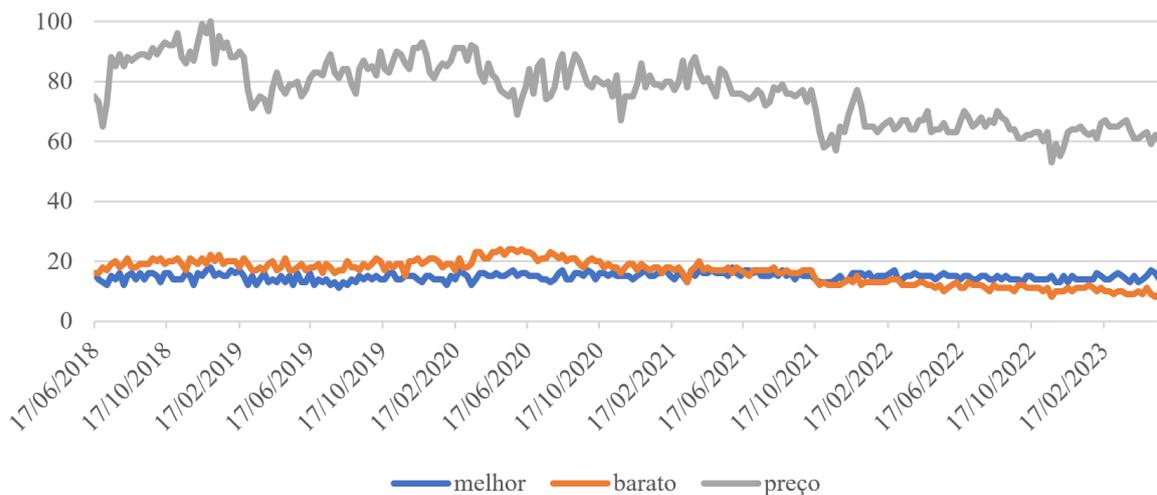
APPENDIX

Figure 2 - Interest over time in searches in Google Shopping for best (*melhor*) and cheap (*barato*) in the last 5 years



Source: Google Trends. Elaborated by the authors.

Figure 3 - Interest over time in searches in Google Shopping for best (*melhor*), cheap (*barato*) and price (*preço*) in the last 5 years



Source: Google Trends. Elaborated by the authors. Note: Numbers represent search interest relative to the highest point on the chart for the given region and time. A value of 100 is the peak popularity for the term. A value of 50 means that the term is half as popular. A score of 0 means there was not enough data for this term.

2

REVISÃO DA LITERATURA EMPÍRICA RECENTE SOBRE MÉTODOS DE SCREENING PARA A DETECÇÃO DE CARTÉIS¹

*Review of recent empirical literature on screening
methods for cartel detection*

Rodrigo Menon Simões Moita²

Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA/USP) – São Paulo/SP, Brasil

Rafael Pereira Oliveira³

Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA/USP) – São Paulo/SP, Brasil

Gabriel Barreiros Poveda⁴

Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA/USP) – São Paulo/SP, Brasil

Maria Paula Heck de Jesus⁵

Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas (FACE/UnB) –
Brasília/DF, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: o objetivo deste artigo é apresentar uma revisão da literatura empírica recente a respeito do uso de métodos de *screening* (ou filtros econômicos) para a detecção de cartéis no Brasil e no mundo.⁶ Tais métodos têm sido cada vez mais utilizados por autoridades antitruste na medida em que complementam e reforçam métodos reativos tradicionais de detecção de cartel, como acordos de leniência. Há diversos estudos que discutem suas aplicações, a maioria com foco na abordagem

Editor responsável: Prof. Dr. Víctor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 19/01/2024 **Aceito em:** 06/06/2024 **Publicado em:** 19/06/2024

2 Bacharel em economia pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA/USP). Mestre em economia pelo Instituto de Pesquisas Econômicas (IPE/USP). Doutor em economia pela University of Illinois.

E-mail: rodmoita@usp.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8849680445810227> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-3244-9892>

3 Bacharel em economia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP). Mestre em economia pelo Instituto de Pesquisas Econômicas (IPE/USP).

E-mail: oliveirarafaelp1@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8898014256402252>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2732-7802>

4 Bacharel em economia pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA/USP). Mestre em economia pelo Instituto de Pesquisas Econômicas (IPE/USP).

E-mail: barreirosponsoreda@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5580464669300677>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-0150-9786>

5 Bacharel em relações internacionais e ciência política pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Graduada e mestranda em economia pela Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas (FACE/UnB).

E-mail: paula.mariahj@hotmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3595655399541760>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1245-5566>

6 Agradecemos o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) pelo financiamento deste estudo, TED 01/2018 FDD-Ipea.



de *screening* comportamental. Este artigo visa a complementar tais trabalhos de duas maneiras: (i) avaliar a literatura mais recente sobre o tema, a qual tem se especializado, por exemplo, em metodologias de *machine learning*; e (ii) discutir aplicações de abordagens estruturais, que são métodos mais simplificados de detecção do que o *screening* comportamental, mas também utilizados por autoridades antitruste e na literatura.

Método: revisão e análise qualitativa da literatura sobre detecção de cartel nacional e internacional.

Conclusões: diversas autoridades antitruste têm seguido as recomendações de organizações internacionais de combinar o uso de métodos reativos com proativos na detecção de cartéis. Há iniciativas importantes no uso de *screenings*, especialmente no âmbito de licitações públicas dada a maior disponibilidade de dados. Na literatura empírica técnicas de *machine learning* têm ganhado espaço seja devido aos desafios de identificação dos modelos econométricos, seja pelo contexto de aumento na complexidade do funcionamento dos acordos colusivos. Trata-se de uma nova tendência que está voltada principalmente à maior previsibilidade e precisão no processo de detecção de cartéis, em detrimento de conclusões sobre causalidade. Tendo em vista as diferentes dinâmicas setoriais e regionais na economia, sua utilização ainda exige cautela por parte dos pesquisadores e autoridades antitruste, mas certamente representa avanço relevante e promissor no combate a cartéis.

Palavras-chave: métodos de *screening*; detecção; cartéis; abordagem estrutural; abordagem comportamental; *machine learning*.

STRUCTURED ABSTRACT

Objective: The objective of this article is to present a review of recent empirical literature regarding the use of *screening* methods to detect cartels in Brazil and around the world. Such methods have been increasingly used by antitrust authorities as they complement and reinforce traditional reactive methods of cartel detection, such as leniency agreements. There are several studies that discuss its applications, most focusing on the behavioral *screening* approach. This article aims to complement such work in two ways: (i) evaluate the most recent literature on the topic, which has specialized, for instance, in *machine learning* methodologies; and (ii) discuss applications of structural approaches, which are more simplified detection methods than behavioral *screening*, but also used by antitrust authorities and in the literature.

Method: Literature review and qualitative analysis on national and international cartel detection.

Conclusions: Several antitrust authorities have been following the recommendations of international organizations to combine the use of reactive and proactive methods in cartel detection. There are significant initiatives in the use of *screenings*, especially in the context of public tenders, given the increased availability of data. In empirical literature, *machine learning* techniques have gained traction, either due to the challenges in identifying econometric models or the rising complexity of collusive agreements. This represents a new trend primarily focused on enhancing predictability and precision in the cartel detection process, rather than drawing conclusions about causality. Given the diverse sectoral and regional dynamics in the economy, its use still requires caution on the part of researchers and antitrust authorities, but it undoubtedly represents a significant and promising advancement in the fight against cartels.

Keywords: *screening* methods; detection; cartels; structural approach; behavioural approach; *machine learning*.

Classificação JEL: C18; C52; D22; D23; D40; K21; K40; L20; L40.

Sumário: 1. Introdução; 2. O que podemos compreender por “cooperação antitruste a nível internacional”?; 3. A Singularidade do Mercado Digital e a Demanda por uma Resposta Regulatória Específica; 3.1. O mercado digital é verdadeiramente “único”? As características das big techs como fator de especificação da economia digital; 3.2. Representam as big techs um risco à concorrência no mercado digital?; 4. O Digital Markets Act como regulação paradigma para uma análise antitruste cooperativa; 5. Conclusões; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é apresentar uma revisão da literatura empírica recente a respeito do uso de métodos de *screening* (ou filtros econômicos) para a detecção de cartéis, no Brasil e no mundo. O avanço recente no uso destes métodos justifica-se pela preocupação de autoridades antitruste com a eficiência dos métodos reativos de detecção de cartel, como é o caso dos programas de leniência (ICN, 2021). Conforme será abordado neste artigo, observou-se nos últimos anos que a dependência excessiva nos acordos poderia comprometer a própria efetividade deste instrumento e, portanto, métodos como os de *screening* deveriam ser vistos como complementares e não necessariamente substitutos aos métodos tradicionais de detecção de cartéis.

Há diversos estudos que discutem aplicações de *screenings*, a maioria com foco na abordagem comportamental. Este artigo visa a complementar tais trabalhos de duas maneiras: (i) avaliar a literatura mais recente sobre o tema, a qual tem se especializado em metodologias, por exemplo, de *machine learning*; e (ii) discutir aplicações de abordagens estruturais, métodos mais simplificados de detecção do que o *screening* comportamental, mas também utilizados por autoridades antitruste e na literatura.

No contexto de detecção de cartel⁷, métodos de *screening* caracterizam-se por modelos estatísticos que visam a identificar mercados cuja estrutura é propícia para cartel, onde há comportamento suspeito ou onde denúncias de consumidores e concorrentes exigem investigação mais aprofundada (PORTER, 2018). O *screening* estrutural consiste na análise de características do mercado ou indústria que tendem a facilitar a ocorrência de cartéis. Embora a literatura teórica acerca de fatores estruturais que afetam a estabilidade de cartéis seja vasta, há poucas aplicações práticas nesse sentido.

Métodos comportamentais, embora mais sofisticados, são mais comuns tanto na literatura empírica quanto nos programas de detecção de cartel das autoridades antitruste, em grande medida,

⁷ O uso de *screening* pode e deve ser usado em diversos outros contextos. Um exemplo prático é o uso que foi feito por funcionários do Ministério do Planejamento para identificar irregularidades em leilões virtuais. Mais detalhes em: Castro et al. (2018) e Rebouças et al (2015).



pela sua maior efetividade. Tal abordagem consiste em identificar comportamentos suspeitos que são mais consistentes com um regime de cartel do que de um mercado competitivo. Para tanto, baseia-se em diferentes tipos de dados, como: preços, quantidades, lances em licitações públicas, número de empresas concorrentes, *spreads* e *market shares*, custos, grau de transparência e inovação nos mercados, interação entre concorrentes, elasticidade-preço da demanda e barreiras de entrada (ABRANTES-METZ, 2011).

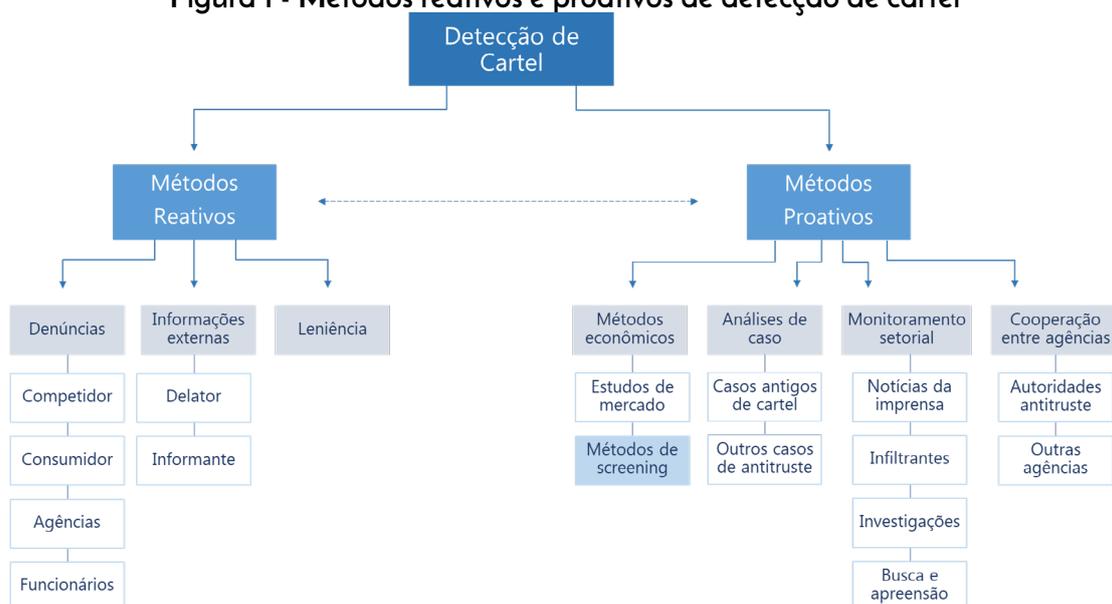
Assim, o *screening* pode ser utilizado para avaliar, dentre outros fatores: (i) características estruturais do mercado que tendem a facilitar a ocorrência de cartéis; (ii) independência condicional dos lances em uma licitação pública; (iii) preços médios e a variância dos preços no mercado; (iv) quebras estruturais nas séries de preço, lances e quantidades; (v) taxas de *pass through* entre custos e preços; (vi) estabilidade de *market shares* no mercado ou entre um grupo de empresas; ou até (vii) adequação da distribuição de preços ou lances a leis matemáticas, como a chamada Lei de Benford .

Este artigo realiza uma revisão da literatura empírica recente a respeito do uso destes métodos no contexto de detecção de cartel e está organizado da seguinte forma, além desta Introdução. A Seção 2 compara os métodos reativos e proativos (como o *screening*) de detecção de cartel, evidenciando que o *screening* tem papel importante, inclusive, para poupar recursos e garantir maior efetividade de métodos reativos como acordos de leniência. A Seção 3 discute as propriedades e limitações das abordagens estruturais e comportamentais de *screening*. A Seção 4 apresenta a revisão da literatura empírica recente acerca dos diferentes tipos de aplicação e a Seção 5 traz as considerações finais.

2. SCREENING COMO MEIO PARA FORTALECER ACORDOS DE LENIÊNCIA

De modo geral, os métodos de detecção de cartel podem ser caracterizados entre proativos e reativos. De acordo com ICN (2021), métodos reativos dependem de eventos externos ocorrerem antes da autoridade antitruste reconhecer ou ganhar consciência de algum fato, enquanto métodos proativos têm origem dentro da autoridade e não dependem de fatores externos. A Figura 1 detalha as diferentes abordagens de detecção de cartel.

Figura 1 - Métodos reativos e proativos de detecção de cartel

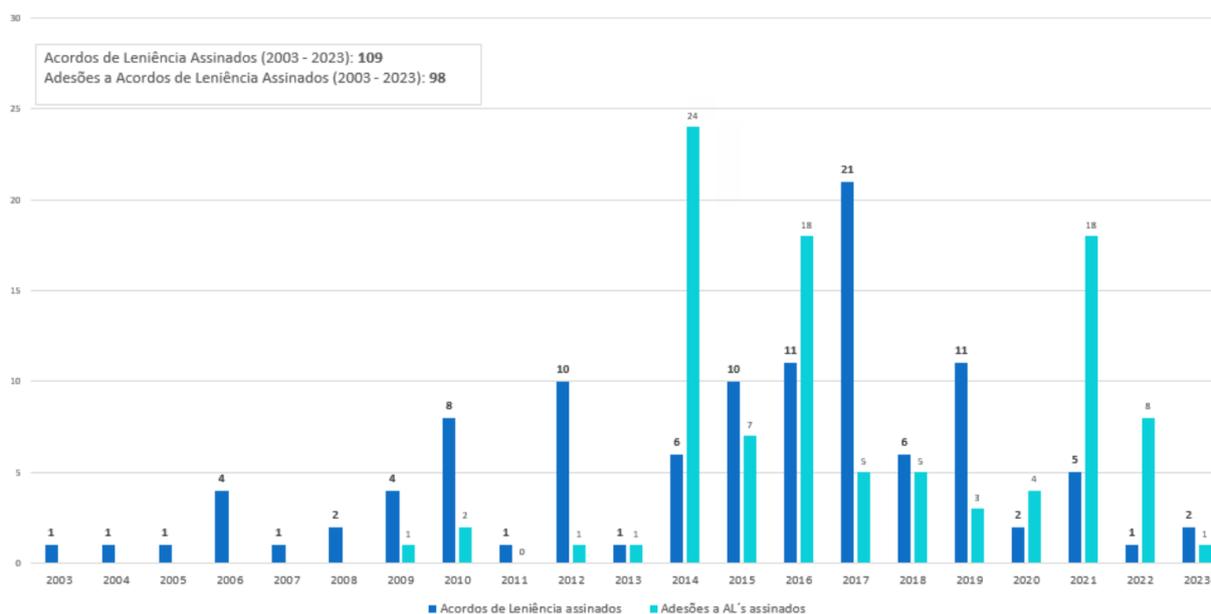


Fonte: adaptado de Hüsichelrath (2010).

O avanço recente no uso de métodos de *screening* justifica-se pela preocupação de autoridades antitruste com a eficiência dos métodos reativos de detecção de cartel (ICN, 2021). Observou-se que a dependência excessiva em programas de leniência, por exemplo, poderia comprometer a própria efetividade deste instrumento. Salgado (2022) explora como os acordos de leniência, dentre outras ferramentas, impactam a dinâmica da política de combate a cartéis. Além disso, evidências sugerem que tais programas tendem a detectar cartéis maduros ou em já estágio final (CHAMMAS, 2015).

De fato, como mostra o Gráfico 1, no caso brasileiro, após forte alta no número de acordos de leniência assinados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) entre 2013 e 2017, ano em que foram assinados 21 acordos, observa-se uma tendência de queda no uso deste instrumento até 2023 (quando houve apenas dois acordos assinados).

Gráfico 1 - Número de acordos de leniência e adesões a acordos assinados pelo Cade (2003-2023)



Fonte: Estatísticas (2023) do Programa de Leniência do Cade. Atualizado em 01/03/2023.

Não à toa, nos últimos dez anos a recomendação de organizações internacionais tem sido que os acordos de leniência e demais métodos reativos devem ser reforçados e combinados com métodos proativos de detecção (OECD, 2013; ICN, 2021). Conforme destaca Porter (2018), métodos como os de *screening* devem ser complementares e não necessariamente substitutos aos métodos tradicionais. Ademais, quando implementados da maneira adequada⁸, tais métodos podem poupar recursos significativos das autoridades antitruste.

Nessa linha, diversas autoridades antitruste têm desenvolvido e aprimorado projetos para detecção de cartéis via métodos de *screening*⁹. No que tange à abordagem estrutural, chama a atenção

8 Abrantes-Metz (2011) e Gonzaga (2018) definem os critérios necessários para a implementação adequada de um método de *screening*, que deve: (i) ser aplicável em diferentes mercados; (ii) ter baixo custo marginal; (iii) ser discreto e não invasivo; (iv) ser robusto do ponto de vista empírico e teórico; e (v) ser preciso, de forma a minimizar falsos positivos e, principalmente, falsos negativos.

9 Para uma análise mais detalhada e com mais exemplos internacionais, ver a subseção 3.2 de Beth e Gannon (2022).

a experiência da autoridade holandesa, a *Netherlands Competition Authority* (NMa), com o chamado *Competition Index*¹⁰. Trata-se de um índice de competição que agrega nove indicadores estruturais e que visa a detectar indústrias mais propensas à ocorrência de comportamentos anticompetitivos (PETIT, 2012)¹¹. Os resultados, na época, indicaram que os setores manufaturados no país eram os mais propensos à ocorrência de comportamentos anticompetitivos, em particular, os segmentos de produção de malte, outras bebidas fermentadas e não destiladas, cal e gesso.

Com relação ao uso de *screenings* comportamentais para a detecção de cartel em licitações públicas, destaca-se a experiência da *Korean Fair Trade Commission* (KFTC), na Coreia do Sul, por meio do *Bid Rigging Indicator Analysis System* (BRIAS), iniciado em 2006 (OECD, 2016). Vale destacar também as experiências da *Comisión Federal de Competencia Económica* (CFCE), no México, que implementou métodos de *screening* no período de 2003 a 2007 (MENA-LABARTHE, 2012); e da *Competition Commission* (Comco), na Suíça, cujo projeto de *screening*, iniciado em 2008, resultou em uma investigação cinco anos depois, com a posterior condenação das empresas envolvidas (GONZAGA, 2018).

No Brasil, o Cade tem enfatizado a implementação tanto de técnicas reativas quanto proativas. Ainda em 2013, a autoridade brasileira deu início a um projeto para a criação de *screenings* para detecção de cartel que resultou, no ano seguinte, no chamado “Projeto Cérebro”. Referência para as demais autoridades antitruste e com foco em licitações públicas, o programa tem combinado testes estatísticos com mineração de dados para dar suporte para o início de investigações *ex-officio*, investigações em curso e demais unidades do órgão (OECD, 2018). A principal base de dados utilizada pelo Cade no âmbito do Cérebro é a do Comprasnet, portal de compras do Governo Federal, mas o órgão também tem nos últimos anos buscado acordos e dados de outros órgãos de governo, além de bancos de dados públicos (PRADO FILHO; GENOVA, 2023; OECD, 2021).

Tal postura ativa do órgão brasileiro no combate a cartéis esteve refletida em seu planejamento estratégico para o período entre 2017 e 2020¹² e no planejamento estratégico para o período de 2021 até 2024¹³. Exemplo concreto de tal estratégia é a “Operação Ponto de Encontro”, deflagrada em outubro de 2018 para apurar suposta formação de cartel em licitações realizadas por órgãos federais para contratação de serviços terceirizados (PIMENTA, 2019). Além deste caso, o método de *screening* também contribuiu para outra operação federal contra cartéis, desta vez em junho de 2017 no mercado de órteses, próteses e materiais médicos especiais (PIMENTA, 2019).

Também vale destacar o Processo Administrativo (PA) nº 08700.004095/2020-15, em que foram avaliadas possíveis infrações à ordem econômica no mercado nacional de produtos e serviços

10 Outras iniciativas de *screening* estrutural podem ser observadas na Índia (ICN; CCI, 2018), o “*Cartel Intelligence Project*” implementado pela *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC), na Austrália; o “*Unified Electronic Information System*” (UEIS) criado pela *Federal Antimonopoly Service* (FAS), na Rússia; e o programa de monitoramento de preços da gasolina nos Estados Unidos, implementado pelo *Federal Trade Commission* (FTC) (JINDGAR, 2019; CHAMMAS, 2015).

11 Os nove indicadores estruturais utilizados são: (i) número de associações comerciais; (ii) relação entre preços praticados na Holanda e nos demais países da União Europeia; (iii) Índice de *Herfindahl-Hirschman* (HHI, em inglês); (iv) número de concorrentes na indústria; (v) taxa de importação; (vi) taxa de crescimento da indústria; (vii) taxa de rotatividade (número de firmas entrando e saindo do mercado); (viii) taxa de sobrevivência (número de firmas que sobreviveram os quatro primeiros anos desde sua entrada); e (ix) Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) como proporção das vendas.

12 O Objetivo Estratégico 2 (OE2) do Planejamento Estratégico - 2017/2020 do CADE trata de iniciativas voltadas para “Fortalecer o combate a condutas anticompetitivas”, a partir de projetos como “Projeto Combustível - Combate a cartéis na revenda de combustíveis” e “<Projeto Cérebro> Ampliação e Disseminação da Ferramenta Cérebro no Combate a Crimes contra Concorrência em Licitações” (BRASIL, 2017, p. 6).

13 O OE2 do Planejamento Estratégico - 2021/2024 do CADE também fez menção ao “Projeto Combustível - Combate a cartéis na revenda de combustíveis” (BRASIL, 2023, p. 25).

de inteligência de negócios. Com base em um acordo de leniência entre a Superintendência-Geral do Cade e uma empresa do setor, foi instaurado uma investigação *ex-officio*, que contou com, dentre outras fontes de informação, o uso do Cérebro para analisar dados da Receita Federal e do Redsim e constatar o envolvimento dos acusados na participação das empresas investigadas¹⁴. Em 2021, o Cérebro também foi utilizado para a instauração de investigação sobre suposto cartel em licitação para a contratação de serviços de brigada de incêndio (PA nº 08700.004914/2021-05) (PRADO FILHO; GENOVA, 2023). Na ocasião, foi aplicado *screening* para avaliar o padrão das propostas apresentadas no certame¹⁵.

3. SCREENING ESTRUTURAL VS. COMPORTAMENTAL

O *screening* estrutural consiste na análise de características do mercado ou indústria que tendem a facilitar a ocorrência de cartéis. Trata-se de ferramenta útil para as autoridades antitruste na medida em que permite fazer um levantamento preliminar dos mercados ou indústrias propensos a cartelizar e que, portanto, podem exigir investigações mais aprofundadas (JINDGAR, 2019). Conforme afirma Gonzaga (2018), há um *trade-off* importante relacionado à coleta e análise de indicadores estruturais. Embora seja simples de implementar e de fácil entendimento, a precisão deste método costuma ser baixa. Isso porque os dados setoriais são tipicamente agregados e pode haver uma elevada taxa de falsos positivos¹⁶.

A literatura teórica é vasta no que diz respeito aos fatores estruturais que afetam a estabilidade de cartéis. Em geral, observa-se que a estabilidade do conluio é maior se: há poucos competidores no mercado; os produtos são homogêneos; a demanda é previsível; o mercado encontra-se em estágio maduro em termos de inovação; as variáveis estratégicas das firmas são fáceis de se observar (mercado muito transparente); há elevadas barreiras à entrada; há simetrias relevantes nos custos e capacidades de produção de concorrentes; e se os consumidores têm pouco poder de barganha (MARSHALL; MARX; MEURER 2012).

Na literatura, os métodos de *screening* estrutural são mais utilizados na forma de indicadores agregados de propensão a cartelizar. Isto é, coletam-se dados de variáveis estruturais disponíveis, define-se um critério de ponderação e, então, agregam-se todos os indicadores, de modo que seja possível identificar quais mercados ou indústrias estão mais sujeitos à ocorrência de um cartel¹⁷. Em termos econométricos, seria possível descrever o *screening* estrutural de acordo com a seguinte equação (GONZAGA, 2018; PORTER, 2018):

$$\text{Cartel}_i = \beta X_i + u_i$$

14 SEI nº 1325015.

15 SEI nº 0955048.

16 A questão dos falsos positivos é amplamente debatida na literatura de detecção de cartel. De maneira geral, o falso positivo não gera implicações graves, pois o filtro utilizado não tem caráter probatório. Ao analisar a probabilidade de existência de cartel, Huber e Imhof (2019) sugerem que seja utilizado uma referência entre 50% e 70% (isto é, se a probabilidade de existência de cartel estiver acima deste patamar, o modelo apontará para existência de cartel); Silveira *et al.* (2022) recomendam um patamar de referência entre 60% e 75%.

17 Embora esteja sujeito a um determinado grau de arbitrariedade, tal critério de ponderação costuma ser baseado na literatura teórica e na experiência prática das autoridades antitruste.



em que $Cartel_i$ representa uma dada medida de incidência de cartel, como o número de cartéis descobertos no mercado ou indústria i , multas de cartel aplicadas no mercado ou indústria i , lucro estimado de cartéis detectados no mercado ou indústria i ou uma *dummy* igual a 1 se o mercado ou indústria i já foi alvo de ao menos um cartel e zero, caso contrário; X_i contempla variáveis estruturais do mercado ou indústria i ; e u_i é um termo de erro aleatório.

Ou seja, com base em uma medida a respeito de cartéis já descobertos em um dado setor, deseja-se verificar o poder explicativo de um conjunto de indicadores estruturais. Note-se, no entanto, que o fato de $Cartel_i$ subestimar a ocorrência de cartéis (ao desconsiderar cartéis não detectados) gera um viés no coeficiente β , o que pode comprometer a capacidade preditiva do modelo. Além disso, há um claro problema de seleção, uma vez que os cartéis que não foram detectados podem compartilhar uma característica fundamental para sua não descoberta que não será captada pelo modelo.

O *screening* comportamental, por sua vez, consiste em identificar comportamentos suspeitos que são mais consistentes com um regime de cartel do que de um mercado competitivo. Trata-se de uma análise baseada nos resultados observados nos mercados (*outcome-based analysis*). Harrington (2007) propõe dois tipos de determinantes comportamentais de conluio (*collusive markers*), que devem ser comparados a algum benchmark competitivo (outra região geográfica, outra indústria ou outro período): (i) indicadores de preço¹⁸; e (ii) indicadores de quantidade^{19,20}. Como, em geral, não há recursos suficientes para investigar todos os mercados, tal método costuma ser utilizado a partir da investigação de denúncias de consumidores ou concorrentes a respeito de firmas em um determinado setor (OECD, 2018). Da mesma forma que o *screening* estrutural, o *screening* comportamental também pode ser descrito em termos econométricos (GONZAGA, 2018):

$$S_{it} = \alpha_0 + \alpha_1 Cartel_{it} + \beta X_{it} + u_{it}$$

Nesse caso, S_{it} representa a variável de interesse do modelo utilizado (algum dos *collusive markers* mencionados anteriormente) no mercado ou indústria i no instante de tempo t ; $Cartel_{it}=1$ se há cartel no mercado i no instante t e zero, caso contrário; X_{it} é a matriz de covariadas, assim como no *screening* estrutural; e u_{it} é o termo de erro aleatório. Considerando $\alpha_1 \neq 0$, então $E[S_{it}]$ difere sob concorrência e cartel. No entanto, ressalte-se que há problemas de identificação na medida em que $Cartel_{it}$ representa variável que não é observada. Ademais, um resultado confiável depende de uma boa definição do contrafactual competitivo, o que pode não ser uma tarefa trivial.

18 Preços relativamente elevados e baixa variância; aumentos permanentes de preço que são precedidos por uma forte queda; preço das firmas fortemente correlacionados; elevado grau de uniformidade nos preços praticados pelas concorrentes tanto de seus produtos quanto de serviços complementares; preços alternam de patamar periodicamente (quebras estruturais).

19 *Market shares* estáveis ao longo do tempo; existência de um grupo de firmas em um mercado em que seus *market shares* intragrupo são estáveis ao longo do tempo; *market shares* das firmas negativamente correlacionados.

20 A fim de complementar tais fatores, Marshall, Marx e Meurer (2012) apresentam uma lista de “*super plus behavioural factors*”, que caracterizam comportamentos altamente suspeitos: (i) compartilhamento de informações sensíveis entre concorrentes; (ii) transações entre concorrentes a preços fora do mercado (a preços diferentes daqueles cobrados de terceiros); (iii) mudança repentina de incentivos e estratégias da firma (como alterar preços ao invés de volume); (iv) preços e lucros crescendo quando firmas restringem a produção; e (v) modelo econométrico competitivo bem especificado, mas que se adequa mal ao mercado em questão em um determinado período.

Como será discutido adiante, boa parte da literatura foca em testar técnicas de *screening* já com conhecimento prévio acerca da ocorrência ou não de cartel em um dado mercado, para, a partir daí, aplicar o método em outros contextos. Já os trabalhos que não se baseiam em conhecimento prévio a respeito do cartel costumam lidar com o problema de endogeneidade por meio de diferentes abordagens, como por exemplo: (i) *switching regressions*; (ii) definição de benchmarks ou contrafactuais de acordo com outras informações de mercado; (iii) uso de outliers como ponto de partida para os testes (GONZAGA, 2018)²¹.

Conforme mostra Chammas (2015), para além dos problemas de identificação dos modelos econométricos de *screening*, que restringem seu uso no meio acadêmico, tais métodos podem estar sujeitos a outras limitações. Primeiro, trata-se de ferramentas intensivas em dados, isto é, que exigem quantidade considerável de informações de qualidade²². Além disso, *screenings* costumam ser intensivos em recursos já que exigem treinamento e capacitação técnica, além de métodos econométricos para análise e processamento dos dados, o que pode ser uma limitação para a implementação em grande escala.

Como qualquer método estatístico, *screenings* podem também estar sujeitos a uma elevada taxa de falsos positivos e, principalmente, de falsos negativos. Embora úteis para a condução de investigações, não são capazes de distinguir casos de colusão tácita de colusão explícita. Por fim, conforme adiciona Jindgar (2019), os métodos de *screening* também estão sujeitos à adaptabilidade por parte das firmas. Isto é, ao saber o que gera suspeita por parte da autoridade, as firmas podem evitar certos comportamentos a fim de não serem detectadas²³.

4. APLICAÇÕES RECENTES NA LITERATURA EMPÍRICA DE MÉTODOS DE SCREENING

Bergman *et al.* (2019) classificam a literatura empírica de detecção de cartel em duas categorias: estudos com conhecimento prévio a respeito da existência de cartel e estudos sem nenhum conhecimento prévio, ou seja, trabalhos de verificação e teste de técnicas econométricas, e trabalhos de *screening* propriamente dito (detecção de cartéis desconhecidos), respectivamente. No entanto, segundo os autores, não há uma distinção clara entre ambos, dado que os fatores suspeitos e potenciais provas de conluio podem variar significativamente²⁴.

Boa parte da literatura faz parte do primeiro grupo. Isto é, em geral as aplicações de *screening* até hoje, sejam estruturais ou comportamentais, baseiam-se em informações prévias de cartéis já investigados e condenados. A Subseção 3.1 trata da escassa literatura a respeito de *screenings* estruturais, com destaque para o trabalho de Grout e Sonderegger (2005). Já a Subseção 3.2 aborda

21 Exemplos de discussões e aplicações dos modelos de *switching regressions* na literatura incluem Kiefer (1980), Porter (1983) e Lee e Porter (1984).

22 Conforme destaca Abrantes-Metz (2011): “If you put garbage in, you get garbage out”.

23 Tal adaptabilidade, no entanto, pode ou significar maiores custos de implementação do cartel aos cartelistas ou, de alguma forma, diminuir o impacto negativo do suposto cartel, o que, em ambos os casos, representariam resultados positivos da aplicação do *screening* para a autoridade antitruste e para a sociedade.

24 Dentre os trabalhos de destaque da literatura tradicional de detecção de cartel que se aproveitam da informação da ocorrência de cartel em um dado mercado estão: Froeb Koyak e Werden (1993); Porter e Zona (1993, 1999); Lee (1999); Pesendorfer (2000); Gupta (2001, 2002); e Lee e Hahn (2002). Já no segundo grupo, destacam-se: Bajari e Ye (2003), Ishii (2009), Kawai e Nakabayashi (2014) e Conley e Decarolis (2016).

diversas aplicações de técnicas comportamentais, com ênfase em trabalhos mais recentes que têm focado em métodos de *machine learning*.

4.1 Métodos de *screening* estrutural

Embora seja vasta a literatura teórica acerca de fatores estruturais que afetam a estabilidade de cartéis, há poucas aplicações práticas de *screenings* estruturais. A baixa precisão do método, traduzida em elevadas taxas de falsos positivos e negativos, limita seu uso por autoridades antitruste. Destaca-se neste artigo o estudo de Grout e Sonderegger (2005)²⁵, que é uma referência na literatura na aplicação deste método.

Na linha da equação anterior proposta por Gonzaga (2018), os referidos autores estimam modelos de resposta discreta para identificar setores com elevada probabilidade de ocorrência de cartel no Reino Unido²⁶. Com base em casos investigados na União Europeia desde 1990 e nos Estados Unidos desde 1994, criam uma variável dependente que busca medir a incidência de cartel em diversos setores industriais²⁷. Fatores estruturais que caracterizam estes setores e afetam a estabilidade de cartéis são utilizados como variáveis de controle. Aproveitando-se dos resultados desta primeira estimação, são selecionadas variáveis estruturais do Reino Unido para estimar as probabilidades de conluio.

Conforme discutido na Seção 3, o modelo sofre de problemas de identificação uma vez que a variável de cartelização desconsidera cartéis não detectados, os quais podem apresentar características estruturais distintas daqueles descobertos. Tal problema do viés de seleção deve ser um dos principais pontos da discussão metodológica sobre esses modelos, pois é possível que a diferença nessas características seja precisamente o motivo pelo qual os casos desconsiderados não foram detectados. A principal fragilidade da ferramenta, portanto, é que o modelo não identifica potenciais novos cartéis, mas setores que possuem características similares àqueles em que há evidência de cartel (FOREMNY; DORABIALSKI, 2018)²⁸.

Dentre as hipóteses implícitas no modelo, estão: (i) a localização de cartéis descobertos é informativa a respeito da localização dos cartéis não descobertos (em termos de quais setores industriais são os mais prováveis); (ii) as diferenças estruturais entre os setores é informativa a respeito das diferenças de cartelização entre os setores; e (iii) as diferenças estruturais entre os setores industriais na União Europeia e nos Estados Unidos são similares às diferenças encontradas no Reino Unido. Os resultados indicaram que, na ocasião, os três setores mais propensos à cartelização no Reino Unido eram o de “Telecomunicações”, com probabilidade de 0,84; o de “Produção de aeronaves

25 O trabalho, encomendado pelo departamento antitruste do governo do Reino Unido na época, *Office of Fair Trading* (OFT), é dividido em três partes. Primeiro, os autores fazem uma revisão da literatura teórica a respeito dos fatores mais relevantes para a formação e estabilidade de conluios. A segunda etapa constitui um exercício econométrico. Por fim, são discutidos estudos de caso.

26 São estimados modelos Logit, Logit ordenado, além de Mínimos Quadrados Ordinários (MQO) para o caso de variável dependente contínua.

27 Para cada jurisdição é construído um índice que indica quantos cartéis ocorreram em uma determinada indústria no período considerado (ou uma *dummy* igual a 1 para as indústrias que já foram alvo de ao menos um caso de cartel e zero, caso contrário). Sob uma agregação de três dígitos segundo a *Standard Industrial Classification* (SIC), observa-se forte correlação entre as bases de dados, de 0.68.

28 Embora reconheçam os problemas econométricos, os autores afirmam que o modelo ainda é válido na medida em que é capaz de identificar padrões significantes nos dados.

e naves espaciais” (0,65); e o de “Produção de produtos cereais e amiláceos” (0,61)²⁹.

Com base na literatura teórica e em estudos de casos de cartéis investigados, Grout e Sonderegger (2005) elencam quais são os fatores estruturais mais relevantes para a ocorrência de cartéis. Um dos principais deriva do lado da demanda: declínios nos preços estão fortemente associados com a formação de cartéis, seja via quedas prolongadas de médio e longo prazo ou via quedas abruptas, geradas por um choque negativo na demanda³⁰. Segundo os autores cartéis mostram-se mais prováveis quando as condições de mercado são estáveis.

Os resultados indicam também que a maioria dos casos analisados ocorreu em setores concentrados, com poucos concorrentes e produtos homogêneos, em linha com a literatura teórica. Embora diferenças no tamanho das empresas estejam relacionadas com assimetrias de custo, que por sua vez tendem a desestabilizar cartéis, nota-se nos casos analisados significativa heterogeneidade nos *market shares*³¹.

Em suma, ainda que possa contribuir com o processo de detecção de cartéis por parte de autoridades, observa-se que o *screening* estrutural constitui um método relativamente pouco sofisticado. Assim, não se deve assumir que os resultados derivados de sua aplicação e as conclusões deles derivados são representativas da realidade, sendo mais adequado interpretar os resultados como indicadores de mera probabilidade e não necessariamente de existência de cartel. Como se verá na próxima seção, a literatura nacional sobre detecção de cartéis avançou mais na direção do *screening* comportamental do que no estrutural.

4.2 Métodos de *screening* comportamental

Harrington (2008) divide a literatura empírica de *screenings* comportamentais em quatro categorias. Há estudos que testam: (i) se um dado comportamento observado difere de forma estatisticamente significativa daquele esperado em um regime de concorrência; (ii) se o comportamento de um determinado grupo de firmas tem comportamento distinto das demais; (iii) se há quebras estruturais no comportamento dos agentes; e (iv) se um modelo de conluio descreve melhor os dados do que um modelo competitivo. A seguir são discutidos trabalhos recentes com base nessa categorização³², segmentando entre literatura nacional e internacional.

A literatura acadêmica nacional possui alguns exemplos de estudos que se enquadram nas

29 A lista completa de 30 setores apresentada no artigo deriva da análise conjunta dos diferentes modelos estimados e desconsidera setores industriais em que já houve casos de cartel detectados, quais sejam: produtos químicos, transportes aquáticos, farmacêutico, tubulações, processamento de alimentos, bebidas não alcoólicas, borracha, produtos plásticos e pesticidas.

30 Dentre os exemplos citados de cartéis formados após quedas abruptas de preço estão os casos no setor de operadores ferroviários – *Currency Sur-charges Case* (97/84/EC); no setor de carne bovina na França (2003/600/EC); e no setor bancário na Alemanha (2003/25/EC). Já dentre cartéis influenciados por condições adversas prolongadas, destacam-se casos no setor petroquímico (94/599/EC); no setor de tubulações de aço (2003/382/EC); e no segmento de eletrodos de grafite (2002/271/EC).

31 Nota-se que a análise se baseia em cartéis detectados, o que significa que a heterogeneidade nos *market shares* pode ter, de fato, contribuído com sua desestabilização.

32 Como se verá, tais categorias não são necessariamente excludentes. Trabalhos de detecção de cartel em licitações, por exemplo, enquadram-se tanto no primeiro quanto no segundo grupo proposto por Harrington (2008) e há inúmeros exemplos de aplicações na literatura. Porter (2005) e Abrantes-Metz e Prewitt (2015) fazem uma ampla revisão da literatura nesse sentido.

duas primeiras categorias apontadas por Harrington (2008). Com relação à primeira delas, Ragazzo e Silva (2006) propõem uma metodologia que analisa a relação entre preços, custos e margens de revenda no mercado de gasolina no Brasil. Já Vasconcelos e Vasconcelos (2009) aplicam um filtro de DDV (*Directed Divergence Statistic*) neste mesmo mercado para medir a diferença entre as distribuições de preços de concorrentes³³.

Trabalhos focados no comportamento dos agentes em licitações também pertencem às duas primeiras categorias, e há exemplos nacionais e internacionais. No caso brasileiro, destaca-se Lima e Resende (2019)³⁴, que avaliam o mercado brasileiro de equipamentos cardiovasculares, alvo de um cartel entre 2005 e 2015. Baseados em Lundberg (2017), os autores aplicam a estatística de I de Moran nos resíduos da regressão do vetor de lances sobre variáveis do mercado³⁵. Assim, a potencial autocorrelação entre lances observada por meio da estatística I de Moran pode ser atribuída a variáveis não observáveis, dentre as quais estão um possível comportamento colusivo.

Já na literatura internacional, dentre os estudos mais recentes, vale destacar o de Bergman *et al.* (2020), que lança mão de modelos econométricos espaciais para testar a hipótese de independência condicional dos lances nos leilões do mercado de asfalto na Suécia³⁶. Em 2001, foram realizadas buscas e apreensões em diversas cimenteiras no país e, dois anos depois, nove delas foram condenadas por participar de um cartel. A base de dados utilizada pelos autores contempla o período de 1995 e 2009, o que permite a implementação do teste antes e depois do início das investigações. Com base no conhecimento prévio a respeito dos integrantes do cartel e em todas as informações disponíveis aos licitantes, os autores aplicam uma metodologia espacial para avaliar se os lances realizados no leilão dependem dos demais. Os resultados indicam comportamento colusivo entre os membros do cartel antes de 2002, enquanto o parâmetro de interesse que sugere existência de cartel é insignificante após 2003, indicando lances competitivos.

Huber e Imhof (2019), por sua vez, combinam métodos de *screening* com técnicas de *machine learning* para prever colusão em licitações fraudulentas nos mercados de construção e serviços de engenharia na Suíça. Também se aproveitando do conhecimento prévio de cartéis, os autores identificam corretamente 84% de todos os 584 processos licitatórios analisados como colusivos ou não colusivos. Com esse mesmo propósito, Walliman e Sticher (2023) avaliam lances feitos em licitações para construções e manutenções na infraestrutura ferroviária suíça. Para tanto, os autores utilizam técnicas de *machine learning* para encontrar padrões suspeitos nos lances de alguns grupos de empresas. Para treinar os modelos no reconhecimento de padrões suspeitos (em mercado sem conhecimento prévio de cartel), os autores baseiam-se em cartéis condenados em outros setores da economia suíça.

Especificamente com relação à segunda categoria indicada por Harrington (2008), de estudos que avaliam se o comportamento de um determinado grupo de firmas tem comportamento distinto

33 Ambas as aplicações são discutidas em Cuiabano *et al.* (2014), que fazem uma revisão da literatura empírica de *screenings* comportamentais com foco no Brasil. Conforme explicam os autores, boa parte das aplicações no país tratam do mercado de combustíveis devido à elevada disponibilidade de dados da Agência Nacional de Petróleo (ANP).

34 Outro artigo nacional que trata de fraude em licitações é de Souza e Louzada (2020).

35 A estatística I de Moran utilizada leva em conta os pesos de uma matriz de ponderação, W , e foi introduzida pela primeira vez por Moran (1948).

36 Métodos de econometria espacial são tradicionalmente utilizados em áreas como economia do setor público, economia regional e urbana, economia agrícola e do meio ambiente (ANSELIN, 2003).

das demais, vale citar também outro exemplo no Brasil, que é o de Silveira *et al.* (2022). Os autores aplicam diversos métodos de *machine learning* na análise de cartel em postos de gasolina que foram detectados pelo Cade em algumas cidades do Brasil. Os resultados encontrados mostram que, a partir da implementação da metodologia, seria possível prever com sucesso uma parcela significativa dos casos de cartel nesse setor. Destaca-se também a calibragem do modelo visando a diminuir erros. Ao ajustar o modelo para diminuir o número de falsos-positivos, observou-se que o número de falsos-negativos aumentou consideravelmente, o que pode não ser desejado pelas autoridades competentes.

Já com relação a testes de quebra estrutural, terceira categoria da literatura empírica sugerida por Harrington (2008), a literatura nacional é incipiente, sendo necessário recorrer à literatura internacional para encontrar tais tipos de estudo. Nesse sentido, destaca-se o trabalho pioneiro de Abrantes-Metz *et al.* (2006). Após o colapso de um cartel de licitação na indústria de peixes congelados na Filadélfia, nos Estados Unidos, os autores identificam uma redução de 16% no preço médio e um aumento de 200% no seu desvio padrão, sem nenhuma contrapartida justificável na estrutura de custos das empresas. Assim, a hipótese é de que a formação de cartéis em outras indústrias poderia exibir movimentos similares, mas no sentido contrário. A mesma metodologia foi então aplicada para o mercado de varejo de gasolina em Louisville, no estado americano de Kentucky³⁷. Esposito e Ferrero (2006) também aplicaram a técnica de *variance screen* para dois cartéis italianos, um no mercado de combustíveis e outro no mercado de produtos de higiene pessoal e leite para crianças.

Bolotova, Connor e Miller (2008) avaliaram os cartéis internacionais de ácido cítrico e lisina, ocorridos no final da década de 1990. Por meio de extensões dos modelos de heteroscedasticidade condicional auto-regressiva (ARCH, na sigla em inglês) e ARCH generalizado (GARCH), os autores testam a hipótese de que o comportamento dos dois primeiros momentos da distribuição de preço em um regime de cartel é diferente daquele observado durante períodos de concorrência, em que se espera preços menores e mais voláteis. Os resultados indicam que o cartel elevou o preço médio de ácido cítrico em 9 centavos de dólar por libra em relação ao período competitivo. Não se identificaram efeitos significativos para a variância. No caso da lisina, o aumento relativo no preço médio foi de 24,79 centavos de dólar por libra, enquanto a variância diminuiu. Diante de resultados ambíguos para a variância, os autores sugerem cautela na implementação de *variance screens* para detecção de cartel³⁸.

Já Blanckenburg, Kholodilin e Geist (2012) argumentam em favor da técnica. Com base em dados de 11 casos condenados de cartel, os autores avaliam informações a respeito da média, curtose e assimetria das distribuições de preços e concluem que apenas a variância poderia ser entendida como um indicador robusto para a ocorrência de colusão. Hüscherlath e Veith (2013), no entanto, chegam em uma conclusão diferente ao analisar 340 mil transações realizadas durante um cartel no mercado de cimento na Alemanha. Por meio de testes de média sequenciais para detectar quebras estruturais nos preços, os autores afirmam que com essa abordagem seria possível ter detectado o cartel antes dele ter sido descoberto pela autoridade antitruste alemã.

37 Conforme afirmam Abrantes-Metz e Froeb (2008), foi a partir de então que diferentes autoridades antitruste passaram a utilizar o método para identificar mercados com variância de preços relativamente baixa.

38 Segundo os autores, modelos que lidam com diferentes momentos da distribuição de preços de forma conjunta tendem a tratar comportamentos colusivos de forma mais robusta do que modelos que lidam apenas com preço médio ou variância, separadamente.



Heijnen, Haan e Soetevent (2015) optam por uma abordagem mais sofisticada do *variance screen* ao identificar clusters de variância relativamente reduzida no mercado de combustível na Holanda. Já Crede (2015) propõe um novo método de *screening* comportamental que se baseia na identificação de quebras estruturais no processo gerador dos dados. O autor avalia três mercados de massas, na Itália, Espanha e França, sendo que nos dois primeiros foram identificados casos de cartel e no último foi observado um aumento significativo dos preços, mas devido a um choque nos custos. O método é capaz de detectar os cartéis que de fato ocorreram e não identifica um falso positivo no mercado francês.

Por fim, a maioria dos modelos estruturais de *screening*, os quais compõem a quarta categoria sugerida por Harrington (2008), fazem parte de uma literatura mais tradicional de conduta. Davis e Garcés (2010) apresentam detalhada revisão da literatura tradicional de identificação de conduta, assim como Doane *et al.* (2015). Neste caso vale destacar artigo da literatura internacional, de Hyytinen, Steen e Toivanen (2010), em que os autores aplicam o *Hidden Markov Model* (HMM) com o objetivo de avaliar a existência de colusão na indústria manufatureira na Finlândia.

Como é possível observar, seja na literatura nacional, seja na internacional, observa-se uma preferência cada vez maior pela aplicação de técnicas de *machine learning* no contexto de detecção de cartel. De acordo com Beth e Gannon (2022), em um contexto de constante aumento na complexidade do funcionamento de cartéis, a utilização desta abordagem para adaptar e melhorar os filtros existentes à medida que mais informações são coletadas torna-se fundamental. Segundo os autores, com uma base rica o suficiente de casos conhecidos de cartel, passa a ser possível treinar algoritmos específicos para a detecção de padrões que se repetem com a presença de cartel. Quanto mais dados estiverem disponíveis, mais aprimoramentos na metodologia podem ser feitos, de modo que a implementação dessas técnicas não representa uma solução definitiva, mas sim uma maneira gradual de conseguir resultados cada vez mais precisos e refinados na busca por cartéis.

Harrington e Imhof (2022) destacam um detalhe relevante do ponto de vista teórico no âmbito destas aplicações. De acordo com os autores, a utilização de *machine learning*, no geral, não é feita para identificar uma relação causal entre um evento X e um evento Y, mas sim utilizar X para prever Y. Essa diferenciação é fundamental, pois, assim, boa parte dos problemas econométricos oriundos da identificação de um modelo desaparecem, em particular, a elevada colinearidade entre as variáveis explicativas. Prioriza-se com tais técnicas a previsibilidade (minimização de erros de previsão), em detrimento da causalidade, objeto de análise em abordagens econométricas. Ademais, a forma funcional do modelo utilizado pode ser bem flexível e não-linear, já que o objetivo do modelo não é estimar os coeficientes associados às variáveis explicativas, mas sim prever o resultado da variável explicada (que geralmente é uma variável binária indicando a presença, ou não, de cartel). Isto é, a existência de viés nos estimadores pode deixar de ser um problema, ao contrário das abordagens econométricas em que é fundamental que os modelos sejam não-viesados³⁹.

Contudo, há de se ter cautela com o uso de *machine learning* na detecção de cartéis. Em primeiro lugar, como visto, bons resultados dependem fortemente de uma boa (e vasta) base de dados para treinar os modelos. Ademais, pode ser forte a hipótese de que um modelo treinado para

39 Mais detalhes sobre a diferenciação entre técnicas de *machine learning* e abordagens econométricas podem ser vistas no vídeo “Métodos de Quantificação de Danos de Cartéis e Bid-Rigging: Proposta de Guia Parte 2.” disponível no canal do IPEA (MÉTODOS..., 2020).

detectar cartéis em um determinado setor, em uma determinada região e em um determinado período é adequado para detectar cartéis em outras circunstâncias⁴⁰. Harrington e Imhof (2022) discutem esse tema e chamam esse problema de “transposição preditiva do modelo”. Para os autores, mesmo que a transposição seja feita para o mesmo setor, é necessário ter cautela na utilização dos resultados advindos de um modelo treinado em outro contexto.

Tendo em vista a variedade de abordagens, modelos e premissas dos métodos de *screening* comportamental para detecção de cartéis, tanto no Brasil quanto no resto do mundo, há diferentes maneiras de categorizar a literatura empírica, tal como fez Harrington (2008). O Quadro 1 apresenta uma lista não exaustiva de artigos relevantes classificando-os a partir de dois critérios: se a aplicação do *screening* possui ou não conhecimento prévio a respeito da existência do cartel, e o método de *screening* comportamental utilizado. Em negrito os artigos que aplicam técnicas de *screening* no Brasil.

40 Huber, Imhof e Ishii (2022) analisam exatamente essa questão com base em dados do setor de construção na Suíça e no Japão. Os autores encontram que mesmo os modelos de *machine learning* com melhores índices de acertos perdem uma parte de sua capacidade preditiva ao serem utilizados em um país diferente do qual foram treinados (vale ressaltar, contudo, que mesmo assim eles ainda podem ser úteis).



Quadro 1 - Tabela-resumo com classificação da literatura empírica de *screening* comportamental

Método de <i>screening</i>		Conhecimento prévio a respeito da existência do cartel	Nenhum conhecimento prévio a respeito da existência do cartel
Abordagem econométrica	Séries de tempo	Gülen (1996) – <i>Is OPEC a Cartel? Evidence from Cointegration and Causality Tests</i> Vasconcelos e Vasconcelos (2005) – Investigações e obtenção de provas de cartel: por que e como observar paralelismo de conduta Bolotova, Connor e Miller (2008) – <i>The impact of collusion on price behavior: Empirical results from two recent cases</i> Hüschelrath e Veith (2013) – <i>Cartel Detection in Procurement Markets</i> Albuquerque e Cuiabano (2015) – <i>Two stage screening for cartel detection</i>	Abrantes-Metz et al. (2006) – <i>A variance screen for collusion</i> Vasconcelos e Vasconcelos (2009) – Ferramentas de detecção dos acordos em preços no mercado de gasolina a varejo Mena-Labarthe (2012) – <i>Mexican Experience in Screens for Bid-Rigging*</i>
		Crede (2015) – <i>A structural break cartel screen for dating and detecting collusion</i> Silveira et al. (2021) – Cartel Screening in the Brazilian Fuel Retail Market	
	Econometria espacial	Lundberg (2017) – <i>On cartel detection and Moran’s I*</i> Bergman et al. (2020) – <i>Interactions Across Firms and Bid Rigging*</i> Lima e Resende (2019) WP – <i>Using the Moran’s I to Detect Bid Rigging in Brazilian Procurement Auctions*</i>	
Modelos em painel	Modelos em painel	Porter e Zona (1993) – <i>Detection of bid rigging in procurement auctions*</i> Porter e Zona (1999) – <i>Ohio school milk markets: An analysis of bidding*</i> Lee (1999) – <i>Non-cooperative tacit collusion, complementary bidding and incumbency premium*</i> Pesendorfer (2000) – <i>A study of collusion in first-price auctions (desenvolve modelo teórico)*</i> Gupta (2001) – <i>The effect of bid rigging on prices: A study of the highway construction industry*</i> Fetter (2012) – Detecção de cartéis por marcadores de colusão	Bajari e Ye (2003) – <i>Deciding between competition and collusion (desenvolve modelo teórico)*</i> Ishii (2009) – <i>Favour exchange in collusion: Empirical study of repeated procurement auctions in Japan*</i>
		Hyytinen et al. (2010) – <i>Cartels Uncovered</i> Conley e Decarolis (2016) – <i>Detecting bidders groups in collusive auctions (desenvolve modelo teórico)*</i>	

<p>Abordagens estatísticas</p>	<p>Esposito e Ferrero (2006) – <i>Variance screen for detecting collusion – an application to two cartel cases in Italy</i></p> <p>Samà (2014) – <i>Cartel Detection and Collusion Screening: An Empirical Analysis of the London Metal Exchange</i></p> <p>Gani (2017) – <i>Detection of abusively low prices in Tunisian public procurement using control charts*</i></p> <p>Imhof (2017) WP – <i>Simple Statistical Screens to Detect Bid Rigging*</i></p> <p>Wachs e Kertesz (2019) – <i>A network approach to cartel detection in public auction markets*</i></p>	<p>Conti e Naldi (2008) – <i>Detection of anomalous bids in procurement auctions*</i></p> <p>Lorenz (2008) – <i>Screening markets for cartel detection – collusive marker in the CFD cartel-audit</i></p> <p>Haider e Hunter (2010) – <i>Screening and Testing for Collusive Conduct in the Absence of a Smoking Gun</i></p> <p>Heijnen, Haan e Soetevent (2015) – <i>Screening for collusion: a spatial statistics approach</i></p> <p>OECD (2016) – <i>Country case: Korea FTC BRIAS*</i></p> <p>Imhof, Karagök e Rutz (2018) – <i>Screening for Bid-Rigging – Does it Work?*</i></p> <p>Carijo (2019) – Análise estatística dos preços de combustíveis para auxílio na detecção de cartéis no setor de distribuição</p>
	<p>Kawai e Nakabayashi (2014) – <i>Detecting Large-Scale Collusion in Procurement Auctions*</i></p>	
<p>Algoritmos e <i>Machine Learning</i></p>	<p>Huber e Imhof (2019) – <i>Machine learning with screens for detecting bid-rigging cartels*</i></p> <p>Harrington e Imhof (2022) – <i>Cartel screening and machine learning*</i></p> <p>Silveira et al. (2022) – <i>Won't get fooled again: A supervised machine learning approach for screening gasoline cartels</i></p> <p>Huber et al. (2022) – <i>Transnational machine learning with screens for flagging bid-rigging cartels*</i></p>	<p>de Souza e Louzada (2020) – Detectando conluio em compras governamentais: Uma abordagem utilizando red flags e a Teoria Dempster-Shafer*</p> <p>Walliman e Sticher (2023) – <i>On suspicious tracks: machine-learning based approaches to detect cartels in railway-infrastructure procurement*</i></p>

Fonte: elaboração própria. (*) Com asterisco os trabalhos que tratam de conluio em licitações públicas. Os trabalhos nacionais estão destacados em negrito.

Em suma, observa-se que a literatura acadêmica nacional de detecção de cartel a partir de *screenings* comportamentais encontra-se bastante alinhada com a literatura internacional. Dada a maior disponibilidade de dados e, inclusive, a própria ênfase que tem sido dada pelo Cade no âmbito do Projeto Cérebro, muitos artigos no Brasil têm focado em avaliar comportamentos colusivos em licitações públicas. Outro aspecto que chama atenção, em linha com a experiência internacional, é a recente priorização por técnicas de *machine learning*, também objeto de estudos do Cérebro.

Tais tendências têm se mostrado muito relevantes para autoridades antitruste no que tange à detecção de cartéis. Isso porque, como na abordagem de *machine learning* o objetivo é minimizar erros de previsão sobre a possível existência de cartel, e não necessariamente isolar efeitos de outras variáveis para se estabelecer relações de causalidade (como no caso de abordagens econométricas

tradicionais), a tendência recente de priorização desta metodologia pela comunidade antitruste – ainda mais quando voltadas para licitações públicas (com maior disponibilidade de dados) –, será importante para elevar a frequência de trabalhos de *screening* sem conhecimento prévio de cartel.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se neste artigo apresentar uma revisão da literatura empírica recente, nacional e internacional a respeito do uso de métodos de *screening* para a detecção de cartéis no Brasil e no mundo. Além de focar em estudos mais recentes, os quais têm focado em técnicas de *machine learning*, este artigo contribui com a literatura na medida em que também discute *screenings* estruturais.

Note-se que diversas autoridades antitruste têm seguido as recomendações de organizações internacionais de combinar o uso de métodos reativos com proativos na detecção de cartéis. Há iniciativas importantes no uso de *screenings*, especialmente no âmbito de licitações públicas, dada a maior disponibilidade de dados. O mesmo se observa na literatura empírica, em que técnicas de *machine learning* têm ganhado espaço. Abordagens estruturais são pouco comuns, dado que costumam ser pouco precisas e apenas indicam uma propensão à cartelização.

Pode-se afirmar que ainda não há consenso a respeito da melhor técnica de *screening* comportamental. Há estudos, por exemplo, que focam na variância dos preços, outros que buscam quebras estruturais no nível e aqueles que combinam análises de diferentes momentos das distribuições de preços. Comum à maioria dos trabalhos é o fato de se basearem no conhecimento prévio a respeito da existência de cartel. Dessa forma, o desafio de identificação dos modelos econométricos continua sendo um entrave para o uso dos métodos de *screening*.

Nos últimos anos, contudo, seja devido à complexidade dos desafios de identificação dos modelos econométricos, seja pelo contexto de aumento na complexidade do funcionamento dos acordos colusivos, tem ganhado espaço o uso de técnicas de *machine learning*, tal como vem fazendo o Projeto Cérebro no Cade. Trata-se de uma nova tendência na literatura empírica de métodos de *screening* que, aproveitando-se de uma maior oferta de dados (como são os casos de licitações públicas), está voltada principalmente à maior previsibilidade e precisão no processo de detecção de cartéis, em detrimento da causalidade.

Tendo em vista as diferentes dinâmicas setoriais e regionais, seu uso ainda exige cautela por parte dos pesquisadores e autoridades antitruste, mas certamente representa avanço relevante e promissor no combate a cartéis. Em particular, tal tendência recente será importante para elevar a frequência de trabalhos de *screening* sem conhecimento prévio de cartel, beneficiando as autoridades antitruste no mundo todo.

REFERÊNCIAS

ABRANTES-METZ, Rosa M. *et al.* A variance screen for collusion. **International Journal of Industrial Organization**, [S. l.], v. 24, n. 3, p. 467-486, maio 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/25ualw2k>. Acesso em: 1 abr. 2024.

ABRANTES-METZ, Rosa M. **Screens for Conspiracies and their Multiple Applications**. Washington: The

American Bar Association (ABA), 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/23csc4k9>. Acesso em: 1 abr. 2024.

ABRANTES-METZ, Rosa M.; FROEB, Luke M. Competition Agencies Are *Screening* for Conspiracies: What Are They Likely to Find? **Economics Committee Newsletter**, [S. l.], v. 8, n. 1, 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bmzk9nh>. Acesso em: 1 abr. 2024.

ABRANTES-METZ, Rosa M.; PREWITT, Elizabeth. **Antitrust compliance 2.0**: The use of structural analysis and empirical screens to detect collusion and corruption in bidding procurement processes. **Competition Policy International**, [S. l.], 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/2c5x474o>. Acesso em: 1 abr. 2024.

ALBUQUERQUE, Pedro H. M.; CUIABANO, Simone Maciel. Two stage *screening* for cartel detection. In: ANNUAL COMPETITION CONFERENCE: COMPETITION POLICY AND ENFORCEMENT IN BRICS COUNTRIES, 9., 2015, Durban. **Anais [...]**. Durban: *Competition Commission* South Africa, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/24hrqrvk>. Acesso em: 1 abr. 2024.

ANSELIN, Luc. Spatial econometrics. In: BALTAGI, Badi H (ed.). **A Companion to Theoretical Econometrics**. Malden: Blackwell Publishing, 2003. p. 310–330. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dlw6aw6>. Acesso em: 1 abr. 2024.

BAJARI, Patrick; YE, Lixin. Deciding between competition and collusion. **Review of Economics and statistics**, [S. l.], v. 85, n. 4, p. 971-989, nov. 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cfduyqn>. Acesso em: 1 abr. 2024.

BERGMAN, Mats. A. *et al.* Interactions across firms and bid rigging. **Review of Industrial Organization**, [S. l.], v. 56, p. 107-130, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11151-018-09676-0>. Disponível em: <https://tinyurl.com/29na7mc5>. Acesso em: 1 abr. 2024.

BETH, Hannes; GANNON, Oliver. Cartel *screening*: can competition authorities and corporations afford not to use big data to detect cartels? **Competition Law & Policy Debate**, v. 7, n. 2, p. 77-88, mar. 2022. DOI: [doi: 10.4337/clpd.2022.0001](https://doi.org/10.4337/clpd.2022.0001). Disponível em: <https://tinyurl.com/22z5ykph>. Acesso em: 2 abr. 2024.

BLANCKENBURG, Korbinian Von.; KHOLODILIN, Konstantin A.; GEIST, Alexander. The Influence of Collusion on Price Changes: New Evidence from Major Cartel Cases. **German Economic Review**, [S. l.], v. 13, n. 3, p. 245–256, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0475.2011.00558.x>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2appgbq7>. Acesso em: 1 abr. 2024.

BOLOTOVA, Yuliya; CONNOR, John M.; MILLER, Douglas J. The impact of collusion on price behavior: Empirical results from two recent cases. **International Journal of Industrial Organization**, [S. l.], v. 26, n. 6, p. 1290-1307, 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/2brvwhld>. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Plano de gestão anual 2020**: planejamento estratégico CADE - 2017/2020. Brasília, DF: CADE, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cf3rnx8>. Acesso em: 8 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Plano Estratégico CADE 2024: por um Brasil mais competitivo. 2. rev. Brasília, DF: CADE, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2d9x3wq5>. Acesso em: 8 jan. 2024.

CARRIJO, Gustavo Dantas. **Análise estatística dos preços de combustíveis para auxílio na detecção**



de cartéis no setor de distribuição. 2019. Monografia (Especialização em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura) – Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/237wg2l7>. Acesso em: 8 jan. 2024.

CASTRO, André *et al.* **Identifying Behaviors and Irregularities in Public Procurement in the Brazilian Federal Government.** Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/27o7hnes>. Acesso em: 15 abr. 2024.

CHAMMAS, Mona. International Experiences with *Screening* to Detect Cartels. In: **Presentation from the Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE) Competition Division.** Brussels: OCDE, 2015.

CONLEY, Timothy G.; DECAROLIS, Francesco. Detecting bidders groups in collusive auctions. **American Economic Journal: Microeconomics**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 1-38, maio 2016. DOI: 10.1257/mic.20130254. Disponível em: <https://tinyurl.com/2aslecx3>. Acesso em: 5 abr. 2024.

CONTI, Pier Luigi; NALDI, Maurizio. Detection of anomalous bids in procurement auctions. **Decision Support Systems**, [S. l.], v. 46, n. 1, p. 420-428, 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1493346>. Disponível em: <https://tinyurl.com/27wv79gz>. Acesso em: 8 jan. 2024.

CREDE, Carsten J. A structural break cartel screen for dating and detecting collusion. **Centre for Competition Policy Working Paper**, Norwich, n. 15-11, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/278mudx8>. Acesso em: 8 jan. 2024.

CUIABANO, Simone Maciel *et al.* Filtrando cartéis: a contribuição da literatura econômica na identificação de comportamentos colusivos. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, DF, v. 2, n. 2, p. 43-63, nov. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bd6djm4>. Acesso em: 8 jan. 2024.

DAVIS, Peter; GARCÉS, Eliana. **Quantitative techniques for competition and antitrust analysis.** Nova Jersey: Princeton University Press, 2010.

DOANE, Michael J. *et al.* Screaming for collusion as a problem of indifference. In: BLAIR, Roger D.; SOKAL, Daniel D. (edit.). **Oxford handbook of international antitrust economics.** Nova York: Oxford University Press, 2015. v. 2. p. 523-553.

ESPOSITO, Fabio Massimo; FERRERO, Massimo. *Variance screens* for detecting collusion: an application to two cartel cases in Italy. In: WORKSHOP ON FORENSIC ECONOMICS IN COMPETITION LAW ENFORCEMENT, 2., Amsterdam, 2006. **Documento de Trabalho** [...]. Amsterdam: ACLE, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/27cmt7qh>. Acesso em: 8 jan. 2024.

ESTATÍSTICAS do Programa de Leniência do Cade. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 8 maio 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ynfujo8>. Acesso em: 13 abr. 2024.

FETTER. Seiji Kumon. **Detecção de cartéis por marcadores de colusão.** Orientador: Paulo Furquim de Azevedo. 2012. Dissertação (Mestrado em Economia) - Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/25sgbum8>. Acesso em: 9 jan. 2024.

FOREMNY, Andrzej; DORABIALSKI, Wojciech. Review of collusion and bid rigging detection methods in the construction industry. In: CREATIVE CONSTRUCTION CONFERENCE, 2018, Ljubljana. **Proceedings** [...]. Ljubljana: Mirosław J. Skibniewski & Miklos Hajdu, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/29ln5w3r>. Acesso em: 5 jun. 2024.

FROEB, Luke M.; KOYAK, Robert A.; WERDEN, Gregory J. What is the effect of bid-rigging on prices? **Economics Letters**, [S. l.], v. 42, n. 4, p. 419-423, 1993. DOI: [https://doi.org/10.1016/0165-1765\(93\)90095-T](https://doi.org/10.1016/0165-1765(93)90095-T). Disponível em: <https://tinyurl.com/292xca7g>. Acesso em: 9 jan. 2024.

GANI, Walid. Detection of abusively low prices in Tunisian public procurement using control charts. **International Journal of Procurement Management**, [S. l.], v. 10, n. 5, p. 568-580, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ce9d8lb>. Acesso em: 12 abr. 2024.

GONZAGA, Pedro. **Cartel Screens in the Digital Era**. Paris: OECD, 2018. Presentation from the Organisation for Economic Co-operation and Development. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ybm7gkb>. Acesso em: 12 abr. 2024.

GROUT, Paul; SONDEREGGER, Silvia. **Predicting cartels (OFT773)**. [S. l.]: Office of fair trading, 2005.

GÜLEN, S. Gücan. Is OPEC a cartel? Evidence from cointegration and causality tests. **The Energy Journal**, [S. l.], v. 17, n. 2, p. 43-57, 1996. DOI: <https://doi.org/10.5547/ISSN0195-6574-EJ-Vol17-No2-3>. Disponível em: <https://tinyurl.com/28nlqna9>. Acesso em: 9 jan. 2024.

GUPTA, Srabana. Competition and collusion in a government procurement auction market. **Atlantic Economic Journal**, [S. l.], v. 30, p. 13-25, 2002. DOI: <https://doi.org/10.1007/BF02299143>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2brtj6ry>. Acesso em: 9 jan. 2024.

GUPTA, Srabana. The effect of bid rigging on prices: a study of the highway construction industry. **Review of Industrial Organization**, [S. l.], v. 19, p. 451-465, 2001. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41799060>. Acesso em: 8 jan. 2024

HAIDER, Laila; HUNTER, Graeme. *Screening* and Testing for Collusive Conduct in the Absence of a Smoking Gun. **Nera Economic Consulting**, [S. l.], 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/25z8oe2h>. Acesso em: 8 jan. 2024.

HARRINGTON JR, Joseph E.; IMHOF, David. *Cartel screening* and *machine learning*. **Stanford Computational Antitrust**, [S. l.], v. 2, p. 133-154, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bjmvser>. Acesso em: 1 jan. 2024.

HARRINGTON JR., Joseph E. *Behavioural Screening* and the Detection of Cartels. In: EHLERMANN, Claus-Dieter D.; ATANASIU, Isabela I (ed.). **European Competition Law Annual 2006: enforcement of Prohibition of Cartels**. Oxford: Hart Publishing, 2007.

HARRINGTON JR., Joseph E. Detecting cartels. In: BUCCIROSSI, Paolo (ed.). **Handbook of antitrust economics**. v. 1. Cambridge: MIT Press, 2008.

HEIJNEN, Pim; HAAN, Marco A.; SOETEVENT, Adriaan R. *Screening* for collusion: a spatial statistics approach. **Journal of Economic Geography**, [S. l.], v. 15, n. 2, p. 417-448, mar. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1093/jeg/lbu012>. Disponível em: <https://tinyurl.com/24nwdoqu>. Acesso em: 9 jan. 2024.

HUBER, Martin; IMHOF, David. *Machine learning* with screens for detecting bid-rigging cartels. **International Journal of Industrial Organization**, [S. l.], v. 65, p. 277-301, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2019.04.002>. Disponível em: <https://tinyurl.com/254otawg>. Acesso em: 12 abr. 2024.

HUBER, Martin; IMHOF, David; ISHII, Rieko. Transnational *machine learning* with screens for flagging bid-rigging cartels. **Journal of the Royal Statistical Society: Series A: Statistics in Society**, [S. l.], v.



185, n. 3, p. 1074-1114, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1111/rssa.12811>. Disponível em: <https://tinyurl.com/237pyqec>. Acesso em: 3 abr. 2024.

HÜSCHEL RATH, Kai. How are cartels detected? The increasing use of proactive methods to establish antitrust infringements. **Journal of European Competition Law & Practice**, [S. l.], v. 1, n. 6, p. 522-528, Dez. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpq047>. Disponível em: <https://tinyurl.com/269p776s>. Acesso em: 8 jan. 2024.

HÜSCHEL RATH, Kai; VEITH, Tobias. The impact of cartelization on pricing dynamics: evidence from the German cement industry. **ZEW-Centre for European Economic Research Discussion Paper**, [S. l.], n. 11-067, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/27x2tqwo>. Acesso em: 4 abr. 2024.

HYYTINEN, Ari; STEEN, Frode; TOIVANEN, Otto. Cartels uncovered. **NHH Dept. of Economics Discussion Paper**, Bergen, n. 10/2010, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2da7zne3>. Acesso em: 6 abr. 2024.

IMHOF, David. Simple statistical screens to detect bid rigging. **Faculté des sciences économiques et sociales Working Paper**, Fribourg, n. 484, 2017. Disponível em: https://sonar.ch/documents/305523/files/WP_SES_484.pdf. Acesso em: 12 abr. 2024.

IMHOF, David; KARAGÖK, Yavuz; RUTZ, Samuel. *Screening* for bid rigging: does it work?. **Journal of Competition Law & Economics**, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 235-261, jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhy006>. Disponível em: <https://academic.oup.com/jcle/article-abstract/14/2/235/5058993>. Acesso em: 4 abr. 2024.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **Anti-cartel enforcement manual**: Cartel Working Group: Subgroup 2: *Enforcement Techniques*. [S. l.]: International Competition Network, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/26z2k8cm>. Acesso em: 8 jan. 2024.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK; COMPETITION COMMISSION OF INDIA (CCI). **Cartel Enforcement and Competition**: ICN Special Project. [S. l.]: International Competition Network, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/26n45aaw>. Acesso em: 8 jan. 2024.

ISHII, Rieko. Favor exchange in collusion: Empirical study of repeated procurement auctions in Japan. **International Journal of Industrial Organization**, [S. l.], v. 27, n. 2, p. 137-144, mar. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2008.05.006>. Disponível em: <https://tinyurl.com/252h4f94>. Acesso em: 9 jan. 2024.

JINDGAR, Jyoti. **Screens for Cartel Detection**. [S. l.: s. n.], 2019. Presentation from the *Competition Commission of India*. Disponível em: <https://tinyurl.com/29czlzy9>. Acesso em: 9 jan. 2024.

KAWAI, Kei; NAKABAYASHI, Jun. Detecting large-scale collusion in procurement auctions. **Journal of Political Economy**, [S. l.], v. 130, n. 5, 2014. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/718913>. Acesso em: 20 jan. 2024.

KIEFER, Nicholas M. A note on *switching regressions* and logistic discrimination. **The Econometric Society**, [S. l.], p. 1065-1069, maio 1980. DOI: <https://doi.org/10.2307/1912950>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1912950>. Acesso em: 8 jan. 2024.

LEE, In K. Non-cooperative tacit collusion, complementary bidding and incumbency premium. **Review of Industrial Organization**, [S. l.], v. 15, n. 2, p. 115-134, set. 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41798877>. Acesso em: 2 abr. 2024.

LEE, In Kwon; HAHN, Kyungdong. Bid-rigging in auctions for Korean public-works contracts and potential damage. **Review of Industrial Organization**, [S. l.], v. 21, p. 73-88, ago. 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/26upxu3q>. Acesso em: 2 abr. 2024.

LEE, Lung-Fei; PORTER, Robert H. Switching regression models with imperfect sample separation information: with an application on cartel stability. **The Econometric Society**, [S. l.], v. 52. n. 2, p. 391-418, mar. 1984. DOI: <https://doi.org/10.2307/1911495>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1911495>. Acesso em: 2 abr. 2024.

LIMA, Ricardo Carvalho de Andrade; RESENDE, Guilherme Mendes. **Using the Moran's I to Detect Bid Rigging in Brazilian Procurement Auctions**: Working Paper nº 005/2019. Brasília, DF: Administrative Council for Economic Defense, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/282uwqmw>. Acesso em: 2 abr. 2024.

LORENZ, Christian. Screening markets for cartel detection: *collusive markers* in the CFD cartel-audit. **European Journal of Law and Economics**, [S. l.], v. 26, n. 2, p. 213-232, 2008. DOI:10.1007/s10657-008-9054-x.

LUNDBERG, Johan. On cartel detection and Moran's I. **Letters in Spatial and Resource Sciences**, [S. l.], v. 10, p. 129-139, 2017. DOI: 10.1007/s12076-016-0176-4. Disponível em: <https://tinyurl.com/2d3z6f9o>. Acesso em: 8 jan. 2024.

MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie M.; MEURER, Michael J. The Economics of Auctions and Bidder Collusion. [S. l.: s. n.], 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cw69nkz>. Acesso em: 9 jan. 2024.

MENA-LABARTHE, Carlos. Mexican experience in screens for bid-rigging. **CPI Antitrust Chronicle**, [S. l.], v. 1, p. 1-8, mar. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/29ljhd63>. Acesso em: 5 abr. 2024.

MORAN, P. A. P. The interpretation of statistical maps. **Journal of the Royal Statistical Society: Series B-Methodological**, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 243-251, jul. 1948. Disponível em: <https://tinyurl.com/24d3a2ox>. Acesso em: 5 abr. 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Country case: Korea's Bid Rigging Indicator Analysis System (BRIAS)**. Public Procurement Toolbox. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE), 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2379pcze>. Acesso em: 15 abr. 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels**. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE), 2013. (Series Roundtables on Competition Policy, nº 147). Disponível em: <https://tinyurl.com/29xm2fsc>. Acesso em: 15 abr. 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Summary of the workshop on cartel screening in the digital era**. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE), 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/28rajwl3>. Acesso em: 5 abr. 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Combate a cartéis em licitações no Brasil**: Uma revisão das Compras Públicas Federais. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE), 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dmyjuob>. Acesso



em: 15 abr. 2024.

PESENDORFER, Martin. A study of collusion in first-price auctions. **The Review of Economic Studies**, [S. l.], v. 67, n. 3, p. 381-411, 2000. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-937X.00136>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ar76cl5>. Acesso em: 8 jan. 2024.

PETIT, Lilian. The economic detection instrument of the Netherlands Competition Authority: the *competition index*. **NMa Working Paper**, Netherlands, n. 6, jan. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xqvn7cl>. Acesso em: 1 abr. 2024.

PIMENTA, Guilherme. Projeto Cérebro: Cade usa inteligência artificial no combate a cartéis. **Jota**, Brasília, 29 out. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xqvn7cl>. Acesso em: 16 abr. 2024.

PORTER, Robert H. A study of cartel stability: the Joint Executive Committee, 1880-1886. **The Bell Journal of Economics**, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 301-314, 1983. DOI: <https://doi.org/10.2307/3003634>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3003634>. Acesso em: 8 jan. 2024.

PORTER, Robert H. Detecting collusion. **Review of Industrial Organization**, [S. l.], v. 26, n. 2, p. 147-167, 2005. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41799228>. Acesso em: 10 abr. 2024.

PORTER, Robert H. **Detection of Collusion**. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE), 2018. Presentation at the Workshop on cartel *screening* in the digital era. Disponível em: <https://tinyurl.com/22jy8ldo>. Acesso em: 10 abr. 2024.

PORTER, Robert H.; ZONA, J. Douglas. Detection of bid rigging in procurement auctions. **Journal of Political Economy**, [S. l.], v. 101, n. 3, p. 518-538, jun. 1993. DOI: <https://doi.org/10.1086/261885>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2956hx5e>. Acesso em: 18 jan. 2024.

PORTER, Robert H.; ZONA, J. Douglas. Ohio school milk markets: an analysis of bidding. **The RAND Journal of Economics**, [S. l.], v. 30, n. 2, p. 263-288, 1999. DOI: <https://doi.org/10.2307/2556080>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2556080>. Acesso em: 3 abr. 2024.

PRADO FILHO, José Inácio F. A.; GENOVA, Maria Eduarda de Jesus. Uso de IA na persecução administrativa: o "Projeto Cérebro" do CADE. **Migalhas**, [S. l.], 15 set. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/23f6lp8a>. Acesso em: 16 abr. 2024.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; SILVA, R. M. D. **Aspectos econômicos e jurídicos sobre cartéis na revenda de combustíveis**: uma agenda para investigações: Documento de Trabalho SEAE nº 40. Brasília: Ministério da Fazenda, 2006.

REBOUÇAS, Rômulo Roseo *et al.* Detecção de figurantes em pregões eletrônicos do governo federal brasileiro. **Informação e Tecnologia**, João Pessoa, v. 2, n. 2, p. 5-21. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/itec/article/view/25089/17496>. Acesso em: 2 abr. 2024.

SALGADO, Lucia Helena. Avaliando a eficácia da política brasileira de combate aos cartéis. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 7-29, 2022. DOI: <https://doi.org/10.52896/rdc.v10i1.993>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bk757v7>. Acesso em: 5 abr. 2024.

SAMÀ, Danilo. Cartel detection and collusion *screening*: an empirical analysis of the London Metal Exchange. **Law & Economics LAB**, Rome, p. 1-18, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/26mulyzm>. Acesso em: 6 mar. 2024.

SILVEIRA, Douglas *et al.* Cartel Screening in the Brazilian Retail Fuel Market. *Economia*. [S. l.], v. 22, n 1, p. 53-70. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.econ.2021.01.001>. Disponível em: <https://tinyurl.com/27tlx39j>. Acesso em: 9 jan. 2024.

SILVEIRA, Douglas *et al.* Won't Get Fooled Again: A supervised *machine learning* approach for screening gasoline cartels. *Energy Economics*, [S. l.], v. 105, p. 105, jan. 2022. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.eneco.2021.105711>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dxxzmel>. Acesso em: 10 mar. 2024.

SOUZA, Frederico Pinto de; LOUZADA, Fabiano da Rocha. Detectando conluio em compras governamentais: uma abordagem utilizando Red Flags e a Teoria Dempster-Shafer. **Revista da CGU**, Brasília, v. 12, n. 21, p. 80-99, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/64813>. Acesso em: 6 abr. 2024.

VASCONCELOS, Silvinha Pinto; VASCONCELOS, Claudio Roberto Fóffano. Investigações e obtenção de provas de cartel: por que e como observar paralelismo de conduta. **Ensaio da Fundação de Economia e Estatística**, Porto Alegre, v. 26, n. 2, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xlydhoc>. Acesso em: 10 mar. 2024.

VASCONCELOS, Silvinha Pinto; VASCONCELOS, Claudio Roberto Fóffano. Ferramentas de detecção dos acordos em preços no mercado de gasolina a varejo. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 37., 2009, Foz do Iguaçu. **Anais [...]**. Niterói: Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/23w23dHz>. Acesso em: 12 abr. 2024.

WACHS, Johannes; KERTÉSZ, János. A network approach to cartel detection in public auction markets. **Scientific reports**, [S. l.], v. 9, n. 1, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dno3afw>. Acesso em: 12 abr. 2024.

WALLIMANN, Hannes; STICHER, Silvio. On suspicious tracks: machine-learning based approaches to detect cartels in railway-infrastructure procurement. **Arxiv**, [S. l.], 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xmn7l4>. Acesso em: 12 abr. 2024.



3

ESTIMAÇÃO DE SOBREPREÇO EM CARTÉIS: O CASO DO CARTEL DE COMBUSTÍVEIS NA REGIÃO METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE/MG¹

Estimation of Overpricing in Cartels: The Case of the Fuel Cartel in the Metropolitan Region of Belo Horizonte/MG

Guilherme Mendes Resende²

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) – Brasília/DF, Brasil

Fabiane Fernandes Hanones Malan³

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – Brasília/DF, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: este estudo se propõe a estimar o sobrepreço causado pelo cartel de combustíveis na região metropolitana de Belo Horizonte/MG, condenado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em 2019 (Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64), aplicando o método econométrico diferença em diferenças.

Método: diferença em diferenças. A partir de documentos presentes no processo administrativo do caso foi possível caracterizar os postos envolvidos na colusão, bem como construir um contrafactual para estimar o impacto do cartel nos preços de venda da gasolina e do etanol e na margem do revendedor para ambos os combustíveis, utilizando modelos econométricos por meio do método diferença em diferenças.

Conclusões: os resultados mostram que diferentes metodologias e estratégias para a escolha do contrafactual resultam em diferentes estimativas para o sobrepreço. Fazendo uma média dos sobrepreços encontrados no estudo viu-se que o efeito gerado pelo cartel no mercado de gasolina foi de um aumento na ordem de R\$ 0,0119/litro (ou de 0,52%) sobre o preço de venda e de aproximadamente R\$ 0,0162/litro (ou de 8,52%) na margem de revenda e, no mercado de etanol, observou-se um impacto de R\$ 0,0211/litro (ou de 1,53%) sobre o preço de venda e de R\$ 0,0204/

Editor responsável: Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 29/01/2024 **Aceito em:** 05/06/2024 **Publicado em:** 19/06/2024

2 É PhD em economia pela London School of Economics and Political Science (LSE) e mestre em economia pela UFMG. Foi economista chefe do Cade entre 2016 e 2023. Atualmente, é Assessor Especial da Presidência do STF e professor no Mestrado de Economia do IDP.

E-mail: guilherme.resende@stf.jus.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2284071242212890>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7138-5492>

3 Mestre em economia pelo IDP. É especialista em regulação de serviços de transportes aquaviários da ANTAQ e está cedida ao Cade.

E-mail: fabiane.hanones@gmail.com **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-2310-713X>

litro (ou de 15,4%) na margem de revenda. Apesar da dificuldade de mensurar o sobrepreço e, mais profundamente, os danos gerados, as estimativas contribuem com o debate de ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC), servindo como referencial para demais avaliações sobre política de defesa da concorrência.

Palavras-chave: prevenção a cartéis; antitruste; sobrepreço do cartel; mercado de combustíveis; diferença em diferenças.

STRUCTURED ABSTRACT

Objective: this study aims to estimate the overprice caused by a fuel cartel in the metropolitan region of Belo Horizonte/MG, condemned by the Administrative Council for Economic Defense (Cade) in 2019 (Administrative Process n. 08700.010769/2014-64), applying the difference-in-differences econometric method.

Method: difference-in-differences. From documents presented in the administrative process of the case, it was possible to characterize the fuel stations involved in the collusion and to build a counterfactual to estimate the cartel impact on the sale prices and on the margins of gasoline and ethanol, using econometric models through the difference-in-differences method.

Conclusions: the results show that different methodologies and strategies for choosing the counterfactual result in different overcharge estimates. Taking an average of the overprices found in the study, it was seen that the cartel's effect on the gasoline market corresponded to an increase in the order of R\$0.0119/liter (or 0.52%) on the sales price and approximately R\$0.0162/liter (or 8.52%) in the resale margin and, in the ethanol market, an impact of R\$0.0211/liter (or of 1.53%) was observed on the sales price and R\$ 0.0204/liter (or 15.4%) in the resale margin. Despite the difficulty of measuring the overprice and, more deeply, the damages caused, the estimates contribute to the private actions for antitrust damages, serving as a reference for other assessments of antitrust policy.

Keywords: cartel prevention; antitrust; cartel overcharge; fuel market; difference-in-differences.

Classificação JEL: L13; L41; K21; L71.

Sumário: 1. Introdução; 2. Revisão da Literatura; 2.1. Literatura Internacional; 2.2. Literatura Nacional; 2.3. Literatura sobre Cartéis de Combustíveis; 3. Metodologia; 3.1. Diferença em Diferenças (DiD), 3.2. Modelo Econométrico; 3.3. Definição do Contrafactual; 3.4. Definição dos Períodos do Cartel; 3.5. Base de Dados; 4. Resultados; 4.1. Gasolina; 4.1.1. Estratégia 1: todos os postos cartelistas; 4.1.2. Estratégia 2: postos condenados pelo Cade e que firmaram TCC; 4.2. Etanol; 4.2.1. Estratégia 1: todos os postos cartelistas; 4.2.2. Estratégia 2: postos condenados pelo Cade e que firmaram TCC; 4.3. Testes de Robustez; 4.4. Síntese dos Resultados; 5. Considerações Finais; Referências; Apêndice.



1. INTRODUÇÃO

Na lei antitruste de diversos países, presume-se que o cartel seja prejudicial aos consumidores, uma vez que aumenta os preços, reduz a oferta disponível no mercado, a qualidade dos produtos e a competição, sendo, por essa razão, considerado um ilícito *per se* por diversas jurisdições. Nessa esteira, dentro da economia concorrencial, emerge o emprego de análises quantitativas para se estimar o sobrepreço e os danos ocasionados pelo cartel, valendo-se do pressuposto de que uma dissuasão eficaz por meio de multas levaria em consideração ao menos os danos causados pelas empresas que se beneficiaram com o ilícito concorrencial. Nesse contexto, Davis e Garcés (2010) afirmam que a estimativa de danos tem sido um campo na economia antitruste onde a análise quantitativa tem sido amplamente utilizada.

No Brasil, a autoridade antitruste, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), é responsável por defender e fomentar a livre concorrência, punindo e combatendo a prática de cartel, que é considerada tanto um ilícito administrativo quanto penal (crime), estando os participantes sujeitos a investigações administrativas e criminais, nos termos da Lei nº 12.529/2011 (“Lei do Cade”) e da Lei nº 8.137/1990, respectivamente.

A Lei nº 12.529/2011, em seu artigo 37, I, estipula a vantagem auferida como piso da multa a ser imposta em casos de prática de infração à ordem econômica, quando possível a sua estimação (BRASIL, 2011). No entanto, o Cade pouco recorre a esse dispositivo da lei ao estabelecer as penalidades, em razão das dificuldades técnicas no cálculo da vantagem auferida, sendo mais utilizada a regra de definição de alíquotas (entre 0,1% e 20%) sobre o faturamento bruto da empresa no ramo de atividade em que aconteceu a infração, obtido no ano anterior à instauração do Processo Administrativo. Ademais, o cálculo do sobrepreço pode balizar a quantificação dos danos causados pelo cartel em ações de reparação de danos concorrenciais. Vale destacar que, em 2022, modificações importantes à Lei nº 12.529/2011 foram realizadas para fomentar ações de reparação de danos por infrações ao direito da concorrência⁴.

Ensaio de estimativas da vantagem auferida e dos danos incorridos em casos de cartéis têm sido realizados nos julgamentos recentes do Cade, havendo, no entanto, divergências entre os membros do Tribunal daquele Conselho sobre o uso dessa estimativa como elemento central da pena, em razão da alegada insegurança jurídica que diversas e distintas metodologias empregadas para a sua estimação podem gerar.

Frente ao presente debate, as hipóteses norteadoras desta pesquisa residem no fato de que os afetados pelo cartel, na esfera cível, podem contabilizar os ganhos obtidos pelas empresas e os danos que a conduta pode ter causado ao mercado e, assim, processar as partes para reparar os danos concorrenciais gerados. Subsidiariamente, as melhores práticas internacionais sugerem que o órgão antitruste aplique multas que considerem em sua dosimetria o sobrepreço com as vendas no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.

Assim, o presente estudo foi desenvolvido com vistas a aplicar metodologia econométrica específica - diferença em diferenças (*difference in differences* – DiD) a fim de calcular a diferença entre

⁴ Por exemplo, as inovações trazidas em lei estabelecem indenização em dobro pelos danos causados pela conduta, traz ainda dispositivos regulando o marco inicial para contagem da prescrição, bem como determina que o réu tem o ônus de provar que o autor repassou o prejuízo a terceiros (*pass-on defense*) caso alegue isso em sua defesa.

o preço cobrado em um ambiente com cartel e o respectivo preço que deveria ser cobrado em um ambiente (em tese) competitivo, a partir da definição do contrafactual, que refletiria o ambiente sem o cartel. Para tanto, o estudo usou como base o caso de um cartel condenado pelo Cade no setor de varejo de combustíveis automotivos, segmento estratégico economicamente para o país e com alto número de denúncias de cartéis.

Dessa forma, avalia-se aqui o sobrepreço gerado no caso do cartel nos mercados de distribuição e revenda de combustíveis na região metropolitana de Belo Horizonte e municípios vizinhos, em Minas Gerais (MG), nos anos de 2007 e 2008, condenado pelo Cade em 2019 (Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64). Tratou-se de um cartel clássico (*hardcore*)⁵ em uma das regiões metropolitanas mais populosas do Brasil⁶, tendo sido caracterizado pela combinação de preços entre os postos revendedores, bem como pela atuação das distribuidoras na prática de influência à adoção de comportamento uniforme por revendedores e pelo apoio de diretores do sindicato de revendedores local (Minaspetro). Além da combinação de preços de revenda para os consumidores finais, o cartel também contava com mecanismos de monitoramento e punição aos postos que não praticassem o acordo.

O processo foi instaurado, originalmente, em maio de 2007, pela antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE), a partir de representação recebida da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), reportando súbito e inexplicável aumento de preços no mercado de revenda de gasolina comum na região em março de 2007. Em 10/04/2019, o Tribunal do Cade condenou 27 postos de gasolina, duas distribuidoras e 12 pessoas físicas por prática de cartel e outras infrações à ordem econômica, aplicando, ao todo, multas na ordem de R\$ 156,9 milhões, conforme consulta aos autos do Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 do Cade (BRASIL, 2019a).

O estudo está dividido em 5 partes. Além desta seção introdutória, em que é feito um histórico e uma contextualização do assunto, a segunda seção apresenta um referencial teórico e uma revisão da literatura sobre os estudos já realizados nacionalmente e internacionalmente sobre estimação de sobrepreço e danos em condutas anticompetitivas, sob o ponto de vista de avaliação de política da concorrência. Na terceira seção são descritas a metodologia, a caracterização do cartel e a base de dados e as estatísticas empregadas no estudo. Na quarta seção, reportam-se e analisam-se os resultados das estimativas de sobrepreço encontradas. A quinta seção conclui o trabalho e tece algumas considerações que podem agregar no debate acerca de estimação de sobrepreço em cartéis, bem como dos danos gerados por condutas anticompetitivas.

2. REVISÃO DA LITERATURA

A literatura sobre estimação de sobrepreço e danos em condutas anticompetitivas traz uma abordagem sobre o efeito dissuasório das multas dos cartéis. Seixas e Lucinda (2019) elucidam que um ponto de partida para calcular os danos de um cartel seria calcular a diferença estimada entre o

5 Cartel *hardcore*, segundo o Guia “Dosimetria de multas de cartel” do Cade são aqueles acordos ou trocas de informação relacionados a preços, divisão geográfica, de *share* ou de clientes, que tenham mecanismos de monitoramento/punição de desvio (institucionalidade) e (intenção de) perenidade. Segundo aquele Guia, o cartel *hardcore* é reconhecidamente a conduta concorrencial que gera mais impactos negativos para a sociedade (BRASIL, 2023).

6 Conforme Barros (2021), em julho de 2021, a região metropolitana de Belo Horizonte possuía 6,04 milhões de habitantes, ficando atrás do Rio de Janeiro (13,19 milhões) e de São Paulo (22,04 milhões).



preço pago pelos consumidores durante a prática anticompetitiva e um preço contrafactual que seria cobrado em um cenário sem o cartel. No entanto, como esse preço no contrafactual não é observado, os autores indicam a necessidade de se estimar esse preço, a partir de metodologias econométricas.

Segundo Connor (2008), na prática, o sobrepreço (*price overcharge*) sobre os consumidores em mercados afetados pelo cartel representa a principal medida do dano econômico e a sua apuração pode ser dada pelo cálculo da diferença entre o preço fixado no período do cartel e o preço que seria cobrado em uma situação sem o cartel (chamado *de but for price* ou preço no contrafactual), que é obtido por meio de modelos econométricos.

Nesta seção, serão abordados alguns estudos da literatura internacional e nacional que utilizam diferentes metodologias para a estimativa de sobrepreço em casos condenados por cartel, contribuindo para o debate de se as multas aplicadas às firmas condizem com o valor do sobrepreço de cartel. Primeiramente, é feita uma revisão da literatura internacional a respeito de casos documentados de cartéis internacionais, que empregaram metodologias econométricas para estimar o sobrepreço gerado pelo ilícito concorrencial. Na sequência, são abordados os estudos nacionais que trataram de estimativa de sobrepreços em cartéis condenados pela autoridade antitruste brasileira, o Cade. Por fim, são abordados estudos que tratam de casos documentados de cartéis de revenda de combustíveis.

2.1. Literatura Internacional

Na literatura internacional, alguns estudos trazem um referencial de como a estimação de danos é realizada em outros países e quais são os patamares de sobrepreço encontrados em outras jurisdições. Lande e Connor (2005) contribuem com o tema ao analisarem cerca de 200 estudos sobre cartéis em diversos países, contendo 674 observações de sobrepreços médios. Os autores encontraram o valor médio de 25% para todos os tipos de cartéis em todos os períodos (17% a 19% para cartéis domésticos e 30% a 33% para cartéis internacionais).

Connor e Bolotova (2006), por sua vez, analisam uma amostra de mais de 800 observações de casos de cartéis de diversos mercados e que usaram diferentes métodos para o cálculo do sobrepreço, concluindo que o valor médio dessa sobretaxa seria de 29% e que concluiu que atingem altos níveis de eficácia (ou seja, longevidade, estabilidade e cobranças excessivas) gerariam grandes perdas ao bem-estar dos consumidores.

Já o estudo de Connor (2014) trouxe 2.041 estimativas de sobrepreços em cartéis *hard core* em várias jurisdições, analisando mais de 700 estudos publicados e decisões judiciais, chegando aos seguintes percentuais medianos de sobre-preço, conforme Quadro 1 abaixo extraída de Brasil (2016a):

Quadro 1 - Mediana de Episódios de Sobrepreço, por Período e Tipo

Data do fim de episódios de cartel	Filiação		Status Legal		Cartel em licitações	Fixação de Preços Clássica	Cartel de Compradores	Todos os Tipos
	Nacional	Internacional	Culpado	Legal				
Percentual Mediano ¹								
Antes de 1890	8,4	18,2	26,1 ²	16,0	85,0	19,3	32,5	19,3
1890-1919	19,5	35,0	15,0	31,3	12,5	31,6	25,0	34,5
1920-1945	20,0	35,0	27,0	29,0	20,0	29,0	12,5	29,0
1946-1973	24,0	28,5	16,7	24,0	18,7	21,2	57,0	19,5
1974-1989	13,5	15,9	21,5	18,5	15,0	22,3	12,5	18,1
1990-1999	27,5	45,5	23,9	21,0	17,8	22,1	20,0	24,0
2000-2013	20,0	15,0	20,5	57,0	21,0	25,1	36,7	20,0
Todos os Anos	18,2	26,0	22,0	27,7	20,0	24,0	26,3	23,0

Fonte: Connor (2014).
 1) Medianas dos pontos estimados, ou, quando apropriado, do ponto médio do intervalo estimado. Também são considerados os valores nulos das estimativas.
 2) Apenas três cartéis (em 47 episódios) foram julgados culpados antes de 1890: *Wholesale Grain Merchants in Greece* (Culpado em julgamento público), *Anthracite Coal* (pela corte dos E.U.A.), *Newcastle Coal* (pelo parlamento britânico).

Fonte: Brasil (2016a).

Ainda sobre o *benchmarking* internacional de taxas de sobrepreços, Ivaldi, Khimich e Jenny (2014) analisaram 249 cartéis em 22 países em desenvolvimento, dentre eles o Brasil, entre os anos 1995 e 2013. Os autores construíram uma base de dados conforme informações contidas de sobrepreço já calculados e, para os casos que não continham cálculo de sobrepreço, estimaram os valores com base em modelos econométricos. Os autores encontraram um sobrepreço médio de 20,11% para os países em desenvolvimento, o que seria similar ao sobrepreço médio encontrado na literatura internacional para os países desenvolvidos (19% para os Estados Unidos e 20% para a União Europeia).

As observações de sobrepreços médios trazidas pela literatura empírica contribuem para os futuros estudos de caso sobre o tema. No entanto, Davis e Garcés (2010) argumentam que a quantificação dos danos e estimativas de sobrepreço ensejam uma análise qualitativa de cada caso em questão, a fim de justificar a metodologia e especificações escolhidas. Os autores abordam alguns métodos quantitativos para estimar danos em cartéis e relatam dificuldades geralmente enfrentadas, que muitas vezes estão atreladas à definição do contrafactual para se estimar o preço que teria prevalecido na ausência do cartel e, conseqüentemente, o sobrepreço. Segundo os autores, definir o período do cartel também é um elemento importante para se estimar os danos, que pode ser dado pelas evidências documentais, mas também utilizando evidências de quebras estruturais inexplicáveis nos padrões de preços.

Em um caso prático, Laitenberger e Smuda (2013) usam dados de painel do consumidor para calcular os danos sofridos pelos consumidores alemães devido a um cartel de detergentes, que ocorreu entre 2002 e 2005 em oito países europeus. Os autores aplicaram as estimativas do antes e depois (*before and after*) e de diferença em diferenças e encontraram sobrepreços médios entre 6,7% e 6,9% e um dano geral ao consumidor de cerca de 13,2 milhões de euros no período de julho de 2004 a março de 2005.

Em pesquisa mais recente, Tsay (2021), a partir de dados contidos em Connor (1998), combinou modelos econométricos para estimar o sobrepreço gerado no caso do cartel do ácido cítrico que envolveu as quatro maiores fabricantes do mundo na década de 1990. O autor estimou um sobrepreço de 21,17% naquele cartel.



Clark e Houde (2013), ao estudarem o funcionamento de cartéis de revenda de combustível no Canadá, também abordaram modelos de diferenciação de demanda derivada de medidas de distância. Segundo os autores, a estratégia de preços uniformes em cartéis de revenda de combustível está ligada à localização dos membros, dada à incapacidade de controlar onde os consumidores compram o produto.

2.2 Literatura Nacional

No Brasil, Lucinda e Seixas (2016) estimaram o dano para o caso do “Cartel de Peróxidos”, condenado pelo Cade em 2012, por um ilícito que durou de 1995 a 2004. Para tanto, os autores utilizaram três metodologias distintas: *i*) séries temporais, *ii*) diferença em diferenças e *iii*) modelos estruturais. No modelo de séries temporais, os resultados das estimativas indicaram uma redução de preços após o término do cartel entre 15,5% e 22%, a depender do mês escolhido para a data final do cartel. No caso do modelo estrutural, o sobrepreço médio ficou em torno de 9,3%. A partir dessas estimativas, encontraram-se valores de dano em escala próxima ao valor da multa aplicada pelo Cade, concluindo que as multas teriam atingido o objetivo apenas de recuperar os prejuízos causados pelo cartel, sem, no entanto, contemplar o segundo objetivo que seria da prevenção.

Carrasco, Mello, Rigato (2018), por sua vez, analisaram o “Cartel dos Gases Medicinais” que ocorreu nos anos 2000 no mercado de gases medicinais brasileiro. O estudo, a partir de uma análise econométrica, fez uso de uma variação exógena (que foram as datas do início das investigações e dos mandados de busca e apreensão) para estimar o sobrepreço do cartel, cujo percentual mínimo ou limite inferior seria de 33,5%.

No estudo de Schmidt (2018), analisou-se o caso do “Cartel de gás liquefeito de petróleo - GLP no Pará”, utilizando-se um modelo de diferença em diferenças para calcular os sobrepreços gerados pelo cartel e, posteriormente, a vantagem auferida. A autora estimou sobrepreços entre 4% e 8% e estimou um dano gerado pelo cartel de aproximadamente R\$ 67,5 milhões.

Afonso e Féres (2017) também analisaram aquele mesmo cartel, a partir de diferentes metodologias de cálculo de dano. Os autores estimaram os sobrepreços desse cartel através dos métodos de regressão multivariada antes e depois e de diferença em diferenças, alterando o grupo de controle usado pela ex-conselheira do Cade, Cristiane Alkmin, no Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51⁷, obtendo resultados que sugerem que os danos estimados seriam sensíveis à metodologia escolhida, com os sobrepreços estimados variando entre 10% e 13% (quando utilizado o método antes e depois) e entre 15,97% e 16,96% (quando utilizado o método diferença em diferenças). A partir dessas estimativas de sobrepreço, os autores refizeram o cálculo do dano realizado por Alkmin e estimaram danos na ordem de R\$ 1 bilhão, a partir do modelo antes e depois, e de R\$ 1,2 bilhão, a partir de um modelo de diferença em diferenças.

7 No caso do “Cartel de GLP no estado do Pará” a ex-conselheira Cristiane Alkmin Schmidt utilizou como grupos de controle dois critérios de seleção: *i*) estados que tinham preços mais competitivos ao comparar o preço médio do GLP de cada estado com o HHI (indicador do grau de concorrência), escolhendo os estados RJ, AL, SP e MG e *ii*) todos os estados do Brasil onde não houve condenação de cartéis no período da conduta (BRASIL, 2016a). Afonso e Féres (2017), por sua vez, realizaram testes de tendência comum entre os estados para utilização como grupo de controle.

Nessa mesma esteira, Resende, Motta e Lima (2019) estudaram o benefício gerado pelo combate ao “Cartel de pedras britadas”, que ocorreu na região metropolitana de São Paulo entre janeiro de 2003 e setembro de 2013. Os autores utilizaram como base a metodologia proposta pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que traz um guia de referência sobre avaliações *ex post* de decisões de fiscalização de agências de concorrência, bem como estimações utilizando o método diferença em diferenças (OECD, 2016). O estudo conclui que o sobrepreço no cartel das britas variou entre 6,12% e 10,69% e que os benefícios da cessação do cartel, utilizando um período de 6 anos, variaram entre R\$ 348,60 milhões e R\$ 608,91 milhões.

2.3 Literatura sobre Cartéis de Combustíveis

No setor de combustíveis, Erutku e Hildebrand (2010) analisaram o cartel de revenda de gasolina em Sherbrooke, na província de Québec (Canadá), utilizando o método econométrico de diferenças em diferenças, com Sherbrooke sendo o grupo de tratamento e Montreal e a cidade de Québec como grupo de controle (contrafactual). Os resultados do estudo demonstram que a investigação do cartel, em maio de 2006, desencadeou em uma queda no preço do combustível em Sherbrooke estatisticamente significativa de US\$ 1,75 centavos por litro. Considerando que no ano anterior (maio de 2005 a maio de 2006) teria sido observada uma venda de aproximadamente 135 milhões de litros de gasolina naquela cidade, concluiu-se que o cartel teria gerado danos de mais de US\$ 2 milhões durante o ano anterior ao anúncio da investigação pela agência antitruste do Canadá.

Cuiabano (2018) analisou um caso concreto julgado pelo Cade, o “Cartel de postos de gasolina em Londrina” em 2007. Para estimar a vantagem auferida pelos cartelistas e os danos, a autora utilizou tanto uma equação reduzida quanto um modelo estrutural de demanda e oferta. Os resultados do estudo mostraram que o sobrepreço gerado pelo cartel foi em torno de 4,6% a 6,6% no mercado de gasolina e de até 12% no mercado de etanol. Com relação ao objetivo de avaliar os efeitos da política de concorrência, comparando o montante do dano estimado com as multas aplicadas, concluiu-se que as multas impostas pelo Cade estariam alinhadas com esse objetivo.

Motta e Resende (2019) também analisaram um caso de ilícito no mercado de varejo de combustíveis analisado pelo Cade, mais especificamente, o caso do cartel no Distrito Federal (DF). Os autores trataram de mensurar os benefícios do combate àquele cartel para os consumidores de gasolina no DF, a partir de estimações de valores de sobrepreço, definições do volume e da duração do cartel. Como contrafactual, o estudo se baseou na comparação dos preços observados no DF com os preços de um município próximo, Anápolis (GO), bem como de capitais estaduais com características semelhantes e que não apresentassem registro de condenação por cartel⁸. Utilizando os métodos de diferença em diferenças e de controle sintético, o estudo estimou um sobrepreço médio entre 4,66% e 8,09%, bem como um benefício da atuação do Cade na ordem de R\$ 206 milhões a R\$ 358 milhões (sob a hipótese de que o cartel teria duração de apenas 1 ano, caso não houvesse intervenção do Cade) e de R\$ 1,24 bilhão e R\$ 2,15 bilhões (ao considerar uma duração hipotética do cartel de 6 anos).

8 Os autores também realizaram testes de tendência comum com o mercado do DF para definição de quais mercados seriam mais apropriados para a análise.



3. METODOLOGIA

A revisão da literatura apresenta, de maneira geral, várias metodologias para estimação de sobrepreço em cartéis, a partir da escolha de um contrafactual. É possível observar que as abordagens econométricas utilizadas partem do pressuposto de que a atuação do cartel afeta a variável de interesse (o preço). Para tanto, o modelo utilizado para estimar essa variação dos preços precisa identificar os momentos de início e fim da atividade do cartel ao longo do tempo, bem como definir dois cenários: o competitivo e o de conluio.

Esta seção trata de descrever a metodologia empregada no estudo, a caracterização do cartel e a base de dados e as estatísticas utilizadas para estimar o sobrepreço do cartel de combustíveis na região metropolitana de BH.

3.1. Diferença em Diferenças (DiD)

Como visto na seção anterior, o cálculo do sobrepreço pode ser dado pela diferença entre o preço fixado no período do cartel e o preço no contrafactual. Para tanto, é necessário estimar o preço que teria ocorrido na ausência do cartel durante o período da conduta (*but for price*) (CONNOR, 2008).

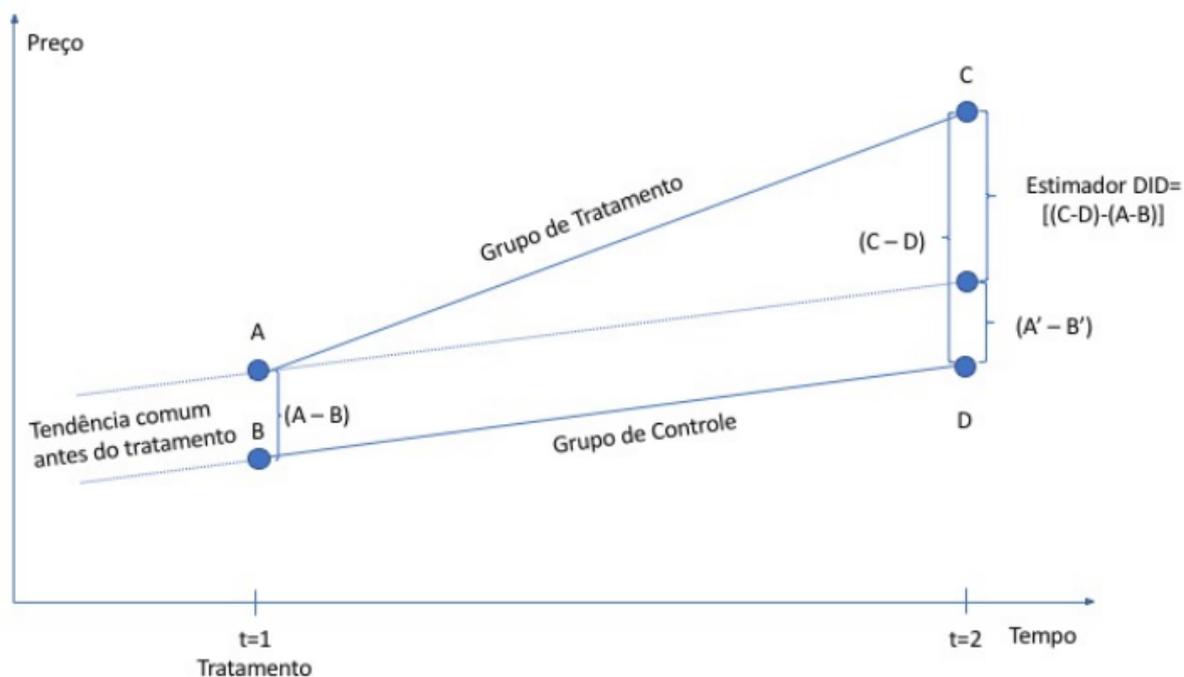
É necessário, portanto, construir um cenário que represente o mercado de distribuição e revenda de combustíveis na região metropolitana de Belo Horizonte/MG na ausência do conluio, ou seja, definir um contrafactual. Propõe-se, portanto, a utilização do método diferenças em diferenças (DiD), que leva em consideração mercados não afetados pelo cartel que podem ser usados como grupo de controle na análise.

A opção por adotar o método DiD pode ser motivada por diversos fatores. Nesta técnica, o estimador DiD compara o que acontece com o grupo afetado pelo cartel (grupo de tratamento) e o grupo que não foi afetado (grupo de controle) antes e depois do cartel e, ao usar o grupo de controle, o estimador remove o efeito de quaisquer mudanças que afetem tanto o grupo de controle quanto o de tratamento.

Na prática, o estimador DiD utilizado aqui visa controlar o que teria acontecido sem a infração, examinando o que mudou ao longo do tempo para o mercado com infração e o mercado sem infração, seguido de uma comparação dessas diferenças (OXERA, 2009).

A OECD (2016) explica que o efeito da decisão de intervenção do ilícito é dado pela diferença entre: *i*) a diferença média entre o comportamento do grupo tratado, antes e depois do tratamento e *ii*) a diferença média entre o comportamento do grupo de controle, antes e depois da intervenção. O Gráfico 1, adaptado por Motta e Resende (2019) do estudo da OECD (2016), exemplifica o racional da metodologia diferença em diferenças:

Gráfico 1 - O estimador DiD



Fonte: Motta e Resende (2019, p. 12).

Segundo Maier-Rigaud e Sudaric (2019), a validade da abordagem DiD varia, em certo grau, de acordo com a disponibilidade de um mercado adequado de comparação. Segundo os autores, esse método baseia-se na suposição de que, na ausência do cartel, tanto o mercado de comparação (grupo de controle) como o mercado cartelizado (grupo de tratamento) teria evoluído de acordo com uma tendência comum, o que equivaleria a dizer que inexistiria diferença no desenvolvimento dos dois mercados ao longo do tempo, exceto pela existência de um cartel em um deles. Dessa forma, as mudanças em ambos os mercados que não estão relacionadas com o cartel são da mesma ordem de grandeza.

Essa hipótese é conhecida na literatura econômica como tendências paralelas. Entretanto, vale destacar o levantamento realizado por Roth *et al.* (2023), que destacou que trabalhos recentes têm considerado a possibilidade de violação da suposição de tendências paralelas. Segundo o referido autor, há um conjunto de estudos que considera o cenário no qual tendências paralelas são mantidas apenas condicionadas a covariáveis observadas e propõem novos estimadores que são válidos sob uma suposição de tendências paralelas condicionais. Dessa forma, a utilização de efeitos fixos (nas análises de robustez na seção de resultados) busca mitigar o problema de violação da suposição de tendências paralelas.

De acordo com Davis e Garcés (2010), a equação matemática do método diferença em diferenças pode ser feita por meio de um modelo de efeitos fixos do seguinte tipo:

$$y_{it} = \alpha_i + \tau_t + \delta d_{it} + \varepsilon_i$$

onde: d_{it} representa uma variável binária que assume valor 1 se a unidade i pertence ao grupo de tratamento após $t \geq t^*$, sendo t^* a data do tratamento e o valor 0, caso contrário. O parâmetro δ

estimado, por sua vez, representará o efeito do tratamento. Aplicando um operador de diferenças no tempo, do tipo $\Delta x_{it} = x_{it} - x_{it-1}$, tem-se a seguinte equação, uma vez que $\Delta \alpha_i = 0$:

$$\Delta y_{it} = \Delta \tau_t + \Delta \delta d_{it} + \Delta \varepsilon_i$$

Considerando a diferença entre o grupo de controle e o grupo de tratamento e, supondo que i está no grupo de controle e j no grupo de tratamento, tem-se a seguinte equação, uma vez que $\Delta \tau_t - \Delta \tau_t = 0$ e $\Delta d_{it} = 0$:

$$\Delta y_{jt} - \Delta y_{it} = \delta \Delta d_{jt} + (\Delta \varepsilon_{jt} - \Delta \varepsilon_{it})$$

onde $\Delta d_{jt} = 1$.

Nesse modelo de diferenças em diferenças a tendência comum entre os dois grupos é eliminada e os efeitos fixos de tempo e grupo são extraídos. Assim, pode-se estimar o parâmetro δ (chamado de “efeito do tratamento”), que, no presente caso, representa a variação de preços com o cartel.

3.2. Modelo Econométrico

Trata-se, portanto, de uma pesquisa quase-experimental, que consiste na estimativa do sobrepreço a partir de estratégias que adotam o estimador DiD. Estima-se a seguinte regressão no método diferença em diferenças, usando a definição constante em Davis e Garcés (2010):

$$P_{-}V_{it} = \alpha + \delta_1 \text{CARTEL}_t + \delta_2 T_i + \delta_3 T_i \text{CARTEL}_t + e_{it}$$

Onde $P_{-}V_{it}$ representa a variável estudada, que pode ser o preço de venda do combustível ou a margem do revendedor com o combustível; o coeficiente α representa o termo constante; δ_1 mede o impacto de se estar no grupo de tratamento (cartelistas) sobre a variável estudada; CARTEL_t uma variável *dummy* que indica 1 para o mercado com cartel (grupo de tratamento) e 0 para o mercado de comparação (grupo de controle); δ_2 mede o impacto de se estar no período do cartel sobre a variável estudada; T_i é uma variável *dummy* que indica 1 (um) para o período do cartel (ou após a data inicial do cartel) e 0 (zero), caso contrário; δ_3 representa o coeficiente de interesse - o estimador DiD, que capta o impacto do cartel sobre o preço de venda ou sobre a margem do combustível no grupo de tratamento vis-à-vis no grupo de controle e; e_{it} representa o termo de erro (variáveis não observáveis).

Assume-se que variáveis não afetadas pelo tratamento, como preço de compra do combustível, ICMS etc., já estariam refletidas no preço de revenda do combustível ou na margem do revendedor, de forma que essas variáveis não devem afetar substancialmente as estimativas, razão pela qual não foi inserida ao modelo uma matriz de covariáveis utilizadas de controle.

Vale ressaltar que, adicionalmente à especificação padrão descrita acima, na seção de robustez dos resultados foram realizadas estimações controlando por variáveis *dummies* de tempo (mês e ano) e de município (Belo Horizonte, Betim e Contagem), controlando as características

fixas de cada município (considerando que o mercado relevante na dimensão geográfica abrange separadamente esses municípios).

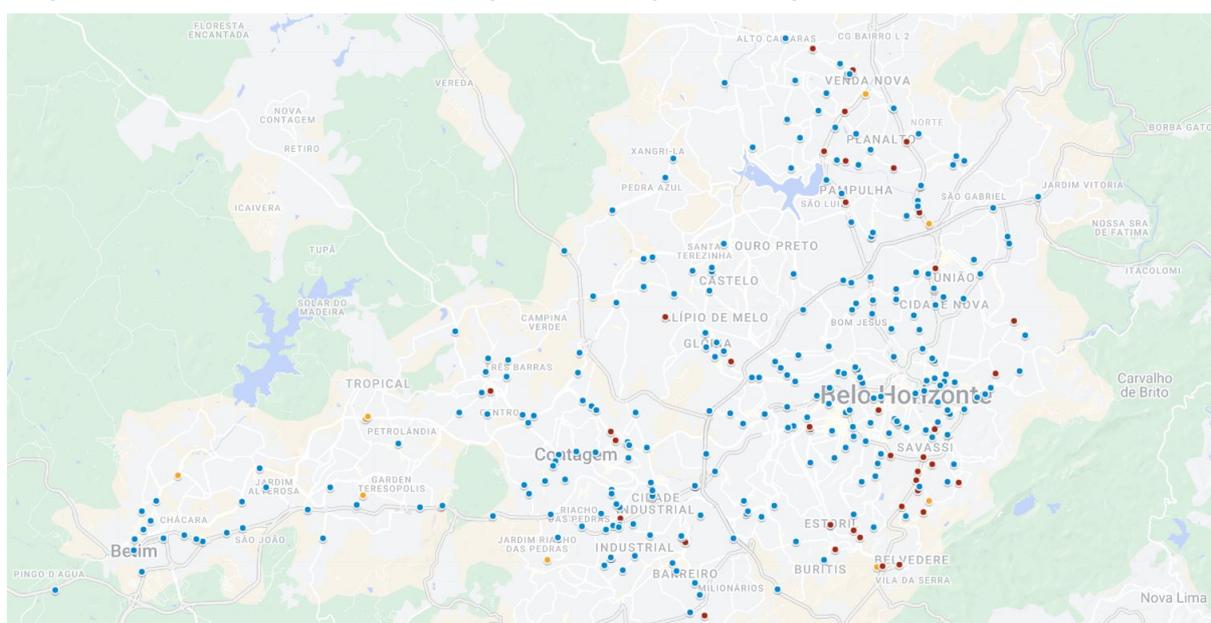
3.3. Definição do Contrafactual

O cartel de revenda de combustíveis líquidos era focado na cidade de Belo Horizonte/MG, mas teve repercussões e efeitos também em outras regiões, tais como “o bairro das indústrias” (Pampulha), Betim/MG e Contagem/MG.

Sua operação se deu pela subdivisão da região metropolitana de Belo Horizonte/MG em diversos “corredores”⁹ (vias urbanas estratégicas), que funcionavam como módulos independentes para a propagação dos reajustes de preços. O mercado relevante alvo do cartel pode ser definido como sendo, na dimensão produto, a revenda de gasolina C e etanol hidratado, e na dimensão geográfica, os municípios de BH, Betim e Contagem (BRASIL, 2019a). Ademais, foram realizados testes de robustez considerando os três municípios, mercados relevantes distintos (ver seção 4.3).

A Figura 1 mostra a localização dos postos de revenda de combustíveis na região afetada pelo cartel:

Figura 1 - Georreferenciamento dos postos na região metropolitana de Belo Horizonte/MG



Fonte: *Google Maps*. Elaboração própria. Os pontos vermelhos representam os postos condenados por prática de cartel pelo Cade ou que firmaram TCC; os pontos laranjas representam os postos que tiveram processo arquivado pelo Cade e os pontos azuis representam os postos que não integraram o cartel.

O conjunto probatório do presente caso contou com indícios econômicos contidos nas informações da ANP, relatório elaborado pelo Ministério Público, áudios obtidos das interceptações

9 O termo “corredores” é utilizado para designar as vias mais importantes para a uniformização bem-sucedida de preços na região metropolitana e funcionavam como “módulos” de uniformização dos preços, permitindo a racionalização do processo de alinhamento em uma área urbana cujo mercado é pulverizado.

telefônicas envolvendo os participantes do cartel, bem como depoimentos e outras informações de colaborações decorrentes de 6 (seis) Termos de Compromisso de Cessação (TCCs), homologados pelo Cade no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 (BRASIL, 2019a) e celebrados com entidade representativa, empresas e pessoas físicas envolvidas nas condutas anticompetitivas.

O estudo adotou múltiplas estratégias para estimação do sobrepreço. Primeiramente, definiu-se o grupo de tratamento (cartelistas) de maneira mais abrangente, incluindo os postos de revenda de combustíveis dos municípios de Belo Horizonte/MG, Betim/MG e Contagem/MG que: *i*) foram condenados pela prática de cartel pelo Cade; *ii*) firmaram Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com a Autoridade Antitruste; *iii*) tiveram o seu processo arquivado; ou que *iv*) o Tribunal Administrativo do Cade determinou a abertura de Processo Administrativo. Uma segunda estratégia considerou como grupo de tratamento apenas os casos *i* e *ii*.

Para a construção do modelo econométrico, como os preços que seriam aplicados pelos agentes (caso não ocorresse o cartel) não são observáveis, o primeiro exercício para estimar os preços no contrafactual consiste na definição de um grupo de controle formado pelos postos de revenda de combustíveis da própria região metropolitana de Belo Horizonte/MG, mas que não participaram do cartel.

No entanto, tal contrafactual pode ser frágil frente às possibilidades de que a definição de preços dos postos da mesma proximidade tenha sido influenciada diretamente pela atuação do cartel na região, o que na literatura é chamado de “efeito guarda-chuva”, como destacaram Motta e Resende (2019). Assim, aplicou-se também uma estratégia complementar de eliminar do grupo de controle aqueles postos que estão localizados nos mesmos bairros dos cartelistas, para fins de robustez da análise. Tal estratégia visa mitigar o efeito “guarda-chuva” dos preços dos cartelistas sobre o resto do mercado afetado – conforme amplamente discutido por Inderst, Maier-Rigaud e Schwalbe (2014).

3.4. Definição dos Períodos do Cartel

Para estimar o sobrepreço faz-se necessário também definir os cenários de pré e pós cartel. Assim, foram abordados diversos períodos para definição da duração do cartel, a partir das informações presentes nos autos do processo.

O primeiro período consiste no marco adotado pelo Cade como o de duração do cartel, que coincide com o período que haveria provas materiais contra os cartelistas, em especial as interceptações telefônicas de contatos entre os principais suspeitos, realizadas pela Polícia Federal entre 16/10/2007 e 23/04/2008, resultando em mandados de busca e apreensão e ordens de prisão temporária (“Operação Mão Invisível”), em 03/07/2008.

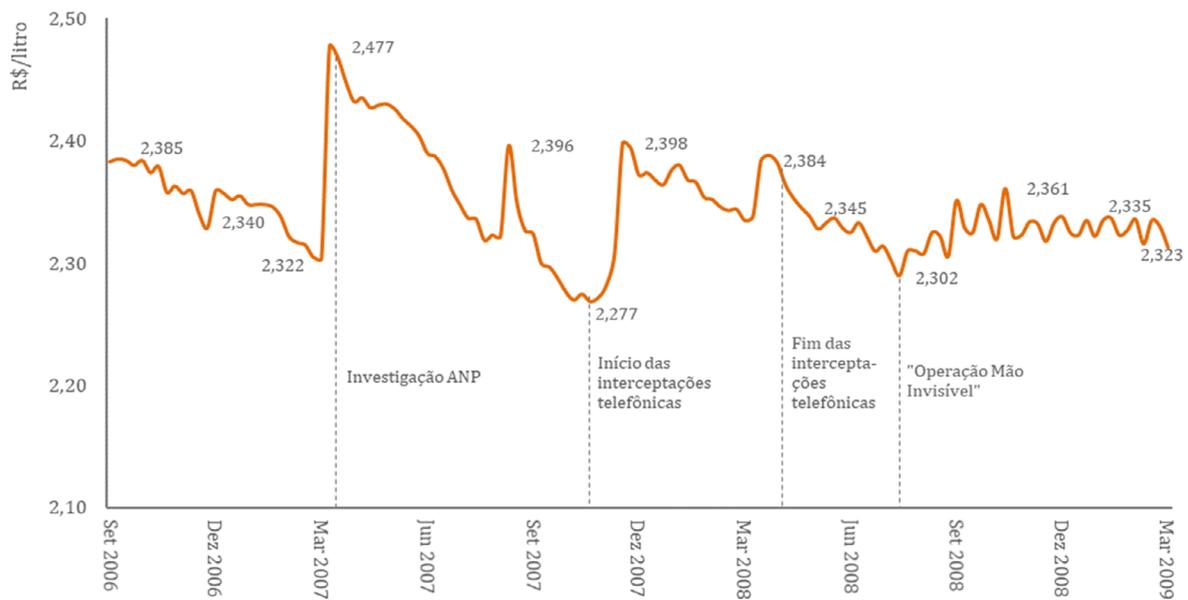
Outro período considera os estudos econômicos da investigação inicial pela ANP que apontaram que, em duas semanas de março de 2007, teria ocorrido uma elevação abrupta dos preços no mercado de revenda de gasolina comum em Belo Horizonte/MG: um aumento nos preços na ordem de 7,5%, em relação aos valores médios na semana de 11 a 17/03/2007 (R\$ 2,477/litro) com os da semana imediatamente anterior (R\$ 2,304/litro).

Assim, esse estudo considerou os seguintes fatos para a definição do período inicial do cartel: *i*) início da investigação da ANP em 11 a 17/03/2007 (evidência econômica) e *ii*) início das investigações

pela Polícia Federal em 16/10/2007; e, para o marco a ser considerado para a desarticulação do conluio: i) o fim das investigações pela Polícia Federal em 23/04/2008 e ii) quando foi deflagrada a chamada “Operação Mão Invisível”, em 03/07/2008.

O Gráfico 1, elaborado a partir dos dados do Painel Dinâmico de Preços de Revenda e Distribuição de Combustíveis da ANP (ANP, 2024), demonstra a evolução dos preços de revenda de gasolina comum no município de Belo Horizonte/MG durante as fases de investigação do cartel.

Gráfico 1 - Série de preço médio semanal de revenda de Gasolina C em Belo Horizonte/MG



Fonte: elaboração própria a partir de ANP (2024).

Percebe-se um aumento na média de preços semanais daquele combustível em março de 2007, chegando ao pico de R\$ 2,47/litro frente aos níveis médios de preço de R\$ 2,35/litro das semanas anteriores.

O outro período de provável início do cartel, que compreende as investigações policiais (marco considerado pelo Cade), também reflete um aumento de preços. Antes do início das interceptações telefônicas, o patamar dos preços da gasolina na região se encontrava próximo a R\$ 2,25/litro, momento em que os donos de postos teriam reclamado que as margens estavam ficando muito baixas e teriam alinhado um aumento de preços (BRASIL, 2019b). Nas semanas seguintes, os preços médios de gasolina comum em Belo Horizonte/MG teriam subido para o patamar de R\$ 2,39/litro, regredindo novamente para o patamar de R\$ 2,30/litro após a execução dos mandados de prisão, busca e apreensão (“Operação Mão Invisível”).

3.5. Base de Dados

Informações relacionadas às características do cartel e sua duração, postos revendedores



que participaram do acordo e seu georreferenciamento puderam ser obtidas junto aos documentos públicos dispostos nos autos do Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 do Cade (BRASIL, 2019a), que continha, inclusive, anexo com dados informados pela ANP envolvendo informações de preços semanais dos combustíveis líquidos entre janeiro de 2005 e dezembro de 2009 pelos postos revendedores situados em Belo Horizonte/MG, Contagem/MG e Betim/MG, bem como planilhas com o volume (quantidade) dos combustíveis comercializados, mensalmente, na região metropolitana de Belo Horizonte, detalhado por posto de revenda de combustível, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2009. Ainda, utilizou-se a base de dados do Sistema de Levantamento de Preços da ANP, que realiza pesquisa de preços semanalmente em postos de combustíveis em diversos municípios, cobrindo todos os estados do país (SÉRIE..., 2024).

Para se estimar o sobrepreço, considerou-se apenas a venda de gasolina comum e etanol, não incluindo os efeitos sobre o preço do óleo diesel, retratando estimativas mais conservadoras, visto que não há provas nos autos do processo administrativo do Cade de ajuste de preços do óleo diesel (BRASIL, 2019b). Ademais, esse combustível tem um consumo muito irregular entre os postos revendedores, o que é retratado ao se analisar a base de dados da ANP para preços semanais de venda do óleo diesel por revendedor, que apresenta número reduzido de observações entre os postos.

Assim, tem-se um painel não balanceado contendo preços semanais de aquisição e venda de gasolina comum e de etanol por postos de revenda em Belo Horizonte/MG, Betim/MG e Contagem/MG, de janeiro de 2005 a dezembro de 2009, com informações sobre a localização geográfica e o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) dos estabelecimentos.

Observou-se uma inexistência de dados de preços de combustíveis de alguns postos para todas as semanas analisadas, uma vez que: *i*) nem todos os estabelecimentos foram consultados nas mesmas semanas pela ANP durante o período, visto que o levantamento de preços é realizado por amostragem¹⁰, e *ii*) alguns postos consultados pela ANP não apresentaram observações de preços de gasolina e/ou etanol em todas as semanas da amostra.

A Tabela 1 apresenta estatísticas descritivas das principais variáveis utilizadas nas estimações do sobrepreço do cartel, sendo: “PV_Gasol” o preço de venda da gasolina, “PC_Gasol” o preço de compra da gasolina, “M_Gasol” a margem do revendedor com a gasolina, “PV_Etanol” o preço de venda do etanol, “PC_Etanol” o preço de compra do etanol e “M_Etanol” a margem do revendedor com o etanol. O intervalo de estimação compreende as semanas de 09/01/2005 a 15/01/2005 até 27/12/2009 a 02/01/2010.

10 A ANP realiza uma pesquisa de preços semanalmente entre os postos de combustíveis em diversos municípios de todos os estados do Brasil, chamada de Levantamento de Preços e de Margens de Comercialização de Combustíveis (LPMCC). Os dados dessa pesquisa consistem, dentre outras informações, em preços de gasolina comum, etanol e diesel por estabelecimento. A pesquisa é realizada pela Agência por meio de visitas por amostragem (MOTTA; RESENDE, 2019).

Tabela 1 - Estatísticas Descritivas das variáveis de preço de gasolina e etanol (2005 - 2009)

	PV_Gasol	PC_Gasol	M_Gasol	PV_Etanol	PC_Etanol	M_Etano
Média	2,301081	2,105943	0,1950649	1,651681	1,477939	0,178002
Desvio Padrão	0,1289097	0,0955407	0,0824465	0,2027818	0,1987513	0,103277
Mínimo	1,698	1,638	-0,1208	1,188	0,7498	-0,51
Máximo	2,899	2,4998	0,7846	2,599	2,287	1,3336
Observações	51.732	41.315	41.315	51.732	37.558	37.558

Fonte: Dados da ANP no Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 do Cade (BRASIL, 2019a). Elaboração própria.

4. RESULTADOS

Nesta seção, são expostos os exercícios realizados para a estimação do sobrepreço do cartel, utilizando diferentes modelos para o método diferenças em diferenças. O estudo adotou múltiplas estratégias, considerando os próprios postos de revenda de combustíveis de Belo Horizonte/MG, Betim/MG e Contagem/MG para a definição do grupo de tratamento e de controle, estimando-se o impacto no preço de venda e na margem do combustível para cada cenário de duração do cartel, como descrito na seção 3.

4.1. Gasolina

4.1.1. Estratégia 1: todos os postos cartelistas

A primeira estratégia do estudo consistiu em considerar um grupo de tratamento mais abrangente, isto é, todos os postos cartelistas da tabela A do Apêndice, adotando como grupo de controle os demais postos da região metropolitana de Belo Horizonte presentes na base de dados da ANP. Os modelos 1 a 6 da tabela 2 compilam as estimativas para o efeito sobre o preço de venda da gasolina e os modelos 7 a 12 da tabela 2 estimam o impacto na margem de revenda desse combustível.



Tabela 2 - Resultado da estratégia 1 - preço de venda da gasolina (2005 - 2009)

Modelo	Variável Dependente: PV_Gasol					
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Cartel_todos	0,01929*** (0,002)	0,02372*** (0,002)	0,02300*** (0,002)	0,02399*** (0,002)	0,02709*** (0,002)	0,02653*** (0,002)
D_mar07	0,05895*** (0,001)					
Sobrepçoço1	0,02220*** (0,003)					
D_mar07_abr08		0,07198*** (0,001)				
Sobrepçoço2		0,01618*** (0,004)				
D_mar07_jul08			0,06760*** (0,001)			
Sobrepçoço3			0,01845*** (0,004)			
D_out07				0,02411*** (0,001)		
Sobrepçoço4				0,01657*** (0,004)		
D_out07_abr08					0,03949*** (0,002)	
Sobrepçoço5					0,01097** (0,006)	
D_out07_jul08						0,03304*** (0,002)
Sobrepçoço6						0,01498*** (0,005)
Constante	2,27095*** (0,001)	2,28215*** (0,001)	2,28113*** (0,001)	2,29009*** (0,001)	2,29460*** (0,001)	2,29415*** (0,001)
Observações	51.732	51.732	51.732	51.732	51.732	51.732
R ²	0,061	0,061	0,059	0,014	0,012	0,012

Nota: *p<0,01 **p<0,01 ***p<0,01

Fonte: Dados da ANP no Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 do Cade (BRASIL, 2019a). Elaboração própria. Desvio-padrão entre parênteses. * Estatisticamente significativa no nível de 10%; ** estatisticamente significativa no nível de 5%; e *** estatisticamente significativa no nível de 1%.

Tabela 3 - Resultado da estratégia 1 - margem da gasolina (2005 - 2009)

Modelo	Variável Dependente: M_Gasol					
	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)	(12)
Cartel_todos	0,01071*** (0,002)	0,01681*** (0,001)	0,01575*** (0,001)	0,01358*** (0,002)	0,01889*** (0,001)	0,01796*** (0,001)
D_mar07	0,03584*** (0,001)					
Sobrepçoço1	0,02782*** (0,003)					
D_mar07_abr08		0,04644*** (0,001)				
Sobrepçoço2		0,01295*** (0,004)				
D_mar07_jul08			0,04417*** (0,001)			
Sobrepçoço3			0,01763*** (0,004)			
D_out07				0,01586*** (0,001)		
Sobrepçoço4				0,03127*** (0,004)		
D_out07_abr08					0,03472*** (0,002)	
Sobrepçoço5					0,01677*** (0,006)	
D_out07_jul08						0,02887*** (0,002)
Sobrepçoço6						0,02535*** (0,005)
Constante	0,17811*** (0,000)	0,18295*** (0,000)	0,18235*** (0,000)	0,18851*** (0,000)	0,19032*** (0,000)	0,19003*** (0,000)
Observações	41.315	41.315	41.315	41.315	41.315	41.315
R ²	0,061	0,062	0,063	0,019	0,019	0,019

Nota: *p<0,01 **p<0,01 ***p<0,01

Fonte: Dados da ANP no Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 do Cade (BRASIL, 2019a). Elaboração própria. Desvio-padrão entre parênteses. * Estatisticamente significativa no nível de 10%; ** estatisticamente significativa no nível de 5%; e *** estatisticamente significativa no nível de 1%.

Nas Tabelas 2 e 3, os resultados que são estatisticamente significantes a 1% apontam para um sobrepreço entre R\$ 0,0149/litro e R\$ 0,0222/litro para o preço de venda da gasolina (modelos 6 e 1) e um aumento entre R\$ 0,0129/litro e R\$ 0,0312/litro na margem desse combustível durante o cartel (modelos 8 e 10).

4.1.2. Estratégia 2: postos condenados pelo Cade e que firmaram TCC

Ao considerar apenas os postos condenados pelo Cade e os que firmaram TCC, no que tange ao preço de venda da gasolina, apenas as estimativas dos modelos 13 e 15 da tabela 4 são estatisticamente significantes ao nível de 1%. Considerando esses dois modelos, pode-se interpretar que o sobrepreço do cartel para o preço da gasolina foi de R\$ 0,0110/litro ao considerar a duração do conluio entre março de 2007 e julho de 2008 ou de R\$ 0,0142/litro ao considerar o período inicial do cartel em março de 2007.

Tabela 4 - Resultado da estratégia 2 - preço de venda da gasolina (2005 - 2009)

Modelo	Variável Dependente: PV_Gasol					
	(13)	(14)	(15)	(16)	(17)	(18)
Cartel_Cond_TCC	0,02704*** (0,003)	0,03079*** (0,002)	0,03008*** (0,002)	0,03146*** (0,003)	0,03351*** (0,002)	0,03301*** (0,002)
D_mar07	0,05938*** (0,001)					
Sobrepreço1	0,01422*** (0,004)					
D_mar07_abr08		0,07240*** (0,001)				
Sobrepreço2		0,00878** (0,004)				
D_mar07_jul08			0,06800*** (0,001)			
Sobrepreço3			0,01106*** (0,004)			
D_out07				0,02485*** (0,001)		
Sobrepreço4				0,00860** (0,004)		
D_out07_abr08					0,04014*** (0,002)	
Sobrepreço5					0,00395 (0,006)	
D_out07_jul08						0,03366*** (0,002)
Sobrepreço6						0,00795 (0,005)
Constante	2,27075*** (0,001)	2,28206*** (0,001)	2,28103*** (0,001)	2,28986*** (0,001)	2,29454*** (0,001)	2,29408*** (0,001)
Observações	50.333	50.333	50.333	50.333	50.333	50.333
R ²	0,061	0,061	0,059	0,015	0,013	0,013

Nota: *p<0,01 **p<0,01 ***p<0,01

Fonte: Dados da ANP no Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 do Cade (BRASIL, 2019a). Elaboração própria. Desvio-padrão entre parênteses. * Estatisticamente significativa no nível de 10%; ** estatisticamente significativa no nível de 5%; e *** estatisticamente significativa no nível de 1%.

Em relação à margem desse combustível, observa-se pela tabela 5 que apenas os modelos 19, 22 e 24 são significativos a 1%, indicando um aumento entre R\$ 0,0160/litro e R\$ 0,0216/litro nessa variável durante o cartel.

Tabela 5 - Resultado da estratégia 2 - margem da gasolina (2005 - 2009)

Modelo	Variável Dependente: M_Gasol					
	(19)	(20)	(21)	(22)	(23)	(24)
Cartel_Cond_TCC	0,02158*** (0,002)	0,02788*** (0,002)	0,02673*** (0,002)	0,02288*** (0,002)	0,02792*** (0,002)	0,02696*** (0,002)
D_mar07	0,03637*** (0,001)					
Sobrepço1	0,01664*** (0,003)					
D_mar07_abr08		0,04738*** (0,001)				
Sobrepço2		0,00114 (0,004)				
D_mar07_jul08			0,04496*** (0,001)			
Sobrepço3			0,00605 (0,004)			
D_out07				0,01631*** (0,001)		
Sobrepço4				0,02165*** (0,004)		
D_out07_abr08					0,03525*** (0,002)	
Sobrepço5					0,00724 (0,006)	
D_out07_jul08						0,02926*** (0,002)
Sobrepço6						0,01601*** (0,005)
Constante	0,17789*** (0,000)	0,18276*** (0,000)	0,18217*** (0,000)	0,18839*** (0,000)	0,19029*** (0,000)	0,18999*** (0,000)
Observações	40.297	40.297	40.297	40.297	40.297	40.297
R ²	0,062	0,065	0,065	0,021	0,023	0,022

Nota: *p<0,01 **p<0,01 ***p<0,01

Fonte: Dados da ANP no Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 do Cade (BRASIL, 2019a). Elaboração própria. Desvio-padrão entre parênteses. * Estatisticamente significativa no nível de 10%; ** estatisticamente significativa no nível de 5%; e *** estatisticamente significativa no nível de 1%.

4.2 Etanol

4.2.1. Estratégia I: todos os postos cartelistas

As mesmas estratégias são aplicadas para o etanol. Primeiramente, ao considerar um grupo de tratamento mais amplo, observou-se um sobrepreço de aproximadamente R\$ 0,0234/litro a R\$ 0,0294/litro para o preço de venda do etanol (modelos 28 e 25 da tabela 6), sendo todas as estimativas dos modelos estatisticamente significantes no nível de 1%.



Tabela 6 - Resultado da estratégia 1 - preço de venda do etanol (2005 -2009)

Variável Dependente: PV_Etanol						
Modelo	(25)	(26)	(27)	(28)	(29)	(30)
Cartel_todos	0,01649*** (0,004)	0,02187*** (0,003)	0,02119*** (0,003)	0,01937*** (0,003)	0,02424*** (0,003)	0,02361** (0,003)
D_mar07	0,12879*** (0,002)					
Sobrepreço1	0,02944*** (0,005)					
D_mar07_abr08		0,07168*** (0,002)				
Sobrepreço2		0,02689*** (0,006)				
D_mar07_jul08			0,08297*** (0,002)			
Sobrepreço3			0,02827*** (0,006)			
D_out07				0,13593*** (0,002)		
Sobrepreço4				0,02349*** (0,004)		
D_out07_abr08					0,13115*** (0,002)	
Sobrepreço5					0,02450*** (0,007)	
D_out07_jul08						0,13243** (0,002)
Sobrepreço6						0,02529** (0,006)
Constante	1,70724*** (0,001)	1,66421*** (0,001)	1,66907*** (0,001)	1,69191*** (0,001)	1,65918*** (0,001)	1,66314** (0,001)
Observações	51.732	51.732	51.732	51.732	51.732	51.732
R ²	0,098	0,022	0,031	0,096	0,032	0,042

Nota: *p<0,01 **p<0,01 ***p<0,01

Fonte: Dados da ANP no Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 do Cade (BRASIL, 2019a). Elaboração própria. Desvio-padrão entre parênteses. * Estatisticamente significativa no nível de 10%; ** estatisticamente significativa no nível de 5%; e *** estatisticamente significativa no nível de 1%.

Para a margem do etanol, observou-se que todos os modelos são significativos e representam um impacto positivo sobre a margem do etanol de aproximadamente R\$ 0,0189/litro a R\$ 0,0339/litro (modelos 32 e 34 da tabela 7), a depender do período considerado para o cartel.

Tabela 7 - Resultado da estratégia 1 - margem do etanol (2005 - 2009)

Variável Dependente: M_Etanol						
Modelo	(31)	(32)	(33)	(34)	(35)	(36)
Cartel_todos	0,01271*** (0,002)	0,01968*** (0,002)	0,01894*** (0,002)	0,01616*** (0,002)	0,02156*** (0,002)	0,02099*** (0,002)
D_mar07	0,02563*** (0,001)					
Sobrepreço1	0,03154*** (0,003)					
D_mar07_abr08		0,01118*** (0,001)				
Sobrepreço2		0,01891*** (0,004)				
D_mar07_jul08			0,01377*** (0,001)			
Sobrepreço3			0,02075*** (0,004)			
D_out07				0,02529*** (0,001)		
Sobrepreço4				0,03396*** (0,004)		
D_out07_abr08					0,01167*** (0,002)	
Sobrepreço5					0,02660*** (0,006)	
D_out07_jul08						0,01593*** (0,002)
Sobrepreço6						0,02764*** (0,005)
Constante	0,16444*** (0,001)	0,17291*** (0,001)	0,17200*** (0,001)	0,16818*** (0,001)	0,17447*** (0,001)	0,17375*** (0,001)
Observações	37.558	37.558	37.558	37.558	37.558	37.558
R ²	0,026	0,008	0,010	0,022	0,007	0,009

Nota: *p<0,01 **p<0,01 ***p<0,01

Fonte: Dados da ANP no Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 do Cade (BRASIL, 2019a). Elaboração própria. Desvio-padrão entre parênteses. * Estatisticamente significativa no nível de 10%; ** estatisticamente significativa no nível de 5%; e *** estatisticamente significativa no nível de 1%.

4.2.2. Estratégia 2: Postos condenados pelo Cade e que firmaram TCC

A segunda estratégia também apresentou resultados semelhantes. Ao considerar no grupo de tratamento apenas os postos condenados pelo Cade e que fizeram TCC, observa-se que apenas o modelo 41 da tabela 8 não é estatisticamente significativa a 1%. Os demais modelos apontam para um sobrepreço entre R\$ 0,0157/litro e R\$ 0,0234/litro, conforme tabela 8 a seguir:



Tabela 8 - Resultado da estratégia 2 - preço de venda do etanol (2005 - 2009)

Variável Dependente: PV_Etanol						
Modelo	(37)	(38)	(39)	(40)	(41)	(42)
Cartel_Cond_TCC	0,02270*** (0,005)	0,02920*** (0,004)	0,02832*** (0,004)	0,02706*** (0,004)	0,03186*** (0,003)	0,03115*** (0,003)
D_mar07	-0,12909*** (0,002)					
Sobrepreço1	0,02340*** (0,006)					
D_mar07_abr08		-0,07157*** (0,002)				
Sobrepreço2		0,01948*** (0,006)				
D_mar07_jul08			-0,08301*** (0,002)			
Sobrepreço3			0,02118*** (0,006)			
D_out07				-0,13585*** (0,002)		
Sobrepreço4				0,01576*** (0,005)		
D_out07_abr08					-0,13038*** (0,002)	
Sobrepreço5					0,01616** (0,007)	
D_out07_jul08						-0,13204** (0,002)
Sobrepreço6						0,01741** (0,006)
Constante	1,70737*** (0,001)	1,66418*** (0,001)	1,66908*** (0,001)	1,69188*** (0,001)	1,65912*** (0,001)	1,66310*** (0,001)
Observações	50.333	50.333	50.33	50.333	50.333	50.333
R ²	0,099	0,022	0,032	0,097	0,032	0,043

Nota: *p<0,01 **p<0,01 ***p<0,01

Fonte: Dados da ANP no Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 do Cade (BRASIL, 2019a). Elaboração própria. Desvio-padrão entre parênteses. * Estatisticamente significativa no nível de 10%; ** estatisticamente significativa no nível de 5%; e *** estatisticamente significativa no nível de 1%.

Em relação à margem do etanol, nota-se que apenas os modelos 44 e 45 da tabela 9 não apresentaram estimativas significantes a 1%. Os demais modelos indicam um impacto positivo de aproximadamente R\$ 0,0157/litro a R\$ 0,0227/litro sobre a margem do etanol durante o cartel.

Tabela 9 - Resultado da estratégia 2 - margem do etanol (2005 - 2009)

Variável Dependente: M_Etanol						
Modelo	(43)	(44)	(45)	(46)	(47)	(48)
Cartel_Cond_TCC	0,02548*** (0,002)	0,03185*** (0,002)	0,03125*** (0,002)	0,02709*** (0,002)	0,03208*** (0,002)	0,03159*** (0,002)
D_mar07	0,02620*** (0,001)					
Sobrepção1	0,01844*** (0,003)					
D_mar07_abr08		0,01193*** (0,001)				
Sobrepção2		0,00615 (0,004)				
D_mar07_jul08			0,01436*** (0,001)			
Sobrepção3			0,00800** (0,004)			
D_out07				0,02569*** (0,001)		
Sobrepção4				0,02275*** (0,004)		
D_out07_abr08					0,01208*** (0,002)	
Sobrepção5					0,01570*** (0,006)	
D_out07_jul08						0,01605*** (0,002)
Sobrepção6						0,01692*** (0,005)
Constante	0,16420*** (0,001)	0,17275*** (0,001)	0,17186*** (0,001)	0,16807*** (0,001)	0,17444*** (0,001)	0,17374*** (0,001)
Observações	36.624	36.624	36.624	36.624	36.624	36.624
R ²	0,027	0,011	0,013	0,024	0,010	0,012

Nota: *p<0,01 **p<0,01 ***p<0,01

Fonte: Dados da ANP no Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 do Cade (BRASIL, 2019a). Elaboração própria. Desvio-padrão entre parênteses. * Estatisticamente significativa no nível de 10%; ** estatisticamente significativa no nível de 5%; e *** estatisticamente significativa no nível de 1%.

4.3. Testes de Robustez

Para efeito de robustez da análise, dentro da primeira estratégia, foram aplicados outros modelos que consideram um grupo de controle reduzido. Para tanto, retirou-se da base de dados aqueles postos localizados nos mesmos bairros do grupo de tratamento, mantendo na base os postos cartelistas. As estatísticas também indicaram um sobrepreço durante o cartel ao reduzir o grupo de controle, sendo muito próximas das estimativas encontradas nos modelos anteriores.

Na segunda estratégia, a fim de tornar os resultados mais robustos, realizaram-se estimações controlando por variáveis *dummies* de tempo (mês e ano) e de município (Belo Horizonte, Betim e Contagem), controlando as características fixas de cada município (considerando que o mercado relevante na dimensão geográfica abrange separadamente esses municípios), seguindo Roth *et al.*



(2023) e Hjort e Poulsen (2019)¹¹.

As estimativas confirmam os resultados observados anteriormente. Considerando os modelos estatisticamente significantes no nível de 1%, estimou-se um aumento de R\$ 0,0087/litro no preço de venda da gasolina e um aumento de R\$ 0,0150/litro a R\$ 0,0215/litro na margem de revenda desse combustível, durante o período do cartel.

Também se observaram resultados de sobrepreço similares aos dos demais modelos no caso do etanol. Considerando os resultados estatisticamente significantes no nível de 1%, estimou-se um aumento entre R\$ 0,0149/litro e R\$ 0,0153/litro no preço de venda do etanol e um aumento entre R\$ 0,0162/litro e R\$ 0,0219/litro na margem desse combustível, durante o período do cartel.

As estimativas dos testes de robustez também confirmam os resultados observados anteriormente, indicando um aumento no preço de venda e na margem da gasolina e do etanol, durante o período do cartel.

4.4. Síntese dos Resultados

A tabela 10 compila a média de todas as estimativas encontradas para cada variável de preço em todos os modelos do estudo. Observou-se que o preço de venda da gasolina, aumentou em média aproximadamente R\$ 0,0119/litro (ou em 0,52%¹²) durante o período do cartel, considerando uma média dos modelos. Já a margem da gasolina teve um aumento médio de aproximadamente R\$ 0,0162/litro (ou de 8,52%). Para o etanol, observou-se que os modelos resultaram também em um impacto positivo sobre os preços: um aumento médio de R\$ 0,0211/litro (ou de 1,53%) no seu preço de venda e um aumento de R\$ 0,0204/litro (ou de 15,4 %) na sua margem.

11 Roth *et al.* (2023), em uma abordagem sobre os avanços do método diferenças em diferenças, relatam a recente utilização de efeitos fixos na estimação de modelos econométricos. Segundo os autores, os estimadores alternativos para análises com variação no tempo de tratamento buscam solucionar o viés causado pelos efeitos heterogêneos do tratamento. Hjort e Poulsen (2019), por sua vez, ao estudar os efeitos da banda larga no emprego em países africanos aplicou no modelo efeitos fixos locais e outros fatores temporais que interferem nas taxas de emprego.

12 Também foram testados modelos que utilizam o logaritmo das variáveis de preço de venda e de margem ao invés do valor absoluto do preço do combustível, a fim de medir os efeitos relativos das variáveis independentes, na linha do estudo de Laitenberger e Smuda (2013).

Tabela 10 - Média dos Modelos

Modelo DiD	PV_Gasol	Log_PV_Gasol	M_Gasol	Log_M_Gasol	PV_Etanol	Log_PV_Etanol	M_Etanol	Log_M_Etanol
D_mar07	0,0165	0,0074	0,0216	0,1051	0,0244	0,0176	0,0245	0,1569
D_mar07_abr08	0,0115	0,0048	0,0063	0,0204	0,0219	0,0150	0,0118	0,1142
D_mar07_jul08	0,0137	0,0059	0,0112	0,0520	0,0231	0,0163	0,0138	0,1311
D_out07	0,0117	0,0052	0,0262	0,1369	0,0182	0,0135	0,0302	0,1513
D_out07_abr08	0,0069	0,0029	0,0115	0,0594	0,0194	0,0138	0,0205	0,1424
D_out07_jul08	0,0108	0,0047	0,0202	0,1172	0,0199	0,0148	0,0219	0,1642
Média Todos	0,0119	0,0052	0,0162	0,0818	0,0211	0,0152	0,0204	0,1433

Fonte: Dados da ANP no Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 do Cade (BRASIL, 2019a). Elaboração própria. Desvio-padrão entre parênteses. * Estatisticamente significativa no nível de 10%; ** estatisticamente significativa no nível de 5%; e *** estatisticamente significativa no nível de 1%.

A média dos resultados de uma gama de modelos estimados representa uma solução ao caso concreto em que existem diversas estimativas para uma mesma variável (o valor do sobrepreço), aproveitando as diferentes informações disponíveis. A escolha de um modelo único, que incorpore todas as possibilidades, é, muitas vezes, de difícil implementação, assim, a média de modelos diferentes cria uma forma de modelo “unificado”, pois se baseia em todas as abordagens estimadas (OXERA, 2009). Dessa forma, este estudo optou pelo uso de um conjunto de estimativas produzidas por diferentes modelos para se ter maior segurança de sua adequação.¹³

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo realizar estimativas para o sobrepreço gerado pelo cartel de combustíveis em Belo Horizonte/MG, condenado pelo Cade em 2019. A partir de informações contidas no processo administrativo do referido caso, adotaram-se múltiplas estratégias de estimação do impacto causado pelo cartel no preço de venda da gasolina e do etanol e na margem de revenda desses dois combustíveis.

Percebeu-se que, a depender da metodologia considerada e das estratégias utilizadas para escolha do contrafactual, as estimativas de sobrepreço podem variar bastante, o que gera incertezas sobre qual procedimento utilizar em análises de casos concretos de condenação de cartéis. Por essa razão, uma aplicação da média dos resultados de gama de modelos por métodos mais consistentes como o *diff-in-diff*, juntamente com análises de robustez, pode dar maior confiabilidade à estimativa

¹³ Essa abordagem também pode ser vista na literatura que estuda os determinantes do crescimento econômico. Por exemplo, a proposta de Sala-i-Martin (1997) foi fazer a análise de toda a distribuição dos coeficientes estimados trabalhando com o conceito de média de modelos. No Brasil, Resende (2011) também aplicou tal conceito para investigar os determinantes do crescimento econômico regional brasileiro.

de sobrepreço utilizada em casos concretos (BRASIL, 2016a)¹⁴.

Assim, considerando todos os modelos estimados observou-se um sobrepreço médio de aproximadamente R\$ 0,0119/litro (ou em 0,52%) para a gasolina e de aproximadamente R\$ 0,0211/litro (ou de 1,53%) para o etanol. É importante notar que, embora tais estimativas pareçam pouco representativas, percebeu-se um aumento na margem de revenda desses combustíveis ao longo do período do cartel, o que indica uma articulação do cartel no intuito de manter as margens elevadas. Como se pode observar, o impacto médio na margem dos dois combustíveis foi positivo, sendo de R\$ 0,0162/litro (ou de 8,52%) para a gasolina e de R\$ 0,0204/litro (ou de 15,4%) para o etanol.

Outra dificuldade que se impõe na estimação do sobrepreço remete à definição do período inicial do cartel e/ou da sua duração, uma vez que nem sempre o período de produção de provas coincide com o período do cartel, podendo acarretar resultados subestimados de sobrepreço. Necessário, portanto, considerar as características inerentes de cada caso, bem como a qualidade e disponibilidade dos dados para o cálculo do sobrepreço, que, por sua vez, representa apenas uma das etapas para se estimar os danos causados pelo cartel e a vantagem auferida pelos participantes.

Assim, de maneira complementar, tentou-se estimar o prejuízo sofrido por terceiros em decorrência do cartel analisado neste estudo. Considerando apenas o caso da gasolina comum e levando em conta os dados da ANP no processo administrativo contendo informações sobre a quantidade comercializada desse combustível mensalmente na região metropolitana de Belo Horizonte, entre 2007 e 2009, estimou-se o valor médio do dano gerado com a venda de gasolina¹⁵. Tal cálculo demonstrou um dano de aproximadamente R\$ R\$ 5.260.086,00 (atualizado pela Selic da sentença). Considerando o sobrepreço médio na margem da gasolina, tem-se que os cartelistas auferiram indevidamente o montante de aproximadamente R\$ 7.160.790,00 durante o cartel.

Ainda que seja um exercício preliminar de se comparar o valor das multas impostas pelo Cade nesse cartel com os danos ocasionados pelo ilícito e, conseqüentemente, avaliar o poder dissuasório da penalidade, as estimativas sugerem que a Autoridade Antitruste aplicou sanções com a finalidade de inibir futuras práticas anticompetitivas, ainda que não tenha considerado os efeitos gerados pelo cartel, mas sim o critério do faturamento no ano anterior à instauração do processo¹⁶.

Importante ressaltar, no entanto, que essa representação do dano dada pela multiplicação da quantidade vendida pelos participantes do cartel pela estimativa do sobrepreço, usualmente aplicada nos casos concretos, só é válida em uma situação de demanda perfeitamente inelástica, o que não é o caso do cartel objeto de análise neste estudo. Tal premissa econômica é necessária para garantir o poder de mercado exercido pelo cartel e o repasse integral do sobrepreço aos consumidores,

14 O Cade, em Brasil (2016a), trouxe alguns pontos metodológicos e econômicos do cálculo de dano realizado pela ex-conselheira do Cade Cristiane Alkmin no Processo Administrativo nº 08012.002568/2005 ("Cartel de GLP no Pará"). O estudo concluiu que, de acordo com a literatura empírica, a solução das médias dos valores dos diversos métodos e modelos é geralmente a mais apropriada e robusta, considerando as inúmeras formas de calcular o sobrepreço, bem como reduzindo os vieses existentes nos modelos individuais.

15 Considerou-se no cálculo o volume (em litros) de gasolina comum vendido durante o período (2007 a 2009) pelas distribuidoras para os postos cartelistas condenados pelo Cade e que firmaram TCC. Sob a premissa de que todo o volume comprado foi revendido pelos postos, multiplicou-se o volume total (233.875.160 litros) pelo sobrepreço da gasolina obtido pela média de todos os modelos desse estudo (R\$ 0,0119/litro). Por fim, para fins comparativos, atualizou-se o valor do dano pela taxa Selic da sentença do Cade (multiplicou-se o valor estimado do dano por 1,89).

16 O Tribunal Administrativo do Cade aplicou ao todo multas na ordem de R\$ 156,9 milhões aos Representados pela prática de condutas ilícitas e anticompetitivas.

considerando um modelo de Cournot¹⁷. Vale ressaltar que, diferentemente de cartéis no setor privado (como no mercado de combustíveis), cartéis em licitações públicas aceitam essa forma de cálculo do dano, pois assume-se que a demanda não se altera com o cartel.

Dessa forma, é necessário sopesar em cada caso o custo-benefício de se estimar os danos do cartel para fins de dissuasão, esforço que representa o conjunto de penalidades sofridas pelo infrator, aplicadas por diferentes órgãos com base em uma mesma conduta.

Por fim, ainda que nas decisões antitruste seja um desafio estimar o sobrepreço e os danos gerados pelo cartel, o trabalho pode contribuir academicamente com o debate de dosimetria dos cálculos das multas em cartéis, ao fornecer uma proxy do sobrepreço, elemento essencial para se estimar a vantagem auferida ou para ser usado como critério para agravantes e atenuantes das penas aplicadas pelo Cade, bem como para o cálculo nas ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC) na esfera cível. Importante ressaltar também a relevância de estudos de estimação de sobrepreço em cartéis nacionais, auxiliando na mensuração do benefício de atuação da autoridade antitruste e do poder judiciário ou servindo como referencial para as futuras atuações de política de defesa da concorrência.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Nathalie Gressler; FÉRES, José. Cartel damage evaluation: a case study of the liquefied petroleum gas sector in Pará, Brazil. In: ENCONTRO DA ANPEC, 45., 2017, Natal. **Anais [...]**. Natal: Anpec, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/28jchsjh>. Acesso em: 10 jan. 2024.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). **Preços de combustíveis, derivados de petróleo e biodiesel: painel dinâmico**. Brasília, DF: ANP, 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/yajwdyzp>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BARROS, Alerrandre. População estimada do país chega a 213,3 milhões de habitantes em 2021. **Agência IBGE Notícias**, Rio de Janeiro, 30 set. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/26fj7nvj>. Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Dosimetria de Multas de Cartel**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2aygkrb3>. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota nº 34/2016/DEE/CADE**. Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016a. Disponível em: <https://tinyurl.com/2co7gn42>. Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019a. Disponível em: <https://tinyurl.com/2alfmgqa>. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Varejo de Gasolina**: Cadernos do Cade.

17 Em um modelo de Cournot, os agentes do mercado competem entre si em termos da quantidade ofertada do produto, havendo uma relação inversa entre a elasticidade da demanda e o poder de mercado, ou seja: quanto mais sensível for a demanda a um aumento de preços, menor o poder de mercado de cada agente econômico (BRASIL, 2018).



Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2014. DOI: <https://doi.org/10.52896/dee.cc1.014>. Disponível em: <https://tinyurl.com/24dhyhs8>. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto da Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt**. Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016b. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dp7hqfh>. Acesso em: 10 jan 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende. Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019b. Disponível em: <https://tinyurl.com/2247c7h7>. Acesso em: 10 jan. 2024.

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://tinyurl.com/2o94bhj2>. Acesso em: 16 abr. 2024.

BRASIL. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. **Cálculo de danos em cartéis**: Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos: Manual Advocacia da Concorrência. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xle8pjj>. Acesso em: 10 jan. 2024.

CARRASCO, Vinicius; MELLO, João Manuel Pinho de; RIGATO, Rodolfo. O Cartel dos Gases Medicinais: Análise Econômica e Cômputo de Sobrepreço. In: MATTOS, Cesar (org.). **A Revolução Antitruste no Brasil: A Era dos Cartéis**. São Paulo: Singular, 2018. p. 197-210.

CLARK, Robert; HOUDE, Jean-François. Collusion with Asymmetric Retailers: Evidence from a Gasoline Price-Fixing Case. **American Economic Journal: Microeconomics**, Pittsburgh, v. 5, n. 3, p. 97-123, 2013. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/43189632>. Acesso em: 10 jan. 2024.

CONNOR, John M.; BOLOTOVA, Yuliya. Cartel overcharges: Survey and meta-analysis. **International Journal of Industrial Organization**, [S. l.], v. 24, n. 6, p. 1109-1137, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2006.04.003>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2a4dzta4>. Acesso em: 20 abr. 2024.

CONNOR, John. M. Forensic economics: an introduction with special emphasis on price fixing. **Journal of Competition Law & Economics**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 31-59, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhm022>. Disponível em: <https://tinyurl.com/27urg4pb>. Acesso em: 20 abr. 2024.

CONNOR, John. M. **Price-fixing overcharges**: revised 3rd edition. Washington: American Antitrust Institute: 2014. Technical Report. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dyukvoy>. Acesso em: 20 abr. 2024.

CONNOR, John. M. **What can we learn from the ADM global price conspiracies?** Utah: Department of Agricultural Economics, 1998. Staff Papers, n. 98-14. DOI: 10.22004/ag.econ.260226. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xl2myax>. Acesso em: 20 abr. 2024.

CUIABANO, Simone Maciel. **Avaliação de Política de Concorrência**: Estimação de Danos no Cartel de Postos de Gasolina em Londrina: Documentos de Trabalho nº 002/2018. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/267h69fs>. Acesso em: 10 jan. 2024.

DAVIS, Peter; GARCÉS, Eliana. **Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis**.

Princeton: Princeton University Press, 2010.

ERUTKU, Can; HILDEBRAND, Vincent A. Conspiracy at the Pump. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 53, n. 1, p. 223-237, 2010. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/597761>. Acesso em: 10 jan. 2024.

HJORT, Jonas; POULSEN, Jonas. The Arrival of Fast Internet and Employment in Africa. **American Economic Review**, Pittsburgh, v. 109, n. 3, p. 1032-1079, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/yxm6vygl>. Acesso em: 10 jan. 2024.

INDERST, Roman; MAIER-RIGAUD, Frank; SCHWALBE, Ulrich. Umbrella Effects. **Journal of Competition Law & Economics**, [S. l.], v. 10, n. 3, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/283wb8ec>. Acesso em: 10 jan. 2024.

IVALDI, Marc; KHIMICH, Aleksandra; JENNY, Frédéric. **Measuring the economic effect of cartels in developing countries**: Final report. [S. l.]: CEPR PEDL, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/25q92kce>. Acesso em: 10 jan. 2024.

LAITENBERGER, Ulrich; SMUDA, Florian. Estimating consumer damages in cartel cases. **Journal of Competition Law & Economics**, [S. l.], p. 955-973, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/25q92kce>. Acesso em: 10 jan. 2024.

LANDE, Robert H.; CONNOR, John M. How high do cartels raise prices? Implications for optimal cartel fines. **Tulane Law Review**, New Orleans, v. 80, n. 2, p. 513-539, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ar6komb>. Acesso em: 10 jan. 2024.

LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. **Prevenção Ótima de Cartéis**: O Caso dos Peróxidos no Brasil: Documento de Trabalho nº 002/2016. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bu2em8y>. Acesso em: 10 jan. 2024.

MAIER-RIGAUD, Frank P.; SUDARIC, Slobodan. The Difference-in-Differences Approach in the Estimation of Cartel Damage. **CPI Antitrust Chronicle**, [S. l.], v. 3, n. 1, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3402439>. Acesso em: 10 jan. 2024.

MOTTA, Lucas Varjão; RESENDE, Guilherme Mendes. **Mensurando os benefícios de combate a cartéis**: o caso do cartel de combustíveis no Distrito Federal: Documento de Trabalho nº 004/2019. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/28f8l2w2>. Acesso em: 10 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência**: Brasil: 2019. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ymp2gxm>. Acesso em: 10 jan. 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions**. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/22z3ha6x>. Acesso em: 10 jan. 2024.

OXERA CONSULTING LTD. **Quantifying antitrust damages**: Towards non-binding guidance for courts: Study prepared for the European Commission. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2b29vjb5>. Acesso em: 10 jan. 2024.

RESENDE, Guilherme Mendes. Multiple dimensions of regional economic growth: The Brazilian



case, 1991–2000. **Papers in Regional Science**, [S. l.], v. 90, n. 3, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/244em7ar>. Acesso em: 10 jan. 2024.

RESENDE, Guilherme Mendes; MOTTA, Lucas Varjão; LIMA, Ricardo Carvalho de Andrade. **Mensurando os benefícios de combate à cartéis: o caso do cartel de britas**: Documento de Trabalho nº 001/2019. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2754o6nj>. Acesso em: 10 jan. 2024.

ROTH, Jonathan; SANT'ANNA, Pedro H. C.; BILINSKI, Alyssa; POE, John. What's trending in difference-in-differences? A synthesis of the recent econometrics literature. **Journal of Econometrics**, [S. l.], v. 235, n. 2, p. 2218-2244, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jeconom.2023.03.008>. Disponível em: <https://tinyurl.com/224wclgy>. Acesso em: 10 jan. 2024.

SALA-I-MARTIN, Xavier X. I Just Ran Two Million Regressions. **The American Economic Review**, v. 87, n. 2, p. 178-183, 1997. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yyg3wap>. Acesso em: 20 jan. 2024.

SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Crime e castigo: cartel no Brasil, estimando o dano. In: MATTOS, Cesar (org.). **A Revolução Antitruste no Brasil: A Era dos Cartéis**. São Paulo: Singular, 2018. p. 31-62.

SEIXAS, Renato Nunes de Lima; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Computing Cartel Overcharges: when theory meets practice. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 49, n. 3, p. 569-599, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/0101-41614935rsc>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2435y9fj>. Acesso em: 20 abr. 2024.

SÉRIE histórica do levantamento de preços. **Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis**, Brasília, 24 maio 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/ygubdzqx>. Acesso em: 2- abr. 2024.

TSAY, Wen-Jen. Estimating cartel damages with model averaging approaches. **International Review of Law and Economics**, [S. l.], v. 68, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/285cgtqo>. Acesso em: 12 abr. 2024.

WOOLDRIDGE, Jeffrey M. **Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data**. Cambridge: The MIT Press, 2002.

APÊNDICE

Tabela A - Lista dos postos cartelistas

Nome do Posto	CNPJ	Código*	Bairro
Mendonça & Cia Ltda. - Posto Boa Vista	18.281.757/0009-06	1	Boa Vista
Mendonça & Cia Ltda. - Posto Camões	18.286.757/0005-82	1	Jardim Atlântico
Mendonça & Cia Ltda. - Posto Fazenda Velha	18.286.757/0003-10	1	Cidade Nova
Mendonça & Cia Ltda. - Posto Miramar	18.286.757/0010-40	1	Miramar
Posto Alto Sion Ltda.	07.736.201/0001-09	1	Mangabeiras
Posto Brilhante Ltda.	25.822.974/0001-81	1	Água Branca
Posto Campos Ltda. E Posto França - Posto Pica Pau	17.408.691/0001-60	1	Barraca
Posto Cassino Ltda.	02.777.387/0001-12	1	Santo Agostinho
Posto Castelo Nuevo Ltda.	22.208.540/0001-06	1	Parque Novo Progresso
Posto CM Ltda.	04.825.376/0001-96	1	União
Posto Delma - Delma Comércio de Combustíveis Ltda.	19.568.294/0001-80	1	Letícia
Posto Dona Clara - Comercial Dona Clara Ltda.	04.825.376/0001-96	1	União
Posto Floramar Ltda.	20.159.968/0001-72	1	Floramar
Posto Fórum Ltda.	02.879.461/0001-01	1	Fonte Grande
Posto Hugo Werneck Ltda.	25.723.479/0001-15	1	Carmo Sion
Posto Inter Oil - E.A. França Comercial Ltda.	03.249.077/0001-98	1	Santa Lúcia
Posto Jardim das Oliveiras Ltda.	86.433.463/0001-62	1	Jardim Bandeirantes
Posto Jéssica Ltda.	00.150.462/0001-95	1	Calafate
Posto Maria Amélia Ltda.	20.358.271/0001-20	1	São Bernardo
Posto Mario Werneck Ltda.	03.665.115/0001-93	1	Dona Clara
Posto Nova Contagem Ltda.	21.877.899/0001-03	1	Industrial Santa Rita
Posto Petrobel Ltda. - Posto Xuá II	17.594.821/0001-04	1	Funcionários
Posto Raja - Raja Auto Serviço Ltda.	03.400.469/0001-06	1	São Bento
Posto Santa Bárbara Ltda.	17.387.408/0001-60	1	Funcionários
Posto Santa Lucia Ltda.	17.280.959/0001-20	1	Santa Lúcia
Posto Vilarinho Ltda.	20.160.024/0001-15	1	Venda Nova
W.R. Simone Comercial Ltda.	03.193.318/0001-24	1	Estoril
CCA Comercial de Combustíveis Automotivos Ltda.	64.438.708/0001-01	2	Inconfidentes
Organizações Novo Belvedere Ltda.	02.898.537/0001-46	2	Belvedere
Posto Mangabeiras Ltda.	42.969.048/0001-52	2	Mangabeiras
Posto Aeroporto Ltda.	16.665.259/0001-91	2	São Luiz
Posto Bunitis Ltda.	71.281.786/0001-00	2	Estoril
Posto de Combustível Lubrimil Ltda.	42.999.250/0001-27	2	Dom Bosco
Posto Grajaú Ltda.	20.828.299/0001-84	2	São Pedro
Posto Mustang Ltda.	17.333.899/0001-67	2	Santo Antônio
Posto Ouro Fino Ltda.	17.353.756/0001-17	2	Cruzeiro
Posto Parada Obrigatória Ltda.	71.233.852/0001-77	2	Pompéia

Fonte: Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64/Cade.

*Legenda: 1 - Postos condenados pelo Cade; 2 - Postos que firmaram TCC com o Cade; 3 - Postos que tiveram o processo arquivado pelo Cade; 4 - Posto que o Tribunal Administrativo do Cade decidiu pela abertura de Processo Administrativo.



4

ABUSO DE PODER REGULATÓRIO E AS CONSULTAS PÚBLICAS DA FRENTE INTENSIVA DE AVALIAÇÃO REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL - FIARC¹

*Abuse of regulatory power and public
consultations of the Intensive Front for
Regulatory and Competition Assessment – FIARC*

Rômulo Hannig Gonçalves da Silva²

University of Colorado – Boulder/CO, Estados Unidos

Carneiros Advogados – Brasília/DF, Brasil

Amanda Athayde³

Universidade de Brasília (UnB), Pinheiro Neto Advogados – Brasília/DF, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: analisar em que medida as consultas públicas em abuso de poder regulatório conduzidas pela FIARC contribuem para a promoção da advocacia da concorrência por meio da fiscalização das condutas anticoncorrenciais previstas no art. 4º da Lei nº 13.874/2019.

Método: recorreu-se às contribuições da doutrina nacional e internacional e à legislação pátria para analisar os casos concretos divulgados pela FIARC até 01/12/2023.

Conclusões: identificou-se que as consultas públicas são positivas, na medida em que criam canais independentes e externos que possibilitam a discussão e o aprimoramento da regulação das atividades econômicas. Contudo, a aplicabilidade das soluções encontradas pela FIARC esbarra na ausência de vinculação e obrigatoriedade da recomendação.

Palavras-chave: abuso de poder regulatório; consultas públicas; lei de liberdade econômica; direito e

Editor responsável: Prof. Dr. Víctor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 01/04/2023 **Aceito em:** 28/05/2024 **Publicado em:** 19/06/2024

2 Doutorando em Political Science and Government pela University of Colorado (EUA), possui MBA em Direito e Regulação do Setor Elétrico e pós-graduação em Direito Administrativo pelo IDP. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Atua com contencioso administrativo e cível, com foco em Direito Concorrencial, Regulação e Infraestrutura. Compõe a Diretoria Executiva do Grupo de Estudos em Direito e Economia (GEDE/UnB).

E-mail: romulohannig@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8385562923038927>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3208-0493>

3 É Ph.D. em Direito Comercial pela USP, professora, advogada, consultora jurídica e escritora de diversos livros e artigos nas áreas de Direito Empresarial, Concorrencial e Econômico. De 2013 a 2017, atuou como chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste, referente a casos de cartel.

E-mail: profa.amanda.athayde@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3657244167587179>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8557-9204>

economia; agências reguladoras; regulação.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: to analyze the extent to which public consultations on abuse of regulatory power related to the FIARC have contributed to the promotion of competition advocacy through the inspection of anti-competitive conducts provided for in Art. 4 of Law No. 13.874/2019.

Objective: describe the impact of the main features of the metaverse on traditional tools of antitrust and consumer protection policy and the need to use behavior economics tools.

Method: contributions from national and international doctrine, as well as national legislation, were used to analyze the three cases disclosed by FIARC until December 1st, 2023.

Keywords: abuse of regulatory power; public consultations; economic freedom law; law & economics; regulatory agencies; regulation.

Classificação JEL: H11; H23; K20; K21; K23; K42; Z18.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Consultas públicas em abuso de poder regulatório na experiência internacional*; 3. *As consultas em abuso de poder regulatório na legislação brasileira*; 3.1. *As condutas que caracterizam o abuso de poder regulatório*; 3.2. *A instauração das audiências públicas em abuso de poder regulatório pela FIARC*; 4. *As consultas públicas em abuso de poder regulatório na doutrina brasileira*; 5. *Análise das consultas em abuso de poder regulatório na experiência brasileira*; 5.1 *Sindiporto vs. Normatização do AFRMM*; 5.2. *Buser Brasil Tecnologia Ltda vs. Decreto nº 2.521/98 da ANTT, et al*; 5.3. *Usuport vs. Resolução Normativa ANTAQ nº 34/19*; 6. *Considerações finais; Referências*.

1. INTRODUÇÃO

Sob a constatação de que o “Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo”, fora implantado no País o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, com vistas a reduzir a amplitude da crise fiscal existente e a aprimorar a prestação dos serviços públicos básicos (BRASIL, 1995, p. 9).

Buscou-se empregar uma série de reformas que fossem capazes de substituir o aparelho do Estado executor – responsável por assumir os riscos de financiamento, centralização e direcionamento da economia (MAZZUCATO, 2014, p. 19; 41–42) –, pelo Estado regulador, fundamentado na livre iniciativa e na subsidiariedade de intervenção do poder público no domínio econômico (conforme art. 1º, inciso IV, art. 170, parágrafo único, art. 173 e art. 174 da Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

Desse modo, a política de liberalização fora acompanhada pelos instrumentos de **regulação estatal** e, em que pese seu conceito possa variar de acordo com as técnicas e as escolhas políticas e



ideológicas empregadas, de modo geral pode-se compreendê-la como:

[...] o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis (ARAGÃO, 2013, p. 40).

Esta escolha pelo Estado regulador consiste na premissa de que, embora não possa atender todas as demandas sociais, o Estado é a entidade legitimada para transigir, fiscalizar, estabelecer metas, regras de conformidade, corrigir as imperfeições de mercado e, com isso, gerar um cenário seguro para os investimentos (SUNDFELD, 2008, p. 93).

Vislumbra-se na figura do regulador a concepção de órgão administrativo altamente especializado, imune aos interesses políticos, apto não só a atuar com discricionariedade técnica para alocar os recursos com maior eficiência, bem como para harmonizar o princípio fundamental da livre iniciativa com os ganhos de natureza social (MAJONE, 1994, p. 10).

É de se questionar, no entanto, se a intervenção estatal no domínio econômico fora de fato subsidiária ao longo das últimas quatro décadas, uma vez que a experiência prática acusa algumas distorções. Também não há de se olvidar que a concepção de órgão regulador imune aos interesses políticos apresenta fragilidades e, não raro, as “falhas de mercado” são substituídas pelas “falhas de governo”. Como estas são amparadas pelo monopólio de coerção estatal e pelo pressuposto de que há legitimidade e singularidade no interesse público, são potencialmente mais danosas (OLIVEIRA, 2021).

Sendo assim, para evitar excessos regulatórios e reduzir o déficit de competitividade brasileiro em âmbito internacional, editou-se a Lei nº 13.874/2019, a qual instituiu no ordenamento jurídico a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica (LLE) (BRASIL, 2019d).

A referida norma previu, em seu art. 4º, a criação do **ilícito do abuso de poder regulatório** – um conjunto de práticas pelas quais o Estado, no exercício de seu poder de regular, promove efeitos danosos à concorrência e, ao invés de proteger os bens tutelados, cria mecanismos de distorção da ordem econômica.

Diante desse panorama, a fim de melhor compreender os desdobramentos que as mudanças introduzidas pela LLE têm provocado no ordenamento jurídico, a presente pesquisa analisará em que medida o programa da Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (FIARC)⁴ tem auxiliado na promoção dos objetivos da norma.

Para tanto, utilizar-se-á de revisão bibliográfica, da análise dos cinco casos concretos divulgados pela SEPRAC até 01/12/2023, de exame normativo e doutrinário e de ferramentas do direito comparado, para responder o seguinte questionamento: “de que modo o atual quadro jurídico e doutrinário brasileiro sobre consultas públicas em abuso de poder regulatório permitem alcançar

⁴ Durante o período investigado, a FIARC integrava a estrutura da extinta Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Economia (SEAE), cujas funções estão atualmente integradas à Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) do atual Ministério da Fazenda (MF).

os resultados almejados pela Lei de Liberdade Econômica?”.

A **hipótese preliminar**, que poderá se demonstrar ou não verdadeira, é a de que, apesar de positivas, as consultas públicas em abuso de poder regulatório ainda não têm repercussões imediatas, visto que as recomendações do Ministério da Economia/ Fazenda são desprovidas de cogência e, por vezes, faz-se necessária a judicialização de diversas matérias.

Inicialmente, demonstrar-se-á como as consultas públicas em abuso de poder regulatório são conduzidas no cenário internacional, apontando algumas particularidades brasileiras. Posteriormente, aprofundar-se-á acerca das disposições legais e doutrinárias nacionais. Na sequência, serão analisados os cinco primeiros pareceres elaborados pela FIARC (PARECERES..., 2021). Por fim, será feita uma análise a respeito das principais impressões constatadas pela pesquisa.

2. CONSULTAS PÚBLICAS EM ABUSO DE PODER REGULATÓRIO NA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

De início, explica-se que a tipificação do abuso de poder regulatório, de que trata o art. 4º da LLE, é algo muito particular ao ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual não é comum encontrar nos diplomas normativos e na literatura estrangeira a nomenclatura “consulta pública em abuso de poder regulatório”.

A opção do legislador pátrio por referida nomenclatura provavelmente se deu em virtude dos esforços engendrados para aprimorar o que North (2018, p. 13) define como cultura regulatória. Em síntese, o autor leciona que as instituições (normas escritas e comportamentais) são transmitidas de geração em geração, sendo fruto de trocas culturais que ligam o passado, o presente e o futuro. A eficiência institucional, portanto, está diretamente atrelada à capacidade das instituições de averiguar falhas e desvios e estabelecer padrões de correção na **justa medida ao fim necessário**.

Ao estabelecer a figura do “abuso de poder regulatório”, o art. 4º da LLE busca aprofundar o movimento de melhoria de eficiência e de reforma das instituições que compõem o aparelho do Estado, iniciado em 2018 com as alterações introduzidas à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (art. 20 e seguintes) e à Lei nº 13.848/2019⁵. Dessa vez, tipificando condutas que caracterizam excessos dos órgãos reguladores.

O que se nota em todas essas leis é o intento de estabelecer princípios normativos mais claros, visando a adequação do regulador, das normas infralegais, das decisões administrativas e judiciais ao caráter consequencialista que a regulação exerce sobre a concorrência, os setores regulados e a vida dos cidadãos brasileiros.

Independentemente da nomenclatura utilizada, uma análise holística do tema denota que as audiências públicas em abuso de poder regulatório são apenas mais um dos instrumentos que possibilitam que a SEPRAC exerça a sua atribuição institucional de advocacia da concorrência, calcando-se nas contribuições e oitivas de reguladores, grupos técnicos, especialistas e, claro, dos agentes privados que atuam em setores regulados.

Isso exposto, se esclarece que, não obstante a doutrina e os órgãos internacionais utilizem

5 Popularmente conhecida como a Lei das Agências Reguladoras (BRASIL, 2019c).



nomenclaturas e abordagens distintas, quando se estuda o teor das audiências públicas em abuso de poder regulatório, constata-se que este é um fenômeno de controle social sobre o exercício regulamentar estatal bastante comum em países democráticos.

Aliás, essa é uma das razões pelas quais a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) desenvolveu o Guia para Avaliação de Concorrência. Nele constam ferramentas, diretrizes técnicas e parâmetros que facilitam que os interessados troquem informações e definam estratégias regulatórias.

Dentre as contribuições do Guia, aponta-se a necessidade de se observar indícios que apontam que a regulação estatal é restritiva à competitividade, especialmente quando ela é capaz de: i) limitar o número ou a variedade de empresas em um setor; ii) limitar a capacidade das empresas competirem entre si; iii) reduzir os incentivos à competição; e iv) limitar o leque de escolhas e informações disponíveis ao consumidor (OECD, 2019, p. 15).

Assim sendo, com fundamento nas boas práticas internacionais, a OCDE recomenda que a regulação não deve restringir a concorrência a não ser que: i) os benefícios da restrição em prol da sociedade sobreponham os custos regulatórios; e ii) os objetivos da regulação só possam ser alcançados por meio da restrição da competitividade.

Extraí-se do Guia que o tensionamento entre concorrência e regulação não é exclusividade brasileira. Nos EUA e na Europa discute-se há mais de duas décadas o **déficit democrático** do processo de formulação de políticas regulatórias. Críticos apontam falta de transparência, de participação pública efetiva, de mecanismos adequados de *accountability* e o **uso abusivo da discricionariedade técnica** das agências (MAJONE, 1999, p. 21).

Isto é, se por um lado o distanciamento da arena política é necessário para que as agências atuem de forma técnica, apartadas das pressões de agentes públicos e privados que visam a capturar e moldar a regulação para atender exclusivamente às suas demandas, por outro, em se tratando de instituições que não estão diretamente submetidas ao crivo dos eleitores, sua legitimidade é, na melhor das hipóteses, indireta (STIGLER, 1971, p. 4).

Desse modo, instrumentos processuais e de direito material voltados ao melhor **controle social das agências reguladoras** têm sido discutidos ao longo das últimas décadas. Conforme Baldwin, Cave e Lodge (2011), verifica-se, a partir de 1980, um fenômeno de busca por regulações menos restritivas e punitivistas, baseadas em incentivos capazes de substituir a tradicional regulação por comando e controle, verticalmente imposta pelo Estado:

so-called 'command and control' was the traditional starting point of both regulators and regulatory scholars in the 1960s and 1970s, but by the 1980s, the deficiencies of such systems were outlined in numerous studies (Breyer, 1982) and calls were made for the introduction of 'less restrictive' and 'incentive-based' controls (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2011).

Nos EUA, em 1995, a Federal Trade Commission (FTC) (HEARINGS..., 2019) iniciou movimento muito similar ao adotado hoje pela FIARC através das *Hearings on Competition and Consumer Protection*. Assim, passou a utilizar ferramentas alternativas aos decretos federais que pretendiam, sem muito sucesso, obrigar as autoridades reguladoras estaduais a adotar mecanismos regulatórios

pró-competitividade⁶⁻⁷.

A partir de então, notaram que técnicas de cooperação e convencimento, materializadas pelo exercício da advocacia da concorrência, são mais efetivas para a redução de custos regulatórios do que os longos processos litigiosos, que giram em torno de conflitos de competência travados entre a união e os estados (MURIS; PITOFISKY, 2005).

Desde então, a FTC propõe-se a garantir a modernização de políticas de competitividade do mercado americano sem que isso implique em custos privados ou em processos governamentais desnecessários. Uma das formas encontradas pela FTC para viabilizar o diálogo com as agências reguladoras estaduais consiste justamente na realização, de tempos em tempos, de consultas públicas.

São convidados para tais consultas líderes empresariais, economistas, juristas, reguladores e demais agentes interessados em discutir problemas da política regulatória, com o propósito de i) elaborar relatórios de sugestão de melhorias tanto para as regulações e leis em fase de elaboração (*ex ante*) quanto para as já existentes (*ex post*); ii) atuar na posição de *amicus curiae* perante os Tribunais; iii) dialogar e prover consultas informais a legisladores; e iv) promover *workshops* e audiências públicas.

No mesmo sentido, em países europeus, como a Polônia, são realizadas audiências públicas para verificar se as normas editadas pelas agências estão em conformidade com os propósitos de seus respectivos estatutos, as leis e a constituição daquele país. Como geralmente as autarquias, apesar de independentes, estão em algum grau ligadas ao poder executivo, trata-se de um aparente uso das audiências e consultas públicas para exercer controle social das atividades regulatórias por elas exercido (MIKULI; KUCA, 2016, p. 3).

Outro ponto de destaque, seja no cenário nacional ou internacional, é de que o tensionamento entre regulação e concorrência escala na medida em que surgem modelos de negócios disruptivos que gozam de apreço junto aos consumidores, mas deparam-se com obstáculos regulatórios pré-existent.

Isso porque os avanços computacionais e tecnológicos, o acesso às redes de telecomunicação e à *internet*, os quais potencializam o alcance de novos mercados e revolucionam constantemente os setores regulados, desafiam a regulação por comando e controle e demandam cada vez mais contato com as autoridades públicas.

Se antes entendia-se que o processo legislativo é moroso e caberia às agências reguladoras acompanhar de maneira mais célere o dia a dia dos setores regulados, hoje constata-se que o modelo tradicional tampouco é capaz de acompanhar as inovações que exigem respostas mais céleres do que o regulador é capaz de fornecer.

Ao positivar inúmeras questões, muitas vezes atreladas aos modelos de negócios das empresas incumbentes, a regulação funciona como vetor de entrave à inovação e à concorrência, ao

6 O trabalho da FTC é reforçado pelo trabalho coordenado entre o *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*, *American Department of Justice (DOJ)*, os quais, em conjunto, concentram seus esforços na avaliação estrutural das regulações estaduais e federais, na defesa dos princípios da concorrência propondo, inclusive, a revisão de normas e a publicação de relatórios com performance concorrencial dos setores regulados.

7 APEC-OECD, U.S. Response to APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform. 2006.



invés de impulsioná-las por meio de segurança jurídica. Em tal cenário, a postura restritiva-legalista produz enfrentamentos entre as regras positivadas e as soluções disruptivas, ensejando em várias práticas que o art. 4º da LLE tipifica como abusivas.

Visando a não engessar o sistema regulatório, a evitar a sua obsolescência e a não inviabilizar a inovação propiciada pelos modelos de negócios disruptivos, a experiência internacional demonstra o uso de consultas públicas para a instituição dos denominados *sandboxes* regulatórios – ambientes de (des)regulação experimental.

Estes ecossistemas consistem na construção da agenda regulatória com base em contribuições obtidas junto aos *players* interessados. A oitiva de especialistas e regulados permite identificar barreiras à concorrência. Assim, as inovações disruptivas são lançadas, testadas e avaliadas pelos reguladores em ambientes controlados, com isenção do cumprimento de determinadas regulações (ou da adoção de regras mais flexíveis).

Abre-se mão, temporariamente, de instrumentos convencionais da regulação por comando e controle, como tarifas, restrições à entrada e à saída, controle da universalização e da qualidade (GIAMBIAGI; ALÉM, 2011, p. 407). Tal postura possibilita que as autoridades **evitem práticas regulatórias abusivas**.

A partir não apenas da base teórica, mas também da experimentação, avalia-se se é o caso de privilegiar o status quo ou a inovação. Dessa forma, o regime de *sandbox* garante certa margem de segurança ao investidor sobre apostar ou não em uma proposta. Em levantamento intitulado “*Key Data from Regulatory Sandboxes across the Globe*”, o Banco Mundial demonstrou que, em 2020, os *sandboxes* já eram utilizados em pelo menos 73 projetos implementados em mais de 57 países, entre eles o Brasil (KEY..., 2020).

No Reino Unido, a prática é adotada desde 2016 pelo setor financeiro e já se espalhou para os setores de energia elétrica, transporte e gás. Em 2021, por exemplo, os britânicos abriram a consulta pública “*Future of transport regulatory review: regulatory sandboxes*” a fim de identificar, dentre outras coisas, como o uso da tecnologia pode revolucionar o setor de transportes e quais normas precisam ser revisadas para promover segurança jurídica e inovação.

Na Holanda, foram implementados *sandboxes* nas áreas de crescimento sustentável (ROSEMBERG *et al.*, 2020). Esses exemplos de mecanismos utilizados pelas autoridades reguladoras britânicas e holandesas muito se assemelham aos objetivos da FIARC e às práticas sugeridas pela SEPRAC para a promoção da advocacia da concorrência.

Não obstante as garantias e procedimentos de controle social da regulação possam variar conforme o desenho institucional de cada país – em alguns casos sendo objeto de avaliação interno das próprias agências reguladoras e em outros por órgãos de controle externo –, percebe-se que, em maior ou menor grau, eles estão presentes em diversos ordenamentos jurídicos que almejam garantir a eficácia e a legitimidade das normas editadas.

Diante do exposto no presente capítulo, nota-se que a visão de processo regulatório que vigorava até a década de 1970, que enquadrava a regulação como atos de pura discricionariedade do poder público, hoje encontra-se antiquada, razão pela qual autoridades reguladoras do mundo todo trabalham para revesti-la de roupagem inclusiva e participativa.

3. AS CONSULTAS EM ABUSO DE PODER REGULATÓRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1. As condutas que caracterizam o abuso de poder regulatório

Antes de compreender o propósito das consultas públicas em abuso de poder regulatório no Brasil é necessário, em primeiro lugar, verificar as práticas que o art. 4º da Lei de Liberdade Econômica e que a Instrução Normativa (IN) nº 97/2020 do Ministério da Economia (BRASIL, 2020c) tipificam como abusivas.

Dentre elas, encontram-se regulações com enunciados e dispositivos que: (i) promovem reserva de mercado; (ii) são anticoncorrenciais; ou (iii) anti-inovação; (iv) especificação técnica desnecessária aos fins almejados; (v) elevam artificialmente custos ou demandas; (vi) limitam a livre formação de sociedades empresariais ou atividades econômicas; (vii) restringem a publicidade; e (viii) exigem indevidamente atos do poder público.

Em sua análise, a FIARC utiliza-se também da IN ME nº 111/2020. Nela estão contidos os parâmetros de referência para que se busque o aperfeiçoamento da regulação, visto que seu art. 2º distribui e classifica os custos regulatórios em cinco categorias: (i) complexidade regulatória; (ii) requerimentos técnicos; (iii) licenciamento; (iv) obrigações regulatórias; e (v) custos regulatórios. No anexo 1 da IN nº 111/2020 consta uma série de questionamentos que não só auxiliam a FIARC na condução de sua análise, como estabelece o padrão pró-concorrência que deve ser verificado em cada um dos quesitos (BRASIL, 2020b).

3.2. A instauração das audiências públicas em abuso de poder regulatório pela FIARC

A FIARC foi instituída pela IN nº 97/2020 (BRASIL, 2020c) para procedimentalizar a competência prevista no art. 19, VIII, da Lei nº 12.529/11⁸. Dentre os objetivos institucionais da FIARC estão o aprimoramento de normas infralegais que abordam questões de natureza concorrencial e regulatória, especialmente no que tange a evitar o abuso de que trata o art. 4º da Lei de Liberdade Econômica (LLE). Para tanto, a FIARC é revestida de autoridade para apurar denúncias a respeito de normas infralegais dotadas de caráter anticompetitivo.

Em síntese, o art. 13 da IN nº 97/2020 estabelece que serão instauradas investigações com fundamento em: i) encaminhamentos do Programa de Melhoria Contínua de Competitividade, nos quais devem constar indicação específica dos dispositivos violados tanto na IN 97/2020 quanto na LLE; ii) requerimentos oriundos de termos de cooperação ou declarações conjuntas da SEPRAC ou ME/MF com entidades ou associações constituídas legalmente sem fins lucrativos, entidades ou associações acadêmicas, órgãos, entes ou representantes de nações parceiras, especialistas reconhecidos, órgãos ou entidades da administração pública ou demais poderes; iii) de ofício pela própria SEPRAC como resultado de requerimento de informação encaminhado pelo Congresso Nacional (BRASIL, 2020c).

8 Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte: VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo (BRASIL, 2011).

Nota-se que os legitimados para a submissão das denúncias de abuso de poder regulatório podem ser pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, de modo que as consultas públicas subsidiam a construção de entendimento da FIARC. Recebida a denúncia, o órgão ou entidade da administração pública federal, municipal, estadual ou distrital responsável pelo ato normativo é oficiado sobre a instauração do procedimento e convidado a se manifestar de forma preliminar em até 15 dias, prorrogáveis uma única vez por igual período de tempo.

Em seguida, com ou sem a manifestação do órgão, a denúncia é encaminhada ao juízo de admissibilidade e é deferido o processo de análise daquelas que atendem aos critérios não exaustivos de: (a) relevância e interesse público; (b) cujas provas encaminhadas revelem potencial impacto concorrencial relevante; e (c) conveniência e oportunidade.

Uma vez admitida a denúncia, inicia-se a fase de coleta de subsídios, requisição de documentos, audiências públicas e debate com os agentes interessados no setor, sendo que, findada a análise, a FIARC tem entre 120 e 240 dias para elaborar parecer de mérito a respeito do ato impugnado o qual, ao fim, o classifica em um sistema de bandeiras:

Figura 1 - Selo de concorrência por sistema de bandeiras FIARC



Fonte: elaboração própria a partir de IN ME/SEAE nº 97/2020.

Quando a FIARC identifica violações explícitas ao art. 4º da LLE, a SEPRAC encaminha parecer à Advocacia-Geral da União (AGU) para que se analise a constitucionalidade, legalidade e juridicidade do ato normativo impugnado (art. 18, §3º). Em seguida, o subsecretário da SEPRAC tem a prerrogativa de propor acordo de cooperação técnica com órgão responsável pelo ato questionado, além de prestar apoio na elaboração de plano de providências (art. 18, §4º).

A seguir serão analisados estudos pretéritos e contribuições da doutrina nacional que anteviam a necessidade da condução de consultas públicas em abuso de poder regulatório.

4. AS CONSULTAS PÚBLICAS EM ABUSO DE PODER REGULATÓRIO NA DOCTRINA BRASILEIRA

Em 2015 foi divulgado o estudo “Advocacia da concorrência: propostas com base nas experiências brasileira e internacional” pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Nele analisaram-se os estímulos à advocacia da concorrência que culminaram na edição da Lei nº 12.529/2011.

Deu-se especial atenção às estruturas e às competências da SEPRAC e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Sob a perspectiva do direito internacional comparado, apurou-se que a OCDE e a International Competition Network (ICN) não recomendam que as decisões tomadas por autoridades da advocacia da concorrência sejam necessariamente vinculantes, posto que isso concentraria muitos poderes nesses órgãos.

Referido acúmulo de competências poderia causar efeito inverso ao desejado e estimular questionamentos acerca da legitimidade de atos de *enforcement* emitidos por agências reguladoras. Em contraposição à regulação por comando e controle e à judicialização, o estudo demonstrou que algumas ferramentas adotadas em outros países poderiam aprimorar a advocacia da concorrência exercida pela SEPRAC.

Dentre elas, sugeriu-se: (a) a **criação de procedimento** que possibilite a participação de agentes econômicos privados nos debates governamentais; (b) que, com base em alguns parâmetros pré-definidos, se garanta a discricionariedade da Secretaria de atuar ou não em referido procedimento; (c) estabelecer hipóteses em que órgãos legislativos e executivos, de todas as esferas, devem obrigatoriamente consultar a SEPRAC; (d) que, os pareceres da SEPRAC não devem ser cogentes, mas devem ser motivadamente respondidos pelos órgãos reguladores oficiados; (e) que, em regra, deve adotar-se a publicidade; e (g) que a SEPRAC monitore a implementação das recomendações que realiza, avaliando a sua efetividade.

Esse tipo de procedimento permite à SEPRAC expandir o escopo de atuação da advocacia da concorrência, na medida em que possibilita a substituição de regulações lícitas e restritivas por regulações igualmente lícitas e responsivas (JORDÃO, 2009, p. 137–138). Ademais, incentiva a adoção de postura mais ativa, com elevação de ganhos sociais, visto que um de seus principais desafios é a atuação reativa à provocação de terceiros, e.g. Cade e Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), para a resolução de questões pontuais.

É sabido que a advocacia da concorrência pode ser fragmentada em ao menos duas frentes ativas: i) aquela exercida junto ao poder público; e ii) aquela exercida junto aos agentes econômicos e a sociedade (KNYAZEVA, 2013, p. 280–287).

Na primeira frente, a SEPRAC pode adotar estratégia semelhante à utilizada pela FTC (EUA), no sentido de convencer e esclarecer os reguladores acerca do caráter consequencialista da regulação, propondo medidas de estímulo à livre concorrência, alternativas ao protecionismo conferido a certos *players*. Para tanto, há instrumentos como audiências públicas conjuntas, participação no processo legiferante e regulatório e de intercâmbio de informações (KNYAZEVA, 2013, p. 285).

Na segunda frente, a SEPRAC pode atuar para conscientizar os agentes econômicos e a sociedade acerca dos benefícios proporcionados pela livre concorrência e do potencial danoso de



certos atos emanados das autoridades governamentais. Para tanto, pode promover eventos públicos (conferências, seminários, relatórios oficiais, artigos), relatórios e pesquisas setoriais, parcerias com universidades para criar programas institucionais (com participação de professores, juizes, advogados e outros especialistas), elaborar relatórios para parlamentares e representantes do governo (KNYAZEVA, 2013, p. 285).

Do exposto, denota-se que a criação da FIARC materializa várias das sugestões que a doutrina aponta como necessárias à promoção da advocacia da concorrência. Isto porque, ao abrir canal de denúncias para que agentes privados questionem atos normativos infralegais, a Secretaria atua, a um só tempo, nas duas frentes de estratégias sugeridas: i) promove canal de diálogo entre reguladores e regulados; ii) emite pareceres e recomendações não cogentes, conscientizando os agentes interessados acerca dos ganhos e prejuízos provocados pelas normas questionadas; e iii) quando necessário, provoca a AGU a fim de que esta verifique questões de legalidade e inconstitucionalidade.

5. ANÁLISE DAS CONSULTAS EM ABUSO DE PODER REGULATÓRIO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

No presente capítulo será apresentado um breve panorama acerca das cinco primeiras consultas públicas realizadas pela FIARC, nas quais avaliou-se potenciais onerosidades regulatórias ou efeitos anticoncorrenciais das normas questionadas. Além de contextualizar o leitor, serão demonstrados os encaminhamentos e resultados obtidos pela Frente.

5.1. Sindiporto vs. Normatização do Adicional sobre o Frete para Renovação da Marinha Mercante - AFRMM

Em 23/12/2021, o Sindicato Nacional das Empresas de Navegação de Apoio Portuário (Sindiporto) apresentou requerimento de abertura de consulta pública à FIARC para questionar possível abuso de poder regulatório presente nos Decretos nºs 5.269/2004 (BRASIL, 2004a) e 5.543/2005 (BRASIL, 2005). O requerente alegou a necessidade de saneamento de **assimetria concorrencial no mercado de navegação de apoio portuário** que possibilita a utilização transversal de recursos provenientes das contas vinculadas em atividades distintas de seu fato gerador. Explica-se.

O AFRMM tem suas origens no Plano de Metas elaborado pelo Governo de Juscelino Kubitschek – que criou medidas de apoio e incentivo ao desenvolvimento de diversos setores, dentre eles o da navegação. Atualmente, nos termos do art. 3º da Lei nº 10.893/2004, o AFRMM é um tributo de natureza parafiscal – contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) – que compõe a fonte primária do Fundo da Marinha Mercante (FMM) (BRASIL, 2004b). Seu recolhimento tem por finalidade o **desenvolvimento da marinha mercante, a reparação e construção naval brasileiras**.

A referida Lei disciplina que o fato gerador do AFRMM é o **“início efetivo da operação de descarregamento da embarcação em porto brasileiro”** (art. 4º), que incide sobre o frete (art. 5º), sendo que seu contribuinte é o destinatário ou o proprietário da mercadoria (vide art. 10º, caput e §2º).

Conforme sintetiza o art. 17 da Lei nº 10.893/2004, a arrecadação do AFRMM deve ser distribuída:

ao i) FMM; ii) à empresa brasileira de navegação (EBN); ou iii) a uma conta especial (BRASIL, 2004b). Os critérios que estabelecem o destino do AFRMM recolhido estão atrelados ao tipo de navegação (fluvial, lacustre, cabotagem ou longo curso); ao registro da embarcação; e à nacionalidade da empresa (brasileira ou estrangeira). Os percentuais de alocação, por sua vez, variam entre 50%, 83% e 100%, conforme a categoria da empresa.

Estima-se que o FMM apresentou, de 2011 a 2021, uma carteira de crédito anual média de R\$ 19,5 bilhões (BNDES, 2022). Em março de 2022 esse valor representava R\$ 20 bilhões – cerca de 98% destes investidos em projetos cuja finalidade era a aquisição/construção de embarcações e 2% destinados à reforma/ construção de estaleiros.

Os recursos provenientes do AFRMM que são depositados nas contas vinculadas podem ser utilizados para a **aquisição e reformas de embarcações** em um prazo de até 3 anos (art. 21 da Lei nº 10.893/2004) (BRASIL, 2004b) e são distribuídos conforme as participações das empresas no mercado (art. 6º do Decreto nº 5.543/2005) (BRASIL, 2005).

A principal **vantagem das contas vinculadas** frente ao FMM e às contas especiais é que seus recursos são acessados sem que haja a necessidade de reembolso, de pagamento de juros ou a exigência de garantias. Ademais, não há a obrigatoriedade de que as EBNs apliquem os recursos nos mesmos setores em que o AFRMM é recolhido, de maneira que os recursos que deveriam incentivar a cabotagem, a navegação de interior e longo curso, são, não raro, aplicados em outros setores (e.g. apoio marítimo e portuário), provocando disparidades de instrumentos concorrenciais entre as empresas que atuam na prestação de transportes hidroviários.

A FIARC avaliou que a legislação vigente desconsidera a eficiência e concentra o mercado em torno das empresas subvencionadas, que ganham vantagem competitiva de acesso a recursos a fundo perdido frente aos seus concorrentes – submetidos a maiores encargos. Ademais, beneficia as empresas incumbentes que possuem maior participação setorial, desencorajando entrantes a contestar o poder de mercado das empresas já estabelecidas.

Não obstante o programa Br do Mar, instituído pela Lei nº 14.301/2022 para estimular a cabotagem no País, tenha limitado a aplicação dos recursos provenientes das contas vinculadas aos mercados em que foram captados, não disciplinou a respeito dos recursos já arrecadados. Assim, a FIARC aduz que a utilização transversal dos recursos não gera incentivos para a transferência da redução de custos aos consumidores, além de limitar seu bem-estar e escolha a um número reduzido de fornecedores. Estima que nos últimos 10 anos o uso não oneroso das contas vinculadas soma, em valores de 2021, custos da ordem de R\$ 160,5 milhões à sociedade.

Diante do exposto, o relatório da FIARC classificou, em 2021, o caso como **bandeira vermelha**. Sugeriu representação formal ao Ministério da Infraestrutura e aos demais gestores do FMM no sentido de alterar os normativos para: i) vedar a utilização do saldo dos recursos das contas vinculadas não utilizados até a data de uma nova alteração normativa, transferindo-os para o FMM; e ii) aprovar nova legislação a fim de extinguir as contas vinculadas. De forma complementar, sugeriu-se que o MinInfra elaborasse uma avaliação *ex post* dos efeitos do uso do AFRMM para averiguar sua efetividade, e encaminhou parecer à AGU a fim de avaliar a compatibilidade dos dispositivos do AFRMM com a Lei de Liberdade Econômica.



5.2. Buser Brasil Tecnologia Ltda vs. Decreto nº 2.521/98 da ANTT, et al

A Buser apresentou requerimento de abertura de consulta pública à FIARC em 25/11/2020 para questionar o caráter anticoncorrencial da **regra de circuito fechado** imposta ao transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros (TRIP) sob o regime de fretamento, conforme disposição do Decreto nº 2.521/1998 (BRASIL, 1998) e das Resoluções da Agência Nacional de Transportes terrestres (ANTT) nº 4770/2015 e nº 4777/2015 (BRASIL, 2015a; 2015b).

Conforme o art. 3º, XI, do referido Decreto, o fretamento eventual ou turístico é “o serviço prestado [por autorizatária]⁹ à pessoa ou a um grupo de pessoas, em circuito fechado, com emissão de nota fiscal e lista de pessoas transportadas [...]”. Diz-se circuito fechado porque a relação de passageiros presentes na lista de ida e volta encaminhada à ANTT deve ser exatamente a mesma.

Em síntese, a requerente¹⁰ alegou que a regulação vigente afronta diversos dispositivos da LLE e das instruções normativas da SEPRAC, visto que teria o condão de i) restringir a forma pela qual o agente privado presta a sua atividade; ii) restringir a liberdade de escolha e de contratação do usuário; e iii) gerar ociosidade de frota e de mão-de-obra.

Defensores da regra do circuito fechado afirmam que se trata de mecanismo essencial à manutenção dos prestadores do serviço tradicional de TRIP, visto que estes possuem obrigações de regularidade, regime tributário, de disposição de frota mínima e de operação mais onerosos do que os prestadores sob o regime de fretamento. Argumentam que a diferenciação entre os dois regimes se ancora na assimetria regulatória, razão pela qual a regra deve ser mantida. Uma vez extinta, os serviços passariam a ter características complementares e de substitutos próximos.

Assim sendo, a prestação em circuito aberto sem obrigações de cunho social representaria prática predatória de mercado, provocando distorções econômico-concorrenciais que ameaçam o direito constitucional ao transporte. Entendem que haveria incentivos para a migração dos prestadores do regime regular para o de fretamento, já que os encargos e deveres são menores nesta segunda modalidade.

De maneira distinta, os opositores à regra do circuito fechado sustentam que se trata de restrição regulatória que afronta a liberdade econômica propiciada por tecnologias disruptivas e que não está prevista em lei (*stricto sensu*). A Buser arrazoa que atua como plataforma intermediadora de passageiros e de empresas que recolhem imposto sobre serviços (ISS), são regularizadas e atendem todos os parâmetros de segurança exigidos pela ANTT. Assim, a regra do regime fechado ensejaria no fechamento do mercado, na limitação de poder de escolha do consumidor, além de ter efeitos negativos sobre o desenvolvimento do turismo.

A ANTT, por seu turno, reconhece que não é desejável a manutenção do circuito fechado, mas afirma que deve se submeter às disposições do Decreto nº 2.521/1998 (BRASIL, 1998). Assim, segue atuando e apreendendo veículos de prestadores que operam em circuito aberto.

9 O Decreto nº 10.157/2019 dispensa a realização de procedimento licitatório prévio (BRASIL, 2019b) e foi julgado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no bojo da ADI nº 6.270/DF.

10 A atuação da Buser tem sido alvo de diversas ações judiciais, as quais dividem os tribunais brasileiros. Há aqueles que entendem que se trata de tecnologia inovadora que não representa risco aos usuários e não provoca práticas comerciais irregulares ou desleais. No entanto, outros apontam violação ao sistema de circuito fechado e desamparo legal (HIGIDO, 2022).

Seguindo a doutrina internacional e as melhores práticas indicadas pela OCDE, a FIARC elenca que a desregulamentação poderia reduzir barreiras à entrada e fortalecer o modal rodoviário frente às ferrovias e às companhias aéreas. Isso seria possível porque, em um ambiente competitivo, as empresas tendem a especializar seus serviços, oferecendo leitos mais confortáveis, acesso à *internet* e outros atrativos que interessem aos consumidores. Podem prestar também serviços menos sedutores a preços mais baixos.

A experiência nos EUA evidencia que a flexibilização dos normativos, que produziram especialmente o modelo de transporte *curbside adotado em Chinatown*¹¹, bem como a liberdade para abrir e fechar rotas com base em alguns parâmetros sistêmicos que não provoquem barreiras de entrada ou de saída, podem estimular estratégias concorrenciais entre as empresas para atuar em linhas e rotas ainda não exploradas.

A FIARC considera que as normas infralegais brasileiras impedem que as empresas de fretamento alcancem mercados que vão além dos nichos de fretamento eventual ou turístico, pois limitam: i) o número e variedade de fornecedores; ii) a concorrência entre as empresas; e iii) as opções dos clientes e as informações disponíveis. Estima-se que o circuito fechado no transporte rodoviário gera um custo regulatório anual de R\$ 1.055.457.535,00.

Expressa que o impasse não é concorrencial, mas regulatório. Como solução, sugere reformular dispositivos para: reduzir o capital social mínimo exigido de entrantes; permitir a utilização de microônibus e de diferentes formas de comprovar frota, inclusive por meio de arrendamento da frota de terceiros autorizados pela ANTT; alterar de 12 meses para 1 mês o tempo mínimo de permanência no mercado; permitir a emissão de bilhetes digitais etc.

O parecer conclui que medidas de incentivo à modernização do mercado devem incrementar a competição dos segmentos de transporte regular de passageiros e de fretamento colaborativo, elevando os ganhos de bem-estar dos consumidores. Contudo, alerta que os prestadores de TRIP por fretamento devem submeter-se às mesmas obrigações dos prestadores regulares, a fim de mitigar a assimetria regulatória.

Por fim, a FIARC/SEPRAC classificou o Decreto nº 10.157/2019 (BRASIL, 2019b) como de **bandeira amarela**, com pontos suscetíveis de aprimoramento, ao passo que o Decreto nº 2.521/1998 (BRASIL, 1998) a Resolução ANTT nº 4.770/2015 e a Resolução ANTT nº 4.777/2015 (BRASIL, 2015; 2015) foram classificados como de **bandeira vermelha** por apresentar caráter anticompetitivo, com fortes indícios de abuso regulatório capazes de promover distorções concorrenciais.

5.3. Usuport vs. Resolução Normativa ANTAQ nº 34/19

O caso refere-se à longa disputa travada entre os Operadores Portuários (OPs) e as Instalações Portuárias Alfandegadas (IPAs) quanto à legalidade ou não da cobrança do Serviço de Segregação (SSE)/Terminal Handling Charge (THC2) na movimentação e armazenagem de contêineres em instalações portuárias **destinadas à importação**.

Os OPs atuam nos dois elos da cadeia portuária e exercem tanto as atividades de

11 Pontos de embarque alternativos, e.g. calçadas e parques, previamente autorizados pelas prefeituras.



movimentação de passageiros quanto a de **movimentação e armazenamento de mercadorias** dentro da área do porto organizado – os denominados “portos molhados”. Já as IPAs são prestadores que atuam apenas no mercado *downstream* de armazenagem alfandegada.

Como as IPAs não possuem autorização para acessar os navios que transportam as cargas, dependem do transporte realizado pelos OPs do terminal para o portão. Enquanto os OPs defendem que a segregação da mercadoria e a sua entrega para o transporte fora do porto configuram serviços adicionais ao contratado pelos armadores (transportadores marítimos), as IPAs argumentam que essa cobrança no sentido importação é duplicada, inflando os preços dos serviços prestados. Explica-se.

No THC-exportação, os serviços contratados abrangem o transporte da mercadoria do portão ao porão do navio, incluindo os cuidados essenciais para sua preservação durante o período necessário para o carregamento efetivo da mercadoria no navio atracado pelos OPs - *booking*/fila de espera para o carregamento (SAMMARCO; CAVALINI JUNIOR, 2022).

Já o THC-importação compreende o serviço de retirada da mercadoria do navio e o seu empilhamento dentro da área do porto organizado. Os OPs defendem que o mero fato de retirar a mercadoria do navio e empilhá-la dentro do porto é suficiente para cumprir o serviço contratado na *box rate* (pacote de serviços) pelo armador. Esse entendimento é amparado pela Resolução Normativa nº 34/2019 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)¹² (BRASIL, 2019a).

A Associação de Usuários dos Portos da Bahia (USUPPORT) questionou a Resolução perante a FIARC aduzindo que a norma chancela o abuso de poder dominante dos OPs no mercado a montante de movimentação. Isso porque (i) não há efetiva prestação deste serviço; e (ii) a movimentação de mercadorias nas instalações internas do porto configura o serviço de capatazia, já incluso na *box rate*, pago pelo armador e previsto no art. 40, §1º, I, da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013).

O SSE/THC, portanto, consistiria em novo pagamento de capatazia para que houvesse a movimentação horizontal da carga. O Cade e a SEPRAC já consideraram que a Resolução possui caráter anticoncorrencial. O Tribunal de Contas da União (TCU) chegou a determinar que a Resolução nº 2.389/2012 (primeira a tratar da cobrança do THC2) fosse revisada e considerou que, com a Resolução nº 34/2019, os impasses teriam sido resolvidos pela ANTAQ. O judiciário tem se manifestado pela legalidade da cobrança do SSE/THC2, inclusive com decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A FIARC sustenta que a regulação questionada não é uma boa escolha do ponto de vista econômico e concorrencial, estimando que, apenas entre 2019 e setembro de 2021, a cobrança do SSE gerou o sobrefaturamento médio de preços na casa de R\$ 664.73 milhões, sem que se comprovasse atendimento ao interesse público ou o incremento de qualidade da política portuária. Além disso, a cobrança do SSE possibilitaria aos OPs o exercício de posição dominante e a manutenção de portos ineficientes, visto que qualquer perda de lucratividade junto aos armadores é facilmente repassada às IPAs a título de taxa de acesso aos terminais.

Por fim, a FIARC classificou a Resolução ANTAQ nº 34/2009 como um caso de bandeira vermelha, sendo verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarretam distorção concorrencial. Sugeriu dois caminhos regulatórios que podem ser adotados pela ANTAQ: (i) solução concorrencialmente mais desejada – disciplinar que todos os custos de movimentação horizontal

¹² A ANTAQ editou a Resolução ANTAQ nº 72/2022 para suceder a Resolução nº 34/2019. No entanto, manteve inalteradas as disposições acerca do SSE/THC e do *box rate*.

e vertical sejam incluídos no valor cobrado dos armadores pela *Box Rate* e THC; e (ii) critérios de controle *ex ante*, como tarifa teto.

5.4. Contabilizei Contabilidade LTDA vs. NBC PG 01/2009

Neste caso, avaliou-se os artigos 11, 12 e 15 da Norma Brasileira de Contabilidade (NBC) PG 01/2019, estabelecidos pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC), que tratam do uso da publicidade na prestação de serviços contábeis dentro do âmbito do Código de Ética do CFC (CFC, 2019). Havia uma denúncia de que esses artigos poderiam criar desigualdades na concorrência, limitando a capacidade das empresas de contabilidade de promoverem seus serviços ou produtos por meio da publicidade. Tal restrição criaria barreiras à entrada e prejudicaria especialmente o desenvolvimento de empresas que propõem modelos de negócios inovadores nesse setor, privando o mercado de soluções mais eficientes e de menores custos.

A conclusão, em 2022, foi a de que a desregulamentação da publicidade no âmbito de serviços profissionais gera benefícios sociais, em especial redução dos preços. Ademais, não haveria evidência empírica conclusiva relacionando restrição à publicidade e aumento da qualidade do serviço. O caso foi classificado como “bandeira vermelha”, ou seja, ato normativo com caráter anticompetitivo, com fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarretem distorção concorrencial.

Ademais, recomendou-se: (i) supressão dos arts. 11, 12 e 15 da NBC PG 01/2019 ou ao menos a sua flexibilização, com vistas a promover o alinhamento da regulação sobre esse aspecto às melhores práticas internacionais; (ii) ao CFC a reabertura do debate junto aos agentes econômicos atuantes no setor objetivando a revisão desses dispositivos, inclusive com a participação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

5.5. Instituto Brasileiro de Petróleo (IBP) vs. Portaria CNEN nº 279/1997

Neste caso, avaliou-se a Portaria nº 279, de 5 de dezembro de 1997, editada pela Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN). Esta portaria define a quota anual de 300 kg para a importação de hidróxido de lítio, insumo utilizado pela indústria de graxas lubrificantes (BRASIL, 1997). O requerente buscou a FIARC alegando que essa quota de importação restringe de forma injustificada suas importações para a produção de graxas lubrificantes, gerando barreiras à entrada a novos ofertantes e consequente reserva de mercado a favor do produtor doméstico de lítio.

A conclusão, em 2022, foi de que a norma ora em análise possui caráter anticompetitivo, pois gera reserva de mercado em favor da indústria doméstica fornecedora de compostos de lítio, restringindo importações e criando condições para uma estrutura de mercado concentrada do tipo monopolística, o que se traduz em preços domésticos substancialmente acima dos preços internacionais.

A FIARC concluiu pela existência de abuso regulatório, já que a referida norma do CNEN impacta nos custos de outros setores industriais, cujas atividades envolvem a aquisição de insumos para fins não-nucleares, tais como o hidróxido de lítio de grau técnico utilizado na produção de graxas lubrificantes.



Por fim, o caso foi classificado como “bandeira vermelha”, ou seja, ato normativo com caráter anticompetitivo, com fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarretem distorção concorrencial. Em que pese isso, mencionou-se que, com a publicação do Decreto nº 11.120/2022, as operações de comércio exterior de minerais e minérios de lítio e de seus derivados não necessitam mais de prévia autorização da CNE, não estando sujeitas a critérios, restrições, limites ou condicionantes de qualquer natureza, exceto aqueles previstos em lei ou em atos editados pela Câmara de Comércio Exterior (Camex) (BRASIL, 2022).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrou-se ao longo da pesquisa, a Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial fora criada com o objetivo de i) promover a advocacia da concorrência por meio da análise de leis, decretos e atos infralegais; ii) evitar o abuso de poder regulatório, de que trata o art. 4º da Lei de Liberdade Econômica (LLE).

Institucionalmente, a FIARC subsidia tanto medidas de *enforcement* diante da constatação de excessos regulatórios quanto o papel ativo da advocacia da concorrência, preconizado pelo art. 19, VIII, da Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011). Suas audiências e consultas públicas possibilitam que reguladores e regulados dialoguem, em ambiente não litigioso, a respeito da eventual abusividade dos regulamentos, com a possibilidade de compor soluções capazes de corrigir as falhas de governo e de mercado (OLIVEIRA NETO; MACEDO, 2021, p. 20-22).

Demonstrou-se também que não se trata a FIARC de “jabuticaba brasileira” criada para tolher a autonomia das agências reguladoras, visto que i) o caráter não cogente de suas avaliações não desobriga ou isenta os regulados de cumprir leis e atos normativos; e ii) iniciativas semelhantes são adotadas há décadas em diversos países que integram a OCDE. Ou seja, como não há imposição de sanções, mas tão somente recomendações, sua efetividade pode ser considerada baixa.

Em alguns países, a defesa da concorrência é exercida externamente, por meio de agências e órgãos de controle independentes. Em outros, o processo de revisão das normas anticompetitivas é realizado por subdivisões internas às próprias agências reguladoras. Há aqueles, como o Brasil, que adotam um regime híbrido de revisão do estoque regulatório, sendo que nossa particularidade consiste unicamente na nomenclatura “consulta pública sobre abuso de poder regulatório”, quando realizada pela FIARC/SEPRAC.

No entanto, transformar a **cultura regulatória** não é tarefa fácil. Em que pese crie-se um sistema de selos por bandeiras, subsidie-se as consultas públicas com estudos técnicos e apresente-se opções de abordagens menos restritivas, a palavra final é sempre das agências reguladoras. Por não serem hierarquicamente subordinadas à SEPRAC, estas podem recusar as orientações recebidas se não se sentirem suficientemente convencidas.

Isso demonstra que a efetividade das consultas públicas é limitada. Órgãos reguladores relutam em adotar observações críticas na medida em estas atrapalham seus planos, trabalhos ou agendas, o que pode ensejar em acionamento do poder judiciário para decidir acerca de matérias de legalidade e constitucionalidade (MIKULI; KUCA, 2016).

De toda sorte, a análise dos cinco casos concretos demonstra que o sistema de bandeiras e

os relatórios da FIARC auxiliam a discussão jurídica e reduzem a discricionariedade dos reguladores, os quais são compelidos a cumprir o dever legal de justificar o interesse público na limitação da concorrência.

No caso **Sindiporto**, as distorções concorrenciais decorrentes da aplicação transversal do AFRMM foram, em certa medida, mitigadas pela Lei da Cabotagem. Todavia, a menos que o relatório da SEPRAC seja acatado pelo poder judiciário para justificar alguma intervenção, os recursos disponíveis nas contas vinculadas continuarão a provocar distorções por pelo menos 3 anos – prazo decadencial que as EBNS possuem para utilizá-los.

No caso **Buser**, a ANTT reconhece que o sistema de fretamento por circuito fechado não é o mais eficiente, porém sustenta que deve cumprir as normas infralegais. Assim, discussões são travadas no judiciário (BRASIL, 2023) e no parlamento (BRASIL, 2020a), que se utilizam do parecer da FIARC/SEPRAC para fundamentar as discussões.

No caso **Usuport**, constatou-se que, após as pressões exercidas pelo Cade, TCU e SEPRAC, a ANTAQ editou a Resolução nº 34/19 para autorizar expressamente a cobrança dos serviços de THC2/SSE-importação sem que isso integre os serviços já remunerados pela *Box Rate* (BRASIL, 2019a). Portanto, o problema concorrencial persiste não por vácuo regulatório, mas justamente por regulação que mitiga a concorrência com respaldo do poder judiciário, sendo que compete ao Cade tão somente verificar casuisticamente eventuais abusos em sua cobrança.

No caso **Contabilizei LTDA**, verificou-se que a restrição publicitária dos serviços de contabilidade tem o potencial de gerar reserva de mercado em favor dos agentes incumbentes, posto que dificulta a divulgação de prestadores entrantes. Ademais, não se vislumbrou correlação entre a vedação de publicidade e o incremento na qualidade dos serviços, razão pela qual recomendou-se a flexibilização das normas.

No caso **IBP**, concluiu-se que a imposição de quota máxima anual para a importação de hidróxido de lítio favorece a criação de monopólio para fornecedores nacionais ao elevar artificialmente os preços de competidores estrangeiros. Além disso, gera efeito cascata negativo injustificado em outros setores que utilizam o insumo, como o de graxas lubrificantes.

Visando a aperfeiçoar o *enforcement* efetivo da advocacia da concorrência e do combate ao abuso de poder regulatório, algumas iniciativas têm sido discutidas junto ao TCU, ao Congresso Nacional, à OCDE, à Controladoria Geral da União (CGU) e às associações de agências reguladoras (TERCEIRO..., 2022). Dentre elas, cogita-se criar entidade nacional voltada à capacitação de reguladores e padronização de diretrizes de boas práticas regulatórias.

Diante do exposto, confirma-se verdadeira a hipótese preliminar da presente pesquisa, segundo a qual as consultas públicas em abuso de poder regulatório promovidas pela FIARC são positivas para a redução do abuso de poder regulatório, pois fomentam a transformação da cultura regulatória, propiciam ambiente de discussão não litigioso e conferem maior respaldo técnico para eventuais disputas judiciais, mas que, isoladamente, não produzem resultados imediatos ante seu caráter não cogente e à necessidade de resguardar a independência das agências reguladoras.

Com fundamento na doutrina especializada, a seguinte pesquisa conclui que a FIARC pode utilizar-se de algumas medidas para mitigar o caráter não cogente de suas decisões e pareceres: i) o acompanhamento e a divulgação dos resultados obtidos após a elaboração dos pareceres técnicos,



visto que isso não só subsidia os poderes legislativo e judiciário, como também atrai holofotes para a discussão (IBRAC, 2015); ii) emitir comentários oficiais a respeito de projetos de leis em tramitação; iii) o monitoramento de normas e de protocolos de cooperação com as autoridades; iv) a criação de padrões e cooperações internacionais; v) a colaboração com universidades e centros de pesquisa (KNYAZEVA, 2013, p. 13). Por fim, destaca-se que algumas dessas medidas já foram adotadas, outras requerem elevado grau de investimento técnico, em pessoal e financeiro.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2nd edn. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780199576081.001.0001>. Acesso em: 23 jul. 2023.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). **Relatório financeiro do FMM 1º trimestre/2022**. Brasília: BNDES, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/22j7a549>. Acesso em: 4 ago. 2022.

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

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). **Resolução Normativa nº 34, de 21 de agosto de 2019**. Aprova a norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes nas instalações portuárias. Brasília, DF: Agência Nacional de Transportes Aquaviários, 2019a. Disponível em: <https://tinyurl.com/2a8uon7z>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Resolução nº 4770, de 25 de junho de 2015**. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, sob o regime de autorização. Brasília, DF: Agência Nacional de Transportes Terrestres, 2015a. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cmkyg98>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Resolução nº 4777, de 6 de julho de 2015**. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiro realizado em regime de fretamento. Brasília, DF: Agência Nacional de Transportes Terrestres, 2015b. Disponível em: <https://tinyurl.com/23jg39eo>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 148/2020**. Altera a Lei nº 10.233, de 2001, para dispor sobre autorização de transporte rodoviário interestadual de passageiros em regime de fretamento. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020a. Disponível em: <https://tinyurl.com/25n2u5l2>. Acesso em: 5 fev. 2023.

BRASIL. Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN). **Portaria CNEN nº 279, de 05 de dezembro de 1997**. Define regras para importação de produtos à base de lítio. Rio de Janeiro, RJ: Comissão Nacional

de Energia Nuclear, 1997.

BRASIL. **Decreto nº 10.157, de 4 de dezembro de 2019.** Institui a Política Federal de Estímulo ao Transporte Rodoviário Coletivo Interestadual e Internacional de Passageiros. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b.

BRASIL. **Decreto nº 11.120, de 5 de julho de 2022.** Permite as operações de comércio exterior de minerais e minérios de lítio e de seus derivados. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/28j3qdmr>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 2.521, de 20 de março de 1998.** Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2521.htm. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.269.** Dispõe sobre a competência, composição e funcionamento do Conselho Diretor do Fundo da Marinha Mercante - CDFMM, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004a. Disponível em: <https://tinyurl.com/2aewq9fe>. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.543, de 20 de setembro de 2005.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004, que dispõe sobre o Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM e o Fundo da Marinha Mercante - FMM, e o art. 17 da Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2clrf4va>. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004.** Dispõe sobre o Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM, e o Fundo da Marinha Mercante - FMM, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004b. Disponível em: <https://tinyurl.com/27vdr39u>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dchk64g>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013.** Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2d5u3hg4>. Acesso em: 6 jul. 2023.

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, DF: Presidência da República, 2019c. Disponível em: <https://tinyurl.com/29znbrma>. Acesso em: 6 jul. 2023.

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, DF: Presidência da República, 2019d. Disponível em: <https://tinyurl.com/293la44t>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade. **Instrução Normativa SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020.** Estabelece o programa Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2020c. Disponível em: <https://tinyurl.com/293la44t>.



com/y5uxe6qn. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade. **Instrução Normativa SEAE nº 111, de 5 de novembro de 2020**. Brasília, DF, 2020b.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/yhg4xq3q>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3). 4ª Turma. **Agravo de Instrumento (AI) nº 5000213-90.2023.4.03.0000**. Decisão liminar reconhece que a regra do circuito fechado é prejudicial à concorrência e ao consumidor. Recorrente: SEPROSP. Recorrida: ANTT. Rel.: Des. Mônica Autran Machado Nobre, 12 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/24nhhyec>. Acesso em: 11 ago. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE (CFC). **Norma Brasileira de Contabilidade, NBC PG 01, de 7 de fevereiro de 2019**. Aprova a NBC PG 01 - Código de Ética Profissional do Contador. Brasília: Conselho Federal de Contabilidade, 2019. Disponível em: <https://www.crc.org.br/institucional/NBCPG01.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2023.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia Duarte de. **Finanças públicas: teoria e prática no Brasil**. 4. ed. rev. at. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

HEARINGS on Competition and Consumer Protection in the 21st Century. **Federal Trade Commission**, Washington, 2019. Disponível em: 21 jul. 2022. Acesso em: 21 jul. 2022.

HIGIDO, José. Judicialização de atividade de fretamento de ônibus divide tribunais no país. **Conjur**, São Paulo, 19 fev. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bxlexzo>. Acesso em: 19 ago. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL (IBRAC). **Advocacia da concorrência: propostas com base nas experiências brasileira e internacional**. Brasília, DF: Singular, 2015.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KEY Data from Regulatory Sandboxes across the Globe. **World Bank**, Washington, 1 nov. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cfbn54z>. Acesso em: 11 jun. 2022.

KNYZEVA, Irina. Competition Advocacy: Soft Power in Competitive Policy, **Procedia Economics and Finance**, v. 6, p. 208-287, 2013. DOI: [https://doi.org/10.1016/S2212-5671\(13\)00141-X](https://doi.org/10.1016/S2212-5671(13)00141-X). Disponível em: <https://tinyurl.com/2amqpenw>. Acesso em: 15 ago. 2022.

MAJONE, Giandomenico. The regulatory state and its legitimacy problems. **West European Politics Journal**, [S. l.], v. 22, n. 1, p. 1-24, 1999. DOI: 10.1080/01402389908425284. Disponível em: <https://tinyurl.com/29z45e7v>. Acesso em: 22 ago. 2022.

MAJONE, Giandomenico. The rise of the regulatory state in Europe. **West European Politics Journal**, [S. l.], v. 17, n. 3, p. 77-101, 1994. DOI: 10.1080/01402389408425031. Disponível em: <https://tinyurl.com/28a7evc6>. Acesso em: 22 ago. 2022.

MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público x setor privado**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MIKULI, Piotr; KUCA, Grzegorz. The Public Hearing and Law-Making Procedures. **Liverpool Law Journal**, Liverpool, United Kingdom, v. 37, p. 1–17, 2016. DOI: 10.1007/s10991-016-9177-z. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10991-016-9177-z>. Disponível em: <https://tinyurl.com/28roupdp>. Acesso em: 12 ago. 2022.

MURIS, Tim; PITOFSKY, Bob. More than law *enforcement*: the FTC's many tools - a conversation with Tim Muris and Bob Pitofsky. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 72, n. 3, p. 773–860, 2005.

NORTH, Douglas C. **Instituições, Mudança Institucional e desempenho econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

OLIVEIRA NETO, Dario da Silva.; MACEDO, Alexandre Cordeiro. O Abuso de Poder Regulatório: Uma evolução da advocacia da concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 8-26, 2021. DOI: 10.52896/rdc.v9i2.921. Disponível em: <https://tinyurl.com/24xxddqx>. Acesso em: 25 jul. 2022.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O mito do regulador infalível. **WebAdvocacy**, Brasília, n. 3, mai. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xryqsy5>. Acesso em: 29 nov. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Competition Assessment Toolkit**: Volume 2: Guidance. Paris: OECD, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/22hdue75>. Acesso em: 20 jun. 2022.

PARECERES da Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial - FIARC. **Ministério da Economia**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/25tuq8k2>. Acesso em: 1 abr. 2023.

ROSEMBERG, Cristina *et al.* **Regulatory Sandboxes and Innovation Testbeds**: A Look at International Experience in Latin America and the Caribbean. [S. l.]: Inter-American Development Bank Journal, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.18235/0002526>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2c3pp36e>. Acesso em: 12 jun. 2022.

SAMMARCO, Marcelo; CAVALINI JUNIOR, José Urbano. THC e SSE - Distinções necessárias e respectivos critérios de cobrança nos termos da regulação estabelecida pela ANTAQ. **Migalhas**, [S. l.], 14 abr. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/25ad4g35>. Acesso em: 17 ago. 2022.

STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 3–21, 1971. DOI: <https://doi.org/10.2307/3003160>.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 87-93. ISBN 978-85-7700-186-6.

TERCEIRO Painel: Reforma regulatória no Brasil: o peer review 2022 da OCDE. Brasília: IBRAC Eventos, 2022. 1 vídeo (118 min). Disponível em: <https://tinyurl.com/2ao3lcqo>. Acesso em: 5 fev. 2023.



5

INOVAÇÃO E CONCORRÊNCIA NOS ECOSISTEMAS DIGITAIS: UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS ARQUITETURAS DOMINANTES¹

*Innovation and competition in digital
ecosystems: an approach from the emergence of
dominant architecture*

Vinicius Klein²

Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba/PR, Brasil

Gabriela Wilxenski Rodrigues³

Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba/PR, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: o objetivo deste trabalho é explorar a complexidade do papel da inovação no direito concorrencial, focando nos desafios adicionais apresentados nos mercados digitais. Assim, buscou-se examinar as diferentes abordagens da inovação na teoria econômica e sua influência nas decisões das autoridades de defesa da concorrência. Para abordar essa questão, foi utilizada a teoria do *design* dominante como um referencial teórico mais adequado às características específicas dos mercados digitais.

Metodologia: o presente estudo, primeiramente, analisou as diferentes teorias sobre inovação, para compreender qual abordagem seria a mais adequada para integrar a inovação no raciocínio e na metodologia de *enforcement* do direito concorrencial. Uma vez que se concluiu que a teoria *design* dominante é a mais adaptada às especificidades dos mercados digitais, ela foi analisada e aplicada de modo comparativo as alternativas teóricas.

Conclusões: a teoria do *design* dominante emerge como uma abordagem teórica eficaz, considerando a natureza cíclica da inovação e sua relação com as arquiteturas dominantes nos mercados digitais. Uma aplicação adequada do direito da concorrência deve se concentrar na manutenção de ciclos

Editor responsável: Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 19/10/2023 **Aceito em:** 03/06/2024 **Publicado em:** 19/06/2024

2 Professor de Direito Empresarial e Direito e Economia nos Departamentos de Direito Privado e de Economia da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Procurador do Estado do Paraná. Doutor em Desenvolvimento Econômico pela UFPR. Doutor em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Glasgow Fellow na Faculdade de Direito da Universidade de Glasgow em 2023. Professor Visitante na Faculdade de Direito e Ciência Política de Nice na Universidade Cote D'Azur em 2022. Visiting Scholar na Universidade de Columbia em 2012. Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito e Economia da UFPR.

E-mail: viniciusklein78@yahoo.com.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3557006102051289>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2023-4934>

3 Graduada em Direito pela UFPR, pesquisadora bolsista do PET Direito e integrante do NEDE.

E-mail: gabiwilxenski@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5163473370118645>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1751-005X>

de arquitetura dominante, permitindo a contestabilidade e a emergência de novas arquiteturas, sem interferir na dinâmica de mercado. Esta abordagem começa a ganhar reconhecimento, como evidenciado na decisão do Cade em 2020, destacando a importância de considerar o processo de inovação em mercados dinâmicos, sinalizando uma evolução significativa na aplicação do direito concorrencial em relação aos mercados digitais.

Palavras-chave: inovação; dinamicidade de mercado; ecossistemas digitais; teoria do *design* dominante.

STRUCTURED ABSTRACT

Objective: this work aims to explore the complexity of the role of innovation in competition law, with a focus on the additional challenges presented by digital markets. Thus, we sought to examine different approaches to innovation in economic theory and their influence on the decisions of competition authorities. To address this issue, the theory of dominant *design* was used as a theoretical framework that considers the specific characteristics of digital markets.

Method: the present study first analyzed theories of innovation to understand which approach would be most suitable for integrating innovation in competition law reasoning and *enforcement* methodology. Once it was concluded that the dominant *design* theory is the most applicable in digital markets, it was analyzed and applied comparatively to other theoretical alternatives.

Conclusion: the theory of dominant *design* emerges as an effective theoretical approach, considering the cyclical nature of innovation and its relationship with dominant architectures in digital markets. A proper application of competition law should focus on maintaining cycles of dominant architecture, allowing contestability and the emergence of new architectures without interfering with market dynamics. This approach is starting to gain recognition, as evidenced by the Cade's decision in 2020, highlighting the importance of considering the innovation process in dynamic markets and signaling a significant evolution in the application of competition law in relation to digital markets.

Keywords: innovation; market dynamism; digital ecosystems; dominant *design* theory.

Classificação JEL: K21; L14; L11; L40; O33.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Inovação e defesa da concorrência nos mercados digitais*; 3. *Ecossistemas digitais e Teoria do Design Dominante*; 4. *Política de Concorrência e Arquitetura Dominante*; 5. *Considerações Finais; Referências*.

1. INTRODUÇÃO

A tecnologia é um elemento central da vida cotidiana dos indivíduos. Todavia, o processo inovativo e a implementação das inovações produzidas, bem como o papel do Estado no incentivo e direcionamento do desenvolvimento tecnológico continuam a ser uma questão controversa na teoria econômica e nas ciências sociais (JAFÉ; LERNER, 2006). A dificuldade na compreensão do processo inovativo impacta necessariamente o Direito e a eficácia das estratégias adotadas para regular a inovação. O contexto atual de digitalização dos mercados ao intensificar a velocidade e a extensão



da inovação pode ser entendido como uma forma de apresentar as dificuldades na formulação e imposição da regulação estatal da inovação, fazendo com que os benefícios e os dilemas do avanço tecnológico ocupassem um espaço relevante no debate público e técnico em diversos ramos do conhecimento.

Neste artigo será abordada uma consequência específica da complexidade do processo inovativo e das limitações das construções econômicas teóricas acerca da inovação: os problemas que o direito concorrencial enfrenta para incorporar de forma plena a inovação no seu raciocínio e na sua metodologia de *enforcement*. Aqui deve-se esclarecer que por raciocínio concorrencial endereça-se a forma pela qual os argumentos são construídos em uma decisão concorrencial (KLEIN, 2015). O direito concorrencial atual tem como ferramenta central para compreensão das dinâmicas de mercado as teorias econômicas, que são construídas no âmbito teórico, e, posteriormente acabam por ser operacionalizadas como instrumentos de análise concorrencial⁴.

Nesse sentido, a compreensão da inovação na dinâmica dos mercados digitais é crucial para a imposição concorrencial nos mercados digitais e para a regulação concorrencial das *Big Techs*. Afinal, a inovação é central na dinâmica da concorrência nos mercados digitais, mas não se trata de tarefa trivial. Apesar de existirem amplos debates acerca da teoria econômica no processo de inovação, as novas questões trazidas pelos mercados digitais ainda não foram devidamente incorporadas nos modelos econômicos utilizados no direito concorrencial.

Em suma, a integração da inovação como uma variável principal no raciocínio concorrencial é um desafio que ainda não foi vencido. Para ilustrar esta assertiva pode se observar o uso da inovação em decisões antagônicas relativas a mercados digitais. Por exemplo, as decisões relativas ao caso *Google Shopping*, comparativamente, temos que a União Europeia (2022b) e o FTC (2012) usaram a inovação enquanto argumento centrais em suas conclusões, e, apesar das peculiaridades de cada jurisdição, trataram do mesmo processo inovativo desenvolvido para a concepção e funcionamento do *Google Shopping*, produziram, entretanto, conclusões diferentes.

As questões centrais do caso nas duas jurisdições são muito semelhantes: (i) se a *Google* favoreceu (ou não) a deslocação do seu próprio conteúdo, desvalorizando o conteúdo dos concorrentes; (ii) além da questão interpretativa sobre a possibilidade de comprar o *AdWords*, isto é, comprar o “espaço” das melhores posições de disposição no site de busca da *Google*. De modo que, mesmo focando nos mesmo dois pontos principais, enquanto o Federal Trade Commission (FTC) terminou a sua investigação sem apresentar queixa contra a *Google*, o Tribunal Geral da União Europeia impôs uma sanção de 2,42 bilhões de euros ao *Google*. Destaca-se, portanto, a complexidade e ausência de uma metodologia estabelecida para lidar e abarcar o conceito de inovação no âmbito da defesa da concorrência.

Os debates na teoria econômica acerca da inovação não são novos⁵, incluindo o papel do Estado em sistemas de inovação bem-sucedidos⁶. A estratégia regulatória adequada às novas

4 A questão do papel das teorias econômicas no direito concorrencial é bastante complexa e foge do escopo abordado no artigo, logo, para uma análise adequada, ver: Bork, 1993.

5 A relação entre concorrência e inovações é disputada. Para uma análise empírica, ver: (AGHION *et al.*, 2005). A Tese Schumpeteriana é apresentada em: (SCHUMPETER, 1950). A proposição de Arrow é apresentada em: (ARROW, 1962). Sobre o debate Schumpeter-Arrow, ler: (GILBERT, 2006); (FEDERICO; MORTON; SCHAPIRO, 2020). E, uma análise crítica da tese schumpeteriana, pode ser encontrada em: (MAYHEW, 1980).

6 O conceito de um sistema nacional de inovação é apresentado em: (NELSON; ROSENBERG, 1993). No Brasil, o Sistema

tecnologias é também um tema controverso na teoria jurídica e tem produzido novos conceitos e abordagens, como o conceito de *sandbox*⁷. Tal contexto deve ser complementado pelo debate sobre a Inteligência Artificial, com a utilização de dados no processo de *machine learning*⁸, aplicado aos algoritmos⁹, como input crítico em modelos de negócio de vários setores da economia, é um desafio tanto para os modelos de organização industrial quanto para a teoria jurídica.

O conceito de inovação normalmente tem uma conotação positiva, contudo a mesma pode ser empregada negativamente, propiciando condutas exclusionárias em análises concorrenciais. O conceito de inovação predatória é um exemplo dessa realidade na jurisprudência¹⁰. Além disso, na literatura, o conceito de inovação tóxica (EZRACHI; STUCKE, 2022), ou inovação de exclusão, é empregada em casos de proteção dos ecossistemas de concorrência potencial e da viabilidade de entrada de novos integrantes.

Ainda, deve-se observar que existia, ao menos até o avanço do processo de digitalização dos mercados, uma convergência limitada na imposição antitruste (GERBER, 2010; CHENG, 2012). Verifica-se, ainda, divergências de estratégia das diversas jurisdições quanto à imposição da legislação concorrencial nos mercados digitais, por exemplo, a União Europeia através de iniciativas legislativas como o *Digital Markets Act* ao identificar a perda de eficácia das metodologias econômicas existentes e a sua adequação do raciocínio concorrencial optou pela imposição de proibições per se¹¹.

O presente trabalho é um esforço no sentido do aperfeiçoamento do aparato conceitual e operacional do direito concorrencial. Mesmo que o foco não seja o *Digital Markets Act* (DMA) produzido na União Europeia é relevante observar que a legislação em questão teve como um dos objetivos reforçar o papel que a inovação deve representar no raciocínio concorrencial e o renascimento do debate acerca dos conceitos de contestabilidade e da concorrência potencial (PETIT, 2021).

Ainda, a inovação pode se apresentar em papéis diversos no direito concorrencial (GILBERT, 2020). Um deles é o de ser força capaz de contestar o poder de mercado das empresas incumbentes. Para exemplificar tal dinâmica podemos observar o caso dos aplicativos de transporte, como o Uber e o 99, que contestaram o poder do mercado de transporte privado tradicionais, os táxis¹².

Ainda, pode se tratar de um resultado positivo, por exemplo, um ganho de eficiência, que é vista na adoção de tecnologias mais avançadas de produção que geram redução de custos para as empresas, aumento da qualidade dos produtos e melhoria dos serviços oferecidos aos consumidores.

Nacional de Inovação pode ser definido como “constituído por elementos e relações às quais interagem na produção, difusão e uso de conhecimento novo e economicamente útil e (...) engloba elementos e relações, localizados nas fronteiras de um estado-nação” (LUNDVALL, 1992 apud CHIARINI, 2020, p. 10).

7 O conceito e a utilização do *sandbox* regulatório é um exemplo (ALLEN, 2019). O termo refere-se a “um regime de teste controlado e seguro, onde empresas inovadoras podem experimentar seus produtos, serviços ou modelos de negócios sem se sujeitar à totalidade das normas regulatórias existentes.” (ZETZSCHE *et al.*, 2017, p. 3).

8 *Machine learning* pode ser entendida como o processo de construção de computadores que podem adaptar-se e aprender com a experiência (WILSON; KEIL, 1999).

9 Um algoritmo é um conjunto finito de regras simples e não ambíguas aplicadas a um objeto ou a um símbolo para produzir um resultado (WILSON; KEIL, 1999).

10 Para uma abordagem na literatura, ver: (SCHREPEL, 2018). Para ver uma aplicação na realidade do antitruste brasileiro ver: AC nº 08700.004431/2017-6.

11 Nesse sentido as iniciativas legislativas da União Europeia como o DMA optam pela imposição de proibições per se para punir condutas que ainda não conseguem ter os danos e os efeitos bem delineados pela metodologia econômica em voga no direito concorrencial. Nesse sentido ver: (PENNEREIRO, KASTRUP; BARBOSA, 2023).

12 Para uma análise dessa dinâmica conferir: (ESTEVES, 2015).



Como exemplos de conotação negativa tem-se os conceitos de inovação exclusionária ou predatória, que já estão inseridos no âmbito do direito concorrencial brasileiro¹³. Ainda, na literatura, o conceito de inovação tóxica acrescenta além do uso da inovação como meio de proteção dos ecossistemas, de modo a barrar potenciais competidores e excluir novos entrantes, um caráter valorativo, como a disseminação de condutas socialmente negativas (EZRACHI; STUCKE, 2022).

Com esse panorama, este artigo pretende explorar a noção de inovação enquanto um processo contínuo e cíclico e aplicará esse raciocínio aos mercados digitais. Para integrar esta abordagem no raciocínio concorrencial será utilizado como referencial teórico a teoria do *design* dominante. Essa escolha justifica-se pela maior aderência às características específicas da inovação nos ecossistemas e nos mercados digitais, bem como a sua capacidade de recepção de racionalizações tanto para empresas que atuam no meio digital, como nas que figuram nos ciclos industriais tradicionais (ANDERSON; TUSHMAN, 1990).

Para realizar esta tarefa, para além desta introdução, o presente trabalho conta com três seções. A primeira apresentará diferentes abordagens da inovação na teoria econômica, mostrando como esses debates têm sido incorporados nas decisões das autoridades concorrenciais e na política de defesa da concorrência. Ainda, a relevância da inovação no processo de digitalização dos mercados sobre a ótica concorrencial será explorada para reforçar que se trata de uma tarefa urgente. A segunda seção abordará a forma como a teoria do *design* dominante pode auxiliar na melhor integração da inovação na análise concorrencial, em especial, com relação às características específicas dos mercados e ecossistemas digitais. A terceira seção irá aplicar a teoria do *design* dominante para analisar um ponto específico: o papel da política de concorrência antes e depois da emergência de uma arquitetura dominante¹⁴. Assim, na conclusão, serão avaliados os possíveis ganhos e limites da teoria da arquitetura dominante como uma abordagem para melhor integrar a inovação no raciocínio do direito da concorrência.

2. INOVAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS DIGITAIS

Os termos mercados digitais e plataformas digitais são adotados de forma a identificar a mesma realidade, na qual plataformas e ecossistemas digitais se destacam como modelos de negócio e de organização do mercado. Como para fins da presente abordagem o contexto mais amplo, que envolve tanto plataformas quanto ecossistemas digitais, é mais relevante, esse termo será adotado quando a referência ao contexto geral dos mercados digitais, sem que se tenha necessidade de se abordar características específicas das plataformas ou ecossistemas digitais.

A dinâmica competitiva nos mercados digitais diferencia-se dos mercados tradicionais (*brick-and-mortar markets*) em vários aspectos, sendo a produção e o valor competitivo da inovação um deles¹⁵. Dentre as definições de mercados digitais existentes na literatura destaca-se Rochet e Tirole (2006, p. 645) "*two-sided (or, more generally, multi-sided) markets are roughly defined as markets in which one or several platforms enable interactions between end-users and try to get the two (or*

13 Para uma abordagem teórica checar: (SCHREPEL, 2018). Para um caso brasileiro ver: AC n. 08700.004431/2017-6 (Itaú Unibanco S.A. and XP Investimentos S.A.).

14 Outra utilização da teoria do *design* dominante no direito da concorrência pode ser encontrada em: (HUMMEL, 2022).

15 Para entender os aspectos dessa inovação checar a seção 5 de: (CALVANO; POLO, 2021).

multiple) sides “on board” by appropriately charging each side”¹⁶. Assim, as plataformas digitais funcionariam como espaço de mediação de transações. Atualmente, tal definição tem por objetivo abranger a múltipla realidade encontrada no ambiente digital.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (2019) define as plataformas digitais como uma gama de serviços disponíveis na *Internet*, que inclui mercados, mecanismos de busca, redes sociais e muitos outros instrumentos. Estas utilizam as tecnologias da informação e da comunicação (TICs) para facilitar as interações entre os usuários, concomitantemente recolhem e usam os dados gerados por essas interações, criando os efeitos de rede e os utilizando através dos seus múltiplos mecanismos, como por exemplo as ofertas com preços diferentes para clientes diferentes¹⁷.

As plataformas digitais podem estar inseridas em um ecossistema digital, que é um conceito mais amplo. Os ecossistemas digitais abarcam composições de mecanismos de interoperabilidade, incluindo desde modelos de negócio aos dispositivos de *hardware*, que não são necessariamente da propriedade da mesma empresa (OECD, 2019). De modo que, para uma boa compreensão da inovação nos mercados digitais e da aplicação da teoria do *design* dominante, que será explorada na terceira seção, é crucial conhecer a distinção entre plataformas e ecossistemas digitais.

Jacobides e Lianos (2021) definem os ecossistemas como um grupo de **multiatores colaboradores complementares**, que possuem uma estrutura de relações interorganizacionais, com interações entre os componentes de um sistema correlacionado. Como cada ecossistema tem uma estrutura organizacional interrelacionada própria, a concorrência **inter-ecossistemas** é diferente da competição **intra-ecossistemas**, o que pode demandar diferentes tipos de construção regulatória e concorrencial.

Portanto, os ecossistemas digitais promovem relações entre um grande grupo de atores que o compõe ou com ele interagem. Essas interações geram o valor do ecossistema, que independe de uma hierarquização prévia e centralizada no dono do ecossistema (JACOBIDES; CENNANO; GAWER, 2018). Já nas plataformas digitais, essa criação autônoma de valor não ocorre/surge das relações entre os agentes que interagem com o ecossistema. Afinal, trata-se de um modelo de negócio fundado em uma tecnologia que promove a conexão de diferentes agentes em dois ou mais mercados, mas essas conexões ocorrem dentro da plataforma e apenas na forma que a modelagem de negócios próprio da plataforma permite.

Assim como as plataformas e os ecossistemas digitais, a inovação também é alvo de muitos debates e de diversas construções teóricas. Entretanto, este artigo não trará uma análise exaustiva do conceito de inovação, concentrando-se em como os conceitos econômicos da inovação que foram incorporadas ao debate concorrencial, de forma a apresentar os potenciais ganhos da teoria do *design* dominante.

Na literatura concorrencial a menção a inovação costuma trazer o debate entre as posições de Kenneth Arrow e Joseph Schumpeter. Em linhas gerais, temos que Schumpeter acreditava que a

16 Tradução nossa: “[m]ercados de dois lados (ou, de forma geral, de múltiplos lados) são brevemente definidos enquanto mercados em que uma ou várias plataformas permitem a interação entre usuários finais e utilizam-se dos dois (ou múltiplos) lados “a bordo” para cobrar apropriadamente cada lado”. Definição similar pode ser vista em: (ROCHET; TIROLE, 2003, p. 1018-1019).

17 Definição similar pode ser vista em: (EVANS; HAGIU; SCHMALENSSEE, 2008, p. 43).



concentração do mercado levaria a mais inovação, argumentando que empresas maiores têm mais recursos para investir em pesquisa e desenvolvimento e podem assumir mais riscos e introduzir novos produtos. Ao passo que Arrow acreditava que a competição leva a uma maior difusão de conhecimento e ideias, o que estimularia as empresas a inovarem para ficar à frente de seus rivais e manter sua participação no mercado¹⁸.

Já avançando para os mercados digitais a inovação é vista como um dos pontos chave para a sua compreensão (CALVANO; POLO, 2021). As economias de escala e de escopo, os baixos custos de distribuição e o papel dos dados interferem diretamente no processo de inovação, por conseguinte, a velocidade e a escala, no âmbito da *internet*, alavancam o debate sobre a inovação para um novo patamar (STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS, 2019). Por exemplo, é comum que startups sejam vendidas ainda na fase de estruturação, antes mesmo de terem um único cliente (CALVANO; POLO, 2021).

Nesse cenário dinâmico, advindo da velocidade de inovação dos mercados digitais, as políticas de defesa da concorrência têm desafios diversos daqueles presentes nos mercados tradicionais. As ferramentas concorrenciais tradicionais são estruturadas a partir de mercado tradicionais com um nível menos intenso de inovação e dinamicidade. Nesse contexto, a política de defesa da concorrência pode ser vista como excessivamente estática e rigidamente estruturada (GILBERT, 2020), em que se define o mercado relevante, depois as respectivas porcentagens de mercado e, por essa metodologia, decidem se as operações serão ou não aprovadas; ele explica que isso busca evitar a formação de monopólios e salvaguardar o aumento de preços. No entanto, essa estratégia não tem sido capaz de evitar a situação atual: cinco grandes empresas de tecnologia que governam os seus próprios ecossistemas, com poder de mercado em todo o ambiente digital, com capacidade para (veladamente) excluir quaisquer *outsiders*, sem sequer correrem o risco de serem detectadas pelas autoridades da concorrência¹⁹. Desta forma, em um cenário com uma maior intensidade e velocidade do processo de inovação a metodologia demanda aperfeiçoamentos.

O argumento da falta de dinamicidade das metodologias de análise concorrencial na abordagem das capacidades dinâmicas pode levar a mudança das metodologias estruturais rígidas do direito concorrencial. Uma abordagem que parte desse diagnóstico é a teoria das capacidades dinâmicas. Nesse cenário capacidade dinâmica é definida como a habilidade das firmas de resposta e adaptação em ambientes de incerteza, reconfigurando as suas competências em função das oportunidades e necessidades de mercado, que mudam constantemente (TEECE; PISANO; SHUEN, 1997). Assim, o nível de incerteza enfrentado pelas firmas e a capacidade de resposta são a principal tendência da concorrência e a política de defesa da concorrência deve focar na produção de incentivos adequados para a construção de capacidades dinâmicas, permitindo que essas firmas exerçam posições de dominância de mercado se a obtiveram em função da capacidade dinâmica construída, o que gera maior bem-estar social no longo prazo²⁰.

Para esta abordagem o foco da análise concorrencial no caso de um ato de concentração, por exemplo, deveria ser nos impactos desse ato ou de determinada prática nos investimentos em

18 Essa é uma descrição bastante sintética da questão, para uma análise mais aprofundada ver: (GILBERT, 2006) e (FEDERICO; MORTON; SCHAPIRO, 2020).

19 Para compreender como é feita tal exclusão, ver: (EZRACHI; STUCKE, 2022).

20 Para conferir um exemplo, ver: (PETIT; TEECE, 2020)

tecnologia no setor ou no ecossistema digital e no alinhamento dos incentivos para a inovação tecnológica²¹.

Ainda, no caso da definição do mercado relevante, que integra a metodologia tradicional e estruturada da análise de concorrência, uma abordagem das capacidades dinâmicas na economia digital aponta que embora possa parecer que cada ecossistema digital exerce dominância de forma isolada, na dinâmica da concorrência ampla, estes, na verdade, são interligados e complementares (PETIT; TEECE, 2020).

Para que essa dinâmica de mercado funcione seriam necessários filtros estáveis e testes confiáveis, apontam Petit e Teece (2020, p. 11-12). Dessa forma seria possível a distinção e o contrabalanceamento das dinâmicas conjunturais e dos níveis de incerteza, bem como capacidades dinâmicas das firmas.

A abordagem das capacidades dinâmicas é uma metodologia possível para integrar a inovação no raciocínio concorrencial no contexto dos mercados digitais. Trata-se de uma proposta de cunho Schumpeteriano se retomarmos o debate Arrow v. Schumpeter, isso pois, esta proposta entende o recebimento de rendas aos agentes econômicos mais inovadores – ou que possuam maiores capacidades dinâmicas – de forma a incentivar a inovação como algo natural e necessária para o avanço do processo concorrencial e da inovação.

Entretanto, deve-se apontar que a relação entre concentração e inovação ainda é alvo de embates teóricos e empíricos. Afinal, os ganhos de capacidades dinâmicas devem ser sopesados com a relação entre a extensão da concentração e o desincentivo a novos concorrentes e os seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D)²².

Afinal, para os críticos das abordagens de cunho Schumpeteriano, como por exemplo os defensores das teorias das capacidades dinâmicas as grandes empresas de tecnologia - que atualmente dominam todo o ecossistema de mercados digitais – são a causa direta da diminuição da produtividade dos Estados Unidos. Causa esta que seria o desincentivo à inovação e à entrada de outras empresas. Tendo, portanto, influenciado diretamente no declínio no crescimento da produtividade destes mercados²³.

Dessa forma, os mercados digitais requerem uma análise das dinâmicas específicas destes mercados. Assim, a análise concorrencial deve ser enriquecida não apenas com uma melhor avaliação da inovação em si, mas a dinâmica do mercado deve ser objeto de uma análise mais cuidadosa. Essa assertiva não significa, entretanto, que abordagens como a das capacidades dinâmicas sejam a única forma ou a forma mais adequada de incorporar a dinamicidade dos mercados digitais no raciocínio concorrencial.

Apesar dos méritos percebidos nas propostas das teorias das capacidades dinâmicas ela não é isenta de críticas. O abandono das metodologias estruturadas pode significar um aumento expressivo da insegurança jurídica e da imprevisibilidade, uma vez que a identificação de níveis de

21 Essa abordagem pode ser vista em: (PETIT; TEECE, 2020, p. 11-12). Como exemplo, seguem algumas das questões que deveriam ser realizadas na avaliação: “o que acontece se o preço de mercado aumentar 5% ao longo de 1 ano?”, seria alterada para “o que acontece se a empresa deixar de investir em tecnologia nos próximos 4 anos?”; e “o objetivo da prática empresarial é justificado?” para “que fase do ciclo de vida foi atingida pelo ecossistema, e a prática está alinhada?”.

22 Tal direcionamento também pode ser visto em: (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021).

23 Esse cenário é identificado na realidade estadunidense abordada em: (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021).



incerteza e de capacidades dinâmicas em cada firma ainda é de difícil mensuração. Ademais, o foco exclusivo na inovação e nos incentivos a firmas com maior capacidade inovativa pode significar que, além do preço passar a ocupar uma função secundária, outras consequências negativas da concentração de poder econômico sejam excluídas do direito concorrencial²⁴.

Mesmo no âmbito da inovação uma dimensão que escapa a teoria das capacidades dinâmicas é a de demanda por inovação. Nesse contexto, Erzachi e Stucke (2022) analisam não apenas a oferta de inovação, mas também como nos mercados digitais as *Big Techs* controlam e criam a demanda por inovação para operar, sustentar e controlar o seu domínio do ecossistema digital. Nesse contexto, ao controlarem a arquitetura da sua plataforma e interagirem com terceiros que têm acesso a ela no seu ecossistema produzem uma espécie de recife de coral, um lugar “seguro e ideal” à inovação.

Dessa forma, as *Big Techs* conseguem ter acesso a informações de potenciais tendências de mercado ao mesmo tempo que oferecem essa grande quantidade de aplicativos e funcionalidades criadas por terceiros ao seu consumidor, mantendo esse público cativo ao ecossistema. Ainda assim, não deixam de realizar consideráveis investimentos em P&D todos os anos, ou seja, cumulativamente garantem o seu controle hegemônico no ecossistema digital.

Assim, os agentes econômicos produtores de inovação, nomeados por Erzachi e Stucke (2022) de *Tech Pirates* precisam ultrapassar as barreiras à entrada em um mercado muito competitivo e distorcido. Restando claro, nesse sentido, que as *Big Techs*, ao controlem suas próprias plataformas, conseguem também controlar o ecossistema digital e direcionamento a demanda por inovação para funcionalidades compatíveis e que não ameacem as plataformas e ecossistemas existentes, afetando inclusive as transações fora dos seus ecossistemas.

Para Erzachi e Stucke (2022)²⁵, esse controle do crescimento é alcançado com o emprego de três estratégias: (i) a exclusão do *Pirate* do ecossistema ou a redução da sua visibilidade – seria a de mais fácil detecção; (ii) a redução da interoperabilidade com a inovação do *Pirate* – mudanças sutis que fazem com que a experiência não seja agradável ou não ocorra como um todo, desfidelizando o consumidor; e (iii) a cópia da inovação do *Pirate* – chamado, pelos autores, de *copycat torpedo*. Portanto, o comportamento artificialmente estruturado dos integrantes do *Google*, *Apple*, *Facebook*, *Amazon* e *Microsoft* (GAFAMs) interfere na capacidade de inovação como um todo dos *Tech Pirates*, que além de enfrentar um mercado extremamente competitivo, tem de estar atento às armadilhas do próprio sistema que busca integrar.

Esses comportamentos exclusionários impactam de forma negativa a dinâmica concorrencial em dois níveis. Em primeiro lugar, na fase de criação e desenvolvimento de novas tecnologias, pois devido à distorção de demanda, os desenvolvedores são conduzidos para direções erradas, pesquisando e produzindo para demandas inexistentes/distorcidas. E, em segundo lugar, ao nível do ganho de escala porque, devido às barreiras construídas pelos proprietários desses ecossistemas, os novos produtores, *Tech Pirates*, têm a amplitude de seu alcance reduzido, restando limitados a um espaço de pouca visibilidade.

24 Alguns efeitos negativos dos monopólios refletem-se em questões democráticas de concentração de poder, conforme explica o Professor José Távora “La doctrina del antitrust, formulada en los países industrialmente avanzados, postula que la democracia funciona mejor cuando el poder económico se distribuye de manera descentralizada y cuando los distintos intereses económicos se contrarrestan entre sí [...] Cuando el poder económico se concentra, la democracia se pervierte y las políticas empiezan a responder a las presiones de los grupos de poder” (TÁVARA, 2013).

25 Essas estratégias são elaboradas no curso do capítulo 4, p. 45-56.

Essa análise do controle, não apenas da oferta de inovação, mas de como o controle da arquitetura digital permite direcionar a demanda por inovação, é imprescindível para o presente trabalho. Isso pois, integrar a inovação à metodologia de análise concorrencial depende de uma compreensão de como os processos tecnológicos são incorporados pelo consumidor, não apenas como as firmas produzem inovação. Ainda, a correlação entre o controle da arquitetura digital e trajetória do processo inovativo é essencial a melhor compreensão dos ecossistemas digitais.

Afinal, novos entrantes podem ter na inovação uma vantagem concorrencial em relação às firmas incumbentes, essa que nos mercados digitais é ainda mais crucial. Além da inovação nos mercados digitais, alguns fatores podem ser apontados como relevantes para maiores chances de sucesso na dinâmica concorrencial: (i) o agente ser relativamente grande; (ii) entrada durante uma "janela de oportunidade"; e (iii) a atuação em um segmento do mercado que não esteja inteiramente engessado/dominado por alguma arquitetura de *design* dominante (CHRISTENSEN; SUÁREZ; UTTERBACK, 1998).

A dificuldade da política concorrencial em deixar de trabalhar com parâmetros e eficiências estáticas está presente em grande parte das jurisdições, incluindo a União Europeia, que tem adotado políticas mais agressivas de regulação dos mercados digitais (HUMMEL, 2022). A manutenção de uma metodologia de análise rígida e estática torna o impacto da inovação no mercado mais difícil de ser avaliada, uma vez que os impactos da inovação são, sobretudo, dinâmicos.

Em suma, como foi demonstrado por alguns estudos empíricos²⁶ a regulação da inovação tem efeitos ambíguos quando se trata de inovação disruptiva. Dado que o liame entre a inovação positiva e a negativa é de difícil visualização e definição, implicando que as políticas de concorrência, ainda que bem desenhadas, não tenham o impacto pretendido.

Assim, apresentado o contexto do debate da inovação no direito concorrencial e as abordagens econômicas que têm ganhado proeminência na aplicação da legislação concorrencial. Na próxima seção aprofundar-se-á a teoria do *design* dominante como uma opção capaz de contribuir com a adaptação do direito concorrencial e do seu ferramental direcionado às dinâmicas dos mercados digitais.

3. ECOSISTEMAS DIGITAIS E TEORIA DO *DESIGN* DOMINANTE

A escolha da teoria do *design* dominante deve-se, sobretudo, à adequação das suas premissas e à abordagem desenvolvida nas questões concorrenciais dos mercados digitais, em especial, a percepção do processo de inovação nos ecossistemas digitais como um processo contínuo e cíclico (BREM; NYLUND; SCHUSTER, 2016). Além dos trabalhos empíricos que apontam que nenhuma tecnologia tem a capacidade de dominar todas as dimensões da estrutura em razão (unicamente) de seu mérito (ANDERSON; TUSHMAN, 1990)²⁷.

26 Para ver alguns resultados, consultar: (HUESIG; TIMAR; DOBLINGER, 2014).

27 O referido estudo baseia-se em uma sistemática longitudinal, em que se analisam os processos de descontinuidade de produtos, focando nos ciclos de cimento (1888-1980), vidro (1893-1980) e minicomputadores (1958-1982). O estudo conclui que é necessário que as organizações desenvolvam competências diversas para se adaptarem à evolução tecnológica, combinando capacidades de inovação com influência sobre os padrões da indústria. Sob o desafio de acompanharem tanto as inovações incrementais quanto as disruptivas simultaneamente.



Em comparação com as teorias das capacidades dinâmicas pode-se afirmar que a teoria do *design* dominante capta melhor o caráter cíclico do processo inovativo ao observar tanto o surgimento da inovação quanto a busca pela redução da incerteza na consolidação natural do mercado em *design* dominantes, que afetam tanto a oferta e a demanda por inovação como será debatido nesta seção

Para melhor ilustrar o contexto do processo inovativo dentro da teoria do *design* dominante pode se pensar, inicialmente, no ciclo de vida de um mercado tradicional, como o da indústria automobilística mundial. Assim, temos que a fronteira inicial de produtos grosseiramente modulares foi totalmente superada pelo *design* integral dominante, pelo Ford Modelo T, de 1908, pelas inovações de processo subsequentes (o sistema Ford) e pelas expansões de volume (FUJIMOTO, 2013).

Esse modelo, que se tornou o novo paradigma na indústria de automóveis do seu tempo, foi posteriormente superado pelo surgimento do novo *design* dominante, o modelo Abernathy-Utterback, também conhecido como modelo do ciclo de vida do processo de produto. O novo ciclo era baseado em uma estrutura que descreve o padrão dinâmico da inovação industrial, adaptando-se aos clientes nesse “estágio fluido”, que tendem a ser menos numerosos, mais ricos e orientados para a função do produto, em vez de sensíveis ao preço (FUJIMOTO, 2013). A teoria do *design* dominante trabalha com a inovação vista a partir dessa perspectiva, a da concepção de uma quebra cíclica de paradigmas.

Dessa forma, os novos processos inovativos, ao serem capazes de quebrar com o padrão estabelecido até aquele momento, criam paradigmas sem precedentes comparáveis, seja em termos de produto ou mesmo de ciclos de vida. Isso é necessário para que esse processo inovativo seja capaz de atingir o status de *design* dominante.

A mudança de *design* dominante pode ser vista como uma inovação disruptiva mesmo que a abordagem schumpeteriana seja diversa da teoria do *design* dominante. Isso pois ambas se pautam na transformação de paradigmas estabelecidos no mercado. A inovação disruptiva desafia os produtos/serviços dominantes com soluções aparentemente menos avançadas, porém mais acessíveis (CHRISTENSEN; SUÁREZ; UTTERBACK, 1998). Com o tempo, essas inovações ganham tração, expandem sua presença no mercado e, gradualmente, superam os *designs* dominantes estabelecidos. Esse processo representa a mudança do paradigma anterior para um novo *design* dominante, no qual a inovação disruptiva assume o papel principal. Embora a abordagem schumpeteriana da inovação possa diferir em detalhes da teoria do *design* dominante, a inovação disruptiva muitas vezes desempenha um papel crucial na quebra de padrões estabelecidos, resultando na ascensão de novos *designs* dominantes, demonstrando assim uma conexão intrínseca entre esses dois conceitos.

Além disso, embora pareça ser um conceito único, é necessário grande cautela quanto ao seu uso. Uma das razões deve-se à compreensão pretérita da teoria do *design* dominante, que já foi muito próxima ao entendimento de *standard*. O conceito de *standard* é entendido na forma de um padrão, a partir de uma concepção mais abrangente, ao passo que a primeira teoria, atualmente, é compreendida de maneira restrita, implicando em uma leitura de específica dos fenômenos (BREM; NYLUND; SCHUSTER, 2016).

Para melhor compreender esse contraponto, podem ser sustentados três pontos centrais que nos permitem melhor identificar as diferenças entre ideias²⁸, ainda que elas possam ser consideradas

semelhantes sob diversos aspectos. Em primeiro lugar, eles destacam a aceitação do mercado. Na medida que *standards* se centram em um objetivo funcional, voltados a estabelecer conexões entre os componentes de um produto ou serviço, independentemente da aceitação do mercado, focando, portanto, na padronização e aplicação das normas da indústria. Em contrapartida, para se tratar de uma ocorrência da teoria do *design* dominante, a aceitação pelo mercado não só é significativa como também um pré-requisito.

Em segundo lugar, o momento do ciclo de vida do produto/serviço, aqui os *standards* são anteriores à ocorrência de um *design* dominante, respondendo ao próprio ciclo de vida do produto, contemplando desde seu longo processo de aprimoramento de ideias, até sua fase industrial de seleção de componentes e resolução de problemas que permitirão a produção em massa. Enquanto isso, a teoria do *design* dominante é melhor recepcionada em produtos finais específicos, como no caso do embate entre o Blu-Ray vs. HD-DVD, no qual apenas uma das opções figurará enquanto *design* dominante, sendo, desse modo, a mais vendida e popular no mercado consumidor.

Por último, mas não menos importante, tem-se a “dimensão” de cada conceito. Os *standards*, por serem mais abrangentes, podem englobar diversos *designs* dominantes, por exemplo, os modelos comuns de celulares (*standards*) podem ser separados/escolhidos com base na capacidade de seu modelo (*design* dominante) SIM, Mini-SIM ou Micro-SIM (BREM; NYLUND; SCHUSTER, 2016). Como pode-se observar, essa construção, de 2016, é capaz de dialogar com a produção, de 2021, de Ezrachi e Stucke (2022), demonstrando uma construção semelhante de uma teoria do *design* dominante, que por sua vez, se reflete nos ecossistemas digitais.

Assim, partindo dessas diferenças estabelecidas acerca do entendimento de *standards* e da teoria de *design* dominante, entende-se que instituições públicas e privadas de pesquisa já investigaram e reconheceram que o processo de *standardização* interfere no ciclo de inovação, inclusive, que se trata de um conceito já reconhecido e recepcionado por numerosas políticas de inovação (BLIND, 2013).

Apesar de se tratarem de pesquisas com extensão limitada, elas chegaram ao resultado de que *standards* simultaneamente possibilitam e restringem a inovação. Nesse mesmo sentido, nos casos em que os *standards* não foram percebidos como uma fonte de informação às atividades de inovação, os regulamentos também não eram interpretados como uma restrição às atividades de inovação. Assim, quando se trata da teoria do *design* dominante nos mercados digitais, é necessário ter em mente o uso da concepção dinâmica da inovação, vista na seção anterior.

Ademais, é possível observar que, antes de uma arquitetura dominante estabelecer-se em seu lugar, existe um conjunto de características que podem alertar para a situação que se aproxima (HUMMEL, 2022). Como por exemplo, um produto (*design* dominante) capaz de satisfazer às exigências/expectativas de uma parcela expressiva do mercado consumidor. Contudo, é imprescindível a atenção ao tempo de manutenção desse *design* dominante, pois faz parte de sua concepção teórica, de visão positiva ligada à inovação, que exista uma dinâmica cíclica de troca de *design* dominante.

Essa característica advém da sua própria concepção baseada em mercados tradicionais, em que essa dinâmica era capaz de ser materialmente observada. A questão problemática, quando se trata de plataformas digitais, é que os *designs* dominantes são capazes de se manter hegemônicos, no ecossistema digital, durante um período mais extenso que os *designs* dominantes dos mercados industriais tradicionais. Ocasionalmente, assim, um prejuízo ao processo de inovação dentro dos



mercados digitais.

Observa-se que há, de fato, uma ligação entre o ciclo de vida da indústria e a teoria do *design* dominante. Afinal, para cada fase de vida do objeto/serviço tem-se um tipo de demanda: (i) o início ou criação do produto; (ii) o crescimento, traz um aumento de visibilidade; (iii) a maturidade, aqui atinge-se popularidade e a consolidação dos componentes; e (iv) a fase de declínio, quando o produto se torna ultrapassado e começa a perder espaço para uma nova tecnologia (HUMMEL, 2022).

Todas essas quatro fases são respostas às demandas do mercado consumidor. Os consumidores criam a demanda por determinado produto em cada uma destas fases. Apesar disso, não há necessariamente uma ligação direta entre um produto bom e com preço adequado ao maior volume de vendas. Atualmente, os fatores que fazem um produto ser bem aceito ou não pelo mercado consumidor são difusos e de maior complexidade de rastreamento, como por exemplo as questões das publicidades realizadas por meio de influenciadores digitais.

O cenário atual, nos mercados digitais, apresenta desafios complexos à inovação. A permanência prolongada dos *designs* dominantes, como os sistemas operacionais iOS da Apple e Android da Google, pode restringir o processo inovador, impactando a superação de ciclos de *designs* dominantes. Para ilustrar a aplicação de *design* dominantes pode-se pensar em duas situações. A primeira no mercado de *software* de aparelhos celulares, que enfrenta um duopólio, composto pelo sistema iOS, da Apple, e pelo sistema Android, da Google (AHVANOUEY *et al.*, 2017). A segunda, a introdução do algoritmo *PageRank*²⁹ pela Google (BUGANZA; DELLA VALLE, 2010).

No duopólio dos *softwares* de aparelhos celulares, a primeira situação, quando a inovação já não era capaz de equilibrar o ambiente concorrencial, surgiu uma nova fase, um *shake-in*³⁰. Essa nova abordagem, relativa à fronteira da plataforma, proporcionou um espaço para a competição entre concorrentes complementares, isto é, *players* que fornecem serviços auxiliares ao núcleo *design* dominante (HUMMEL, 2022). Por exemplo, os desenvolvedores de aplicativos que dispõem suas novas criações nas lojas de aplicativo do respectivo *design* dominante (Apple App Store ou Play Store).

Já a situação do algoritmo *Google PageRank* teve um desfecho diferente. Quando a plataforma de busca do Google se tornou o modelo dominante, cerceando os concorrentes, paralelamente elaborou mecanismos de bloqueio, capazes de conter outras aproximações de inovadores auxiliares, barrando a ocorrência de um *shake-in* (HUMMEL, 2022). Com essa restrição aos concorrentes complementares – sejam eles possíveis ou mesmo futuros –, foram bloqueadas as novas inovações na plataforma. Em vista disso, a própria Google desenvolveu os mecanismos como o sistema de anúncios, as posições pagas e outros aspectos complementares, que podem parecer inofensivos, mas carregam em si esse bloqueio aos novos competidores, impossibilitando o *shake-in* e travando a dinâmica cíclica inerente à teoria de *designs* dominantes. Como indícios da situação problemática

29 O algoritmo de *PageRank* da Google funciona por meio de análises de links entre páginas da web, assim páginas vinculadas por muitas outras páginas são consideradas mais importantes do que as páginas com poucos links. Desse modo, o algoritmo atribui a cada página uma pontuação do *PageRank*, equivalente à medida de sua importância, a pontuação é calculada usando uma fórmula matemática, com diferentes variáveis, que leva em conta o número e a qualidade dos links que apontam para a página. Resultando em pontuações que são usadas para classificar páginas da web nos resultados de pesquisa. Portanto, no geral, o algoritmo do Google é um sistema complexo e sofisticado que leva em consideração muitos fatores diferentes para determinar a relevância e a importância das páginas da web. Para uma explicação mais técnica, consultar: (WILLS, 2006).

30 Um *shake-in* significa que quando as principais plataformas saem do mercado, o número de empresas complementares na periferia da plataforma aumenta. Para ver mais sobre o termo: (OZALP; CENNAMO; GAWER, 2018).

criada, existem muitos casos litigando sobre o tema, buscando resolver a questão (UNIÃO EUROPEIA, 2022a).

Essa dualidade, representada pelos distintos resultados em dois casos de *design* dominante, demonstram que inexistem métodos de análise únicos, à prova de falhas, capazes de recepcionar a todos os casos. Afinal, os ecossistemas digitais são complexos, gerando incerteza. Portanto, as investigações sobre a possível emergência de *designs* dominantes têm de ser encaradas de forma específica, de modo a represar situações semelhantes à criada pelos algoritmos do *Google PageRank*.

A título de exemplo de uma tentativa de enfrentar o problema de forma específica, a Autoridade Europeia da Concorrência utiliza dois métodos de análise do poder de mercado. Quando se trata de um caso de abuso de posição dominante, o poder de mercado é analisado apenas uma vez. No entanto, quando se trata de casos de controle de concentrações, o poder de mercado é verificado duas vezes. O método é chamado de verificação de dois pontos (UNIÃO EUROPEIA, 2022a), estratégia que visa melhor alcançar o impacto das inovações no procedimento.

Esse procedimento de análise de poder de mercado, com ênfase na verificação de dois pontos, conecta-se com a teoria do *design* dominante nos mercados digitais na medida em que essa teoria se concentra na inovação e na emergência de arquiteturas de mercado que dominam um ecossistema, sendo essencial avaliar como o poder de mercado pode influenciar esse processo. A compreensão mais precisa do poder da arquitetura nos mercados digitais inclui o seu papel como *design* dominante ao fim do processo cíclico apresentado nesta seção e os abusos decorrentes das tentativas que visam retirar o caráter cíclico desse processo. Esse aspecto não é integralmente compreendido pelas teorias das capacidades dominantes.

A análise dupla, adotada pela Autoridade Europeia da Concorrência, considera a ameaça de concorrência potencial e a possibilidade de entrada de novas empresas no mercado, garantindo que o poder de mercado não seja usado para excluir novos *designs* dominantes ou impedir a contestabilidade do mercado. Desse modo, propicia a manutenção da dinâmica cíclica das arquiteturas dominantes, promovendo a inovação e evitando bloqueios à teoria do *design* dominante.

4. POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA E ARQUITETURA DOMINANTE

Atualmente, assistimos inúmeros casos de litígio envolvendo *Big Techs* em diferentes jurisdições³¹, com resultados divergentes. No entanto, mesmo nos casos em que foram condenadas, as sanções aplicadas geraram poucas mudanças no seu modelo de negócio e na arquitetura dos mercados digitais. Assim, essas empresas não têm interesse em alterar as políticas de concorrência, arguindo sempre pela manutenção do status quo.

A teoria do *design* dominante permite compreender que no cenário **pós emergência de arquitetura dominante** a utilização da posição dominante para evitar movimentos cíclicos de emergência de *design* alternativos pode ser extremamente danosa. A criação de obstáculos de natureza exclusionária, que afetam a capacidade de implantação de *designs* rivais é um exemplo. Richard Gilbert (2020) explica esse desafio utilizando o caso da Microsoft na Comissão Europeia,

31 Como exemplo, nos Estados Unidos, o caso *United States v. Microsoft Corp.* 584 U.S. (2018); na União Europeia, o caso *Facebook (C-362/2014)*; e no Brasil *Google Ads (PA 08700.005694/2013-19)*.



em que a Microsoft lançou o Windows 2000 em uma tentativa de o tornar incompatível com os sistemas operativos dos servidores de grupos de trabalho rivais, prejudicando-os indiretamente pela incompatibilidade de seus sistemas.

A principal questão que se coloca é a seguinte: após a emergência de um *design* dominante, é natural que os ecossistemas e/ou plataformas comecem a liderar a busca por inovação? Até o momento, pesquisadores da área pensam que sim (BREM; NYLUND; SCHUSTER, 2016), fundamentalmente, porque acreditam que o poder de mercado inevitavelmente levará à esta aceitação.

Assim, o controle da demanda por inovação e da sua capacidade de implantação ao final de um ciclo e de forma orgânica pelo mercado é uma situação inevitável. A abordagem neo-brandesiana de tentar restringir essa força punindo com proibições per se a mera existência de posições dominantes acaba por ser contrária à dinâmica do mercado. Portanto, não sendo cabível uma abordagem rígida, como pode a política de concorrência antitruste atuar de forma eficiente e ao mesmo tempo adequada ao movimento natural da procura de inovação?

Aqui, se propõe uma abordagem baseada no foco em condutas exclusionárias que tentem de forma artificial evitar os movimentos cíclicos identificados pela teoria do *design* dominante. Embora não se interfira no processo de *standardização*, refreiam-se os movimentos direcionados à exclusão dos possíveis *designs* dominantes seguintes, reduzindo o risco de uma quebra de cadeia³² na dinâmica cíclica das arquiteturas dominantes. Nesse sentido, o objetivo é garantir a continuidade como característica essencial à batalha de inovação dos *designs* dominantes.

Essa abordagem é igualmente relevante no contexto da volta de utilização do conceito de concorrência potencial e do papel central que a contestabilidade desempenha no DMA. A ideia de concorrência potencial como forma de controlar o poder de mercado não é nova na teoria econômica³³, mas no direito da concorrência, o conceito está associado ao trabalho de Joan Bain (1956) e mais tarde de Willian Baumol, John Panzar e Willig (1982).

A concorrência potencial pode ser entendida como a pressão concorrencial exercida pela possibilidade de entrada no mercado por uma ou mais empresas (KERN, 2014). A “ameaça” da existência de concorrência potencial, isto é, a probabilidade de entrada de uma nova empresa naquele ramo do mercado, pode pressionar a empresa já atuante a manter certo patamar de preço e qualidade. Portanto, essa percepção de existência de concorrência potencial é capaz de coibir comportamentos abusivos das empresas atuantes, e, conseqüentemente, aumentar o bem-estar dos consumidores.

Por outro lado, um mercado contestável é aquele em que a entrada é livre e a saída não tem custos (BAUMOL, 1982). Desse modo, há a percepção factível de que nesse mercado a “ameaça” da concorrência potencial está sempre presente, pois seus custos de entrada e saída não configuraram barreiras à atuação de novas empresas.

No caso dos ecossistemas digitais, poder-se-ia argumentar que a presença de uma arquitetura de *design* dominante pode ser vista como uma força que pode tornar menos relevante os efeitos benéficos da concorrência potencial, pois reduziria a inovação e a contestabilidade do mercado. Contudo, conforme o panorama discutido neste artigo, é possível observar que a emergência de uma arquitetura de *design* dominante não é necessariamente uma ameaça à contestabilidade do mercado,

32 Exatamente a conduta empregada pelo algoritmo *PageRank* do *Google*.

33 Por exemplo, pode ser visto no trabalho: (CLARK, 1902). Para uma apresentação mais recente ver: (GILBERT, 1989).

principalmente se o processo cíclico de *design* dominante não for suspenso por uma arquitetura de exclusão.

Tal comportamento começa a ganhar contorno, como na decisão da autoridade concorrencial brasileira (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade) que, em 2020, decidiu aprovar a operação da Stone para comprar a Linx (2020) (BRASIL, 2021). Nesse cenário, a primeira é uma empresa do setor de serviços de pagamento e a outra é focada em *softwares* de gestão empresarial. O Cade, em sua decisão, abordou especificamente o processo de inovação em um contexto dinâmico, colocando a inovação como um dos fatores a serem levados em conta, quando trata-se de operações em mercados digitais. Nessa oportunidade, os impactos da intervenção concorrencial na trajetória da inovação foram tidos como relevantes e incorporados na motivação da decisão de aprovação da operação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de digitalização do mercado trouxe a atenção para a aplicação do direito da concorrência e para a necessidade de uma melhor compreensão do processo inovativo. Também, puxou para a discussão a necessidade de um panorama mais adequado para integrar essa inovação no raciocínio do direito da concorrência.

Na literatura e na jurisprudência do direito da concorrência, o debate sobre possíveis correlações entre concorrência e inovação não é novo, este pode ser rastreado desde o debate entre os pontos de vista de Arrow e Schumpeter, que versam sobre a concentração do mercado e a inovação, conforme comentado nas seções acima.

Desse modo, a proposta deste trabalho foi perpassar pela construção da ideia de desenvolvimento e oferta de inovação, como no clássico Arrow/Schumpeter, mas principalmente, incorporar a esse debate já consolidado a concepção da arquitetura dos mercados digitais com a demanda, adoção e implementação própria de inovação, justamente por suas características particulares e dinâmicas, não adequadamente recepcionadas nos mercados digitais. Para tamanha tarefa, entendeu-se que a abordagem teórica mais adequada seria a teoria do *design* dominante, principalmente por sua compreensão cíclica do processo inovativo e de superação de pontos de inflexão.

Nesse sentido, o principal enfoque da aplicação do direito da concorrência deve ser a manutenção dos ciclos de arquitetura dominante nos mercados digitais, possibilitando a contestabilidade, isto é, o surgimento de novas arquiteturas, evitando-se construções hegemônicas que barrem o ciclo de inovação. Paralelamente, não interferindo na dinâmica de mercado na tarefa no processo de identificação e consolidação de novas arquiteturas dominantes.

Essa situação, aprofundada na segunda seção, traz à luz o impacto real de um *design* dominante, como um procedimento inovativo necessário e positivo, que quando surge naturalmente e não constrói escudos contra concorrentes complementares, é profícuo à inovação e superação de pontos de inflexão. Além disso, conforme visto na terceira seção, permite aos auxiliares inovar de maneira conjunta e complementar, assegurando que o desenvolvimento ocorra progressivamente, barrando estagnações. Portanto, a teoria do *design* dominante pode contribuir para que ferramentas



adicionais sejam desenvolvidas em situações que o balanço de razões para a intervenção concorrencial seja mais intenso e impactos na trajetória do processo inovativa sejam inevitáveis e devam ser estimados.

REFERÊNCIAS

AGHION, Philippe; ANTONIN, Céline; BUNEL, Simon. **The Power of Creative Destruction: economic upheaval and wealth of nations.** Cambridge: Harvard University Press, 2021.

AGHION, Philippe; BLOOM, Nick; BLUNDELL, Richard; GRUFITH, Rachel; HOWIT, Peter. Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 120, n. 2, p. 701-728, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/23phhnhz>. Acesso em: 15 set. 2023.

AHVANOUEY, Milad Taleby; LI, Qianmu; RABBANI, Mahdi; RAJPUT, Ahmed Raza. A Survey on Smartphones Security: *Software Vulnerabilities, Malware, and Attacks.* **International Journal of Advanced Computer Science and Applications**, Nanjing, v. 8, n. 10, p. 30-45, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/248vd8j5>. Acesso em: 25 nov. 2023.

ALLEN, Hillary J. Regulatory *Sandboxes.* **The George Washington Law Review**, Washington, v. 87, p. 579-645, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2356t292>. Acesso em: 15 out. 2023.

ANDERSON, Philip; TUSHMAN, Michael L. Technological Discontinuities and Dominant *Designs: a cyclical model of technological change.* **Administrative Science Quarterly**, Ithaca v. 35, n. 4, p. 604-633, 1990. Disponível em: <https://tinyurl.com/288v8tv5>. Acesso em: 15 out. 2023.

ARROW, Kenneth J. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. *In:* NELSON, Richard R. **The Rate and Direction of Inventive Activity.** Princeton: Princeton University Press, 1962.

BAIN, Joan. **Barriers to New Competition.** Cambridge: Harvard University Press, 1956.

BAUMOL, William J. Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure. **American Economic Review**, Pittsburgh, v. 72, n. 1, p. 1-15, 1982.

BAUMOL, William; PANZAR, John; WILLIG, R. **Contestable Markets and the Theory of Industry Structure.** Nova Iorque: Harcourt, Brace, Jovanich, 1982.

BLIND, Knut. The impact of *standardization and standards* on innovation. **NESTA Working Paper**, Londres, n. 13/15, p. 1-32, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/28t3grzj>. Acesso em: 15 out. 2023.

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

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.003969/2020-17.** Interessados: STNE Participações S.A., Linx S.A., Cielo S.A., Ayden do Brasil LTDA., Totvs S.A., BANCO SAFRA S.A. Relator: Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani, 22 de junho de 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dam7o93>. Acesso em: 17 set. 2023.

BREM, Alexander; NYLUND, Petra A.; SCHUSTER, Gerd. Innovation and de facto *standardization: the influence of dominant design* on innovative performance, radical innovation, and process innovation. **Technovation**, Sheffield, v. 50-51, p. 79-88, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/25m4gb4q>. Acesso em: 17 set. 2023.

BUGANZA, Tommaso; DELLA VALLE, Emanuele. The Search Engine Industry. In: CERI, Stefano; BRAMBILLA, Marco (ed.). **Search Computing**. Milão: Springer, 2010. p. 45-71.

CALVANO, Emilio; POLO, Michele. Market power, competition and innovation in digital markets: A survey. **Information Economics and Policy**, [S. l.], v. 54, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/24zueowu>. Acesso em: 12 nov. 2023.

CHENG, Thomas K. Convergence and its Discontents: a reconsideration of the merits of convergence of global competition law. **Chicago Journal of International Law**, Chicago, v. 12, n. 2, p. 433-490, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2awp8wdx>. Acesso em: 11 nov. 2023.

CHIARINI, Tulio (org.). **Cenários para o Sistema Nacional de Inovação: 2019-2022**. Rio de Janeiro: INT, 2020.

CHRISTENSEN, Clayton M.; SUÁREZ, Fernando F.; UTTERBACK, James M. Strategies for survival in fast-changing industries. **Management Science**, v. 44, n. 12, p. 207-220, 1998.

CLARK, John Bates. **The Control of Trusts**. New York: Macmillan, 1902.

ESTEVES, Luiz Alberto. Uber: o mercado de transporte individual de passageiros – regulação, externalidades e equilíbrio urbano. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 325-361, set./dez. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yp6augw>. Acesso em: 12 out. 2023.

EVANS, David S.; HAGIU, Andrei; SCHMALENSEE, Richard d. **Invisible Engines: How Software Platforms Drive Innovation and Transform Industries**. Cambridge: MIT Press, 2008.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. **How Big Tech Barons Smash Innovation: and how to strike back**. Cambridge: Nova Iorque: Harper Business, 2022.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **C-4336**. United States of America, Plaintiff, v. *Google Inc.*, Defendant, 20 de novembro de 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2agobvq2>. Acesso em: 12 out. 2023.

FEDERICO, Giulio; MORTON, Fiona Scott; SHAPIRO, Carl. Antitrust and Innovation: welcoming and protecting disruption. **Innovation Policy and the Economy**, Chicago, v. 20, n. 1, p. 129-199, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/255lujqe>. Acesso em: 12 out. 2023.

FUJIMOTO, Takahiro. The long tail of the auto industry life cycle. **Journal of Product Innovation Management**, Minnesota, v. 31, n. 1, p. 8-16, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2c2kuedt>. Acesso em: 12 out. 2023.

GERBER, David J. **Global Competition: Law, Markets and Globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

GILBERT, Richard J. **Innovation Matters: Competition Policy for the High-Technology Economy**. Cambridge: MIT Press, 2020.

GILBERT, Richard J. The Role of Potential Competition in Industrial Organization. **Journal of Economic Perspectives**, Nashville, v. 3, n. 3, p. 107-127, 1989. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cdfq9wd>. Acesso em: 12 out. 2023.

GILBERT, Richard. Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation debate? **Innovation Policy and the Economy**, Chicago, v. 6, p. 159-215, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/274yqq9f>. Acesso em: 12 out. 2023.



HUESIG, Stefan; TIMAR, Katalin; DOBLINGER, Claudia. The influence of regulation and disruptive potential on incumbents' submarket, entry decision and success in the context of a network industry. **Journal of Product Innovation Management**, Minnesota, v. 31, n. 5, p. 1039-1056, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bggflsd>. Acesso em: 12 out. 2023.

HUMMEL, Lisanne M. F. Dominant positions or dominant *designs*? Market power and innovation in European Competition Law. In: ŠMEJKA, Václav. **EU Antitrust: hot topics and next steps 2022**. Prague: Charles University Press, 2022.

JACOBIDES, Michael G.; CENNAMO, Carmelo; GAWER, Annabelle. Towards a Theory of Ecosystems, **Strategic Management Journal**, [S. l.], v. 39, n. 8, p. 2255-2276, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/27xrvyh5>. Acesso em: 12 out. 2023.

JACOBIDES, Michael G.; Ionnis, LIANOS. Ecosystems and competition law in theory and practice. **Industrial and Corporate Change**, Oxford, v. 30, n. 5, p. 1199-1229, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/26wlfwx>. Acesso em: 12 out. 2023.

JAFFE, Adam; LERNER, Josh. **Innovation and its Discontents: how our broken patent system is endangering innovation**. Cambridge: The MIT Press, 2006.

KERN, Benjamin R. Innovation markets, future markets, or potential competition: how should competition authorities account for innovation competition in merger reviews? **World Competition: Law and Economics Review**, Netherlands, v. 37, n. 2, p. 173-206, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/273xm44g>. Acesso em: 11 out. 2023.

KLEIN, Vinícius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. Curitiba: CRV, 2015.

MAYHEW, Anne. Schumpeterian Capitalism versus the "Schumpeterian Thesis. **Journal of Economic Issues**, Londres, v. 14, n. 2, p. 583-592, 1980. Disponível em: <https://tinyurl.com/25d2ygsn>. Acesso em: 11 out. 2023.

NELSON, Richard R.; ROSENBERG, Nathan. Technological Innovation and National Systems. In: NELSON, Richard R. (ed.). **National Innovation Systems: a comparative analysis**. New York: Oxford University Press, 1993. p. 3-22.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**. Paris: OECD Publishing, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>. Disponível em: <https://tinyurl.com/y72m4k36>. Acesso em: 12 set. 2023.

OZALP, Hakan; CENNAMO, Carmelo; GAWER, Annabelle. Disruption in Platform-Based Ecosystems. **Journal of Management Studies**, New Jersey, v. 55, n. 7, p. 1203-1241, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/22p5zsqg>. Acesso em: 12 set. 2023.

PENEREIRO, Stephanie Vendemiatto; KASTRUP, Gustavo H.; BARBOSA, Vitor Jardim Machado. My game, my rules? O *enforcement* concorrencial do brasil e do mundo relacionado ao selfpreferencing. **Revista do IBRAC**, São Paulo, n. 1, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/24kkpvg4>. Acesso em: 12 out. 2023.

PETIT, Nicolas. The Proposed *Digital Markets Act* (DMA): a legal and policy review. **Journal of European Competition Law & Practice**, Fiesole, v. 12, n. 7, p. 529-541, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2y8bwl2d>. Acesso em: 12 out. 2023.

PETIT, Nicolas; TEECE, David J. **Taking Ecosystems Competition Seriously in the Digital Economy**. Paris: OECD, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/22x72dxx>. Acesso em: 12 out. 2023.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. **Journal of the European Economic Association**, Oxford, v. 1, n. 4, p. 990-1029, 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/23rqeh09>. Acesso em: 12 out. 2023.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: A progress report. **The Rand Journal of Economics**, Santa Monica, v. 35, n. 3, p. 645-667, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/29ddpzbv>. Acesso em: 12 out. 2023.

SCHREPEL, Thibault. Predatory Innovation: the definite need for legal recognition. **SMU Science & Technology Law Review**, Dallas, v. 21, p. 19-73, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/226ghalg>. Acesso em: 13 out. 2023.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Nova Iorque: Harper and Row, 1950.

STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. **Final Report**. Chicago: The University of Chicago Booth School of Business, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/22387m48>. Acesso em: 25 nov. 2023.

TÁVARA, José. **Mercados, monopolios y democracia**. Lima: Portal de Assuntos Públicos de la PUCP, 2013. Disponível em: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index//handle/123456789/11914>. Acesso em: 17 out. 2023.

TEECE, David. J.; PISANO, Gary; SHUEN, Amy. Dynamic capabilities and strategic management. **Strategic Management Journal**, [S. l.], v. 18, n. 7, 1997. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ynggcc8>. Acesso em: 2 out. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. **Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2022 relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais)**. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2022a. Disponível em: <https://tinyurl.com/2b8xhfbq>. Acesso em: 25 nov. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Geral da União Europeia. **Acórdão do Tribunal Geral de 10 de novembro de 2021 — Google e Alphabet/Comissão (Google Shopping)**: Processo T-612/17. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2022b. Disponível em: <https://tinyurl.com/26gfemvg>. Acesso em: 25 nov. 2023.

WILLS, Rebecca S. *Google's pagerank*: The math behind the search engine. **The Mathematical Intelligencer**, [S. l.], v. 28, n. 4, p. 6-11, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/2aqswwsf>. Acesso em: 25 nov. 2023.

WILSON, Robert A.; KEIL, Frank C (ed.). **The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences**. Cambridge: The MIT Press, 1999.

ZETZSCHE, Dirk A.; BUCKLEY, Ross P.; ARNER, Douglas W.; BARBERIS, Janos N. Regulating a Revolution: From Regulatory *Sandboxes* to Smart Regulation. **Fordham Journal of Corporate and Financial Law**, v. 23, n. 31, p. 31-103, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/26kkfd77>. Acesso em: 25 nov. 2023.



6

KILLER ACQUISITIONS NO SETOR FINANCEIRO BRASILEIRO? UMA ANÁLISE EX-POST DOS CASOS ÁGORA- BRADESCO E XP-ITAÚ¹

*Killer Acquisitions in the Brazilian Financial
Sector? An Ex-Post Analysis of the Ágora-
Bradesco and XP-Itaú Cases*

Luiz Felipe Bittencourt de Abreu²

Fundação Getúlio Vargas (FGV) – Rio de Janeiro/RJ, Brasil

José Gustavo Féres³

Fundação Getúlio Vargas (FGV) – Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Eduardo Pontual Ribeiro⁴

Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) – Rio de Janeiro/RJ, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: nos últimos anos, a digitalização e a inovação tecnológica transformaram os principais setores da economia e revolucionaram a forma como os consumidores interagem com produtos e serviços. Ao mesmo tempo, desencadearam discussões antitruste devido à aquisição de concorrentes menores, sendo possíveis “*killer acquisitions*”. Essa preocupação se estende ao mercado financeiro brasileiro, que está passando por mudanças significativas. Empresas inovadoras e o chamado processo de desbancarização ameaçam o domínio das instituições financeiras tradicionais, o que pode levar a aquisições estratégicas defensivas por parte delas. Nesse cenário, as “*killer acquisitions*” se tornam um tópico relevante, pois podem eliminar futuros concorrentes disruptivos ou afetar a competição no setor financeiro brasileiro.

Objetivo: o presente estudo tem como objetivo analisar se atos de concentração no setor financeiro brasileiro selecionados, como *Ágora-Bradesco* e *XP-Itaú*, podem ser entendidos como “*killer*”

Editor responsável: Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 12/12/2023 **Aceito em:** 06/06/2024 **Publicado em:** 19/06/2024

2 Bacharel em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Mestre em Economia com ênfase em Finanças pela Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getúlio Vargas.

E-mail: lfabreu95@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1653144445361432> **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0006-6962-9175>

3 Técnico de Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e professor da Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getúlio Vargas. Doutor em Economia - Université de Toulouse I Sciences Sociales e Graduação em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

E-mail: jose.feres@fgv.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/0860160432390224> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-3024-3823>

4 Professor Titular - Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Pesquisador do CNPq. PhD em Economia pela University of Illinois - Urbana-Champaign e Graduação em Economia pela Universidade Federal de Pernambuco.

E-mail: eribeiro@ie.ufrj.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8025102145074887> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-4032-9962>

acquisitions' à luz dos desafios e teorias de dano das inovações e de mercados digitais. É importante ressaltar que ambas as transações envolveram a aquisição de empresas possivelmente '*mavericks*', o que amplia o interesse na análise.

Método: a pesquisa buscou utilizar a teoria do dano das '*killer acquisitions*' para fazer uma análise dos casos *Ágora-Bradesco* e *XP-Itaú*.

Conclusões: os estudos de caso da *Ágora-Bradesco* e *XP-Itaú* proporcionam uma compreensão valiosa sobre a possibilidade de práticas de '*killer acquisitions*' no mercado financeiro brasileiro. No caso da *Ágora*, a aprovação sem restrições pelo Cade levantou preocupações devido a lacunas na análise dos mercados relevantes, caracterização como '*maverick*' e na competição futura, dada a posição de liderança da *Ágora* em um segmento em rápido crescimento. A empresa perdeu força competitiva após a aquisição. Em contrapartida, a análise e ação do Cade na aquisição da *XP* pelo *Itaú*, quase uma década depois, adotou uma abordagem diferente com a implementação de remédios comportamentais e restrições para manter a *XP* competitiva, classificando-a como uma empresa '*maverick*'. A atuação conjunta do Cade com o Banco Central desempenhou um papel fundamental na mitigação dos possíveis efeitos de uma possível '*killer acquisition*' no mercado financeiro brasileiro, com a *XP* mantendo ou expandindo suas atividades. Além disso, essa abordagem está em linha com a tendência global de maior vigilância nos mercados digitais, enfatizando a importância de preservar a inovação e a concorrência potencial.

Palavras-chave: *killer acquisitions*; *Ágora-Bradesco*; *XP-Itaú*; mercados digitais.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: In recent years, digitization and technological innovation have transformed key sectors of the economy and revolutionized the way consumers interact with products and services. Simultaneously, they have triggered antitrust discussions due to the acquisition of smaller competitors, potentially leading to "*killer acquisitions*." This concern extends to the Brazilian financial market, which is undergoing significant changes. Innovative companies and the so-called process of "unbanking" threaten the dominance of traditional financial institutions, prompting them to consider strategic defensive acquisitions. In this scenario, "*killer acquisitions*" become a relevant topic as they could eliminate future disruptive competitors and impact competition in the Brazilian financial sector

Objective: This study aims to analyze whether selected mergers and acquisitions in the Brazilian financial sector, such as *Ágora-Bradesco* and *XP-Itaú*, can be understood as '*killer acquisitions*' considering the challenges and theories of harm of innovation and digital markets'. It is important to emphasize that both transactions involved the acquisition of potentially '*maverick*' companies, which further enhances the interest in the analysis.

Method: The research aimed to apply the '*killer acquisitions*' theory of harm to analyze the *Ágora-Bradesco* and *XP-Itaú* cases.

Conclusions: The case studies of *Ágora-Bradesco* and *XP-Itaú* provide valuable insights into the possibility of '*killer acquisitions*' practices in the Brazilian financial market. In the *Ágora* case, the unconditional approval by Cade raised concerns due to gaps in the analysis of relevant markets, characterization as a '*maverick*,' and potential impact on future competition, given *Ágora's* leading position in a rapidly growing segment. The company experienced a loss of competitive strength



following the acquisition. On the other hand, the analysis and actions taken by Cade in *Itaú's* acquisition of XP, almost a decade later, took a different approach by implementing behavioral remedies and restrictions to maintain XP's competitiveness, classifying it as a '*maverick*.' The collaborative efforts of Cade with the Central Bank played a crucial role in mitigating potential effects of a possible '*killer acquisition*' in the Brazilian financial market, with XP either maintaining or expanding its operations. Furthermore, this approach aligns with the global trend of increased scrutiny in digital markets, emphasizing the importance of preserving innovation and potential competition.

Keywords: *killer acquisitions; Ágora-Bradesco; XP-Itaú; digital markets.*

Classificação JEL: K21; G34.

Sumário: 1. Introdução; 2. Referencial Teórico: inovação, plataformas e competição; 2.1. Killer Acquisitions; 3. Estudos de Caso; 3.1. Ato de Concentração – Ágora e Bradesco; 3.1.1 Estrutura; 3.1.2. Evolução da Ágora pós-Ato de Concentração; 3.1.3 Avaliação da aquisição da Ágora pelo Bradesco sob a ótica das Killer Acquisitions; 3.1.4. Desenvolvimento da Ágora após a aquisição e Cenário contrafactual; 3.1.5 Conclusão; 3.2. Ato de concentração – XP e Itaú; 3.2.1. Estrutura da operação e remédios; 3.2.2. Avaliação do Banco Central do Brasil (BCB); 3.2.3. Evolução da empresa após ACCs; 3.2.4. Análise da aquisição de ações de XP pelo Itaú sob a ótica das Killer Acquisitions e comentários finais sobre o ato de concentração; 4. Comentários Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os principais setores da economia têm experimentado profundas transformações tecnológicas nos últimos anos, especialmente com a consolidação de grandes empresas de tecnologia como *Amazon, Alphabet, Apple* e *Meta*. Essas empresas revolucionaram a forma como os consumidores interagem com produtos e serviços, dominando mercado e criando modelos de negócio disruptivos. Com o uso intensivo de dados e algoritmos, conseguiram oferecer soluções inovadoras e conquistar uma base massiva de usuários ao redor do mundo. (PETIT; TEECE, 2021, p. 1).

Ao mesmo tempo que trouxeram benefícios ao consumidor, essas empresas tornaram-se ponto focal de discussões antitruste em várias jurisdições pela sua postura agressiva ao adquirir empresas menores, especialmente *startups*. Essas aquisições seriam estratégicas para consolidar seu domínio nos mercados e garantir vantagens competitivas. No entanto, essas práticas têm levantado preocupações antitruste sobre o possível impacto negativo na concorrência, o que tem sido objeto de escrutínio pelas autoridades antitruste (HOLMSTRÖM *et al.*, 2019, p. 20).

As aquisições eliminatórias, ou *killer acquisitions* no original em língua inglesa, estão no cerne da discussão, em que empresas já estabelecidas e com grande poder de mercado adquirirem concorrentes com intuito de descontinuar projeto inovadores e evitar a competição futura. (CMA, 2021, p. 40).

Nessa discussão, o mercado financeiro brasileiro não está imune às transformações trazidas pela crescente digitalização e inovação tecnológica, sendo inseridas nesse contexto com a rápida adoção de novas tecnologias e modelos de negócios disruptivos. As transformações verificadas nos últimos anos não foram conduzidas por grandes bancos (PARTYKA; LANA; MARCON, 2020, p. 5), mas por empresas que levaram um modelo de negócio diferente para o mercado, como a *XP Investimentos*. Essas empresas conseguiram conquistar uma fatia significativa do mercado e têm o potencial para ameaçar o domínio das instituições financeiras tradicionais em alguns mercados.

A rápida ascensão desses agentes inovadores poderia desencadear respostas estratégicas das grandes instituições, incluindo a possibilidade de aquisições para neutralizar a concorrência emergente. Assim, as *killer acquisitions* tornam-se um tema relevante, uma vez que podem resultar na eliminação de futuros concorrentes com perfil disruptivo e prejudicar a dinâmica competitiva do setor financeiro brasileiro.

O presente estudo tem como objetivo central a análise de importantes atos de concentração no mercado financeiro brasileiro, sob a lente das aquisições eliminatórias com enfoque em empresas *maverick*⁵. Entendendo as características de plataformas, inovação e competição e a teoria do dano da *killer acquisitions*, temos uma estrutura analítica para avaliar os estudos de caso tratados: a aquisição da *Ágora Corretora* pelo *Bradesco BBI* e aquisição de parte da *XP Investimentos* pelo *Itaú*.

O artigo se coloca como uma avaliação ex-post de atos de concentração. Aqui a avaliação se constitui em um estudo de caso detalhado, ao invés de estudo econométrico, como Santos (2015) e Severino e Resende (2020). A vantagem do estudo de caso está na possibilidade explorar dimensões não quantitativas ou múltiplas dimensões quantitativas do caso. A desvantagem está na ausência de modelagem econométrica com controle de erros do tipo I e tipo II nas conclusões.

A discussão sobre inovação e concentração (e.g., FEDERICO; LANGUS; VALLETTI, 2017), traz luz à experiência do mercado de investimentos no Brasil, em que as principais transformações recentes não foram promovidas pelos incumbentes. Muitas destas transformações exploram o modelo de plataformas digitais, com descentralização da ação via agentes de negócios autônomos e investidores.

A discussão sobre inovação e plataformas multilaterais é essencial nesse debate, uma vez que norteiam importantes discussões no campo da política antitruste sobre *Killer Acquisitions*. Essas aquisições estratégicas envolvem empresas já estabelecidas adquirindo *startups*, não apenas para frear sua pressão competitiva atual, mas principalmente para eliminar a possibilidade dessas empresas se tornarem concorrentes futuros. Dessa forma, o objetivo central desse tipo de aquisição é o de eliminar projetos inovadores e interromper o desenvolvimento de tecnologias e produtos que poderiam, em um cenário competitivo, ameaçar a posição dominante das empresas incumbentes (e.g., OECD, 2020b).

As operações em questão se diferenciam da maior parte dos estudos relativos às *Killer Acquisitions* que se concentram na aquisição de empresas nascentes e ainda não atingiram os critérios para notificação da transação às autoridades antitruste (FAYNE; FOREMAN, 2020). Na situação dos atos de concentração envolvendo *XP* e *Ágora*, essas já estavam consolidadas no mercado e desafiavam

5 “Empresas *Mavericks* são aquelas que apresentam um nível de rivalidade do tipo disruptivo. Geralmente são empresas com um baixo custo de produção e uma baixa precificação que força os preços de mercado para baixo ou empresas que se caracterizam por sua inventividade e estimulam a permanente inovação no segmento em que atuam. Nesse sentido, sua presença independente no mercado pode disciplinar os preços das empresas com maior *market share*” (BRASIL, 2016, p. 51).

as estruturas bancárias tradicionais com suas abordagens inovadoras de negócios. Incluí-las como *mavericks* na análise da teoria do dano das *killer acquisitions* traz uma contribuição valiosa ao debate, pois oferece perspectiva sobre práticas anticompetitivas destas empresas incumbentes.

Este artigo está dividido em três seções: a primeira traz o marco teórico para a análise realizada, a segunda contém a análise dos casos em si e por fim, tecem-se comentários finais.

2. O DILEMA DOS LEILÕES E A APRESENTAÇÃO DA DISCUSSÃO

A discussão sobre inovação está intrinsecamente conectada à teoria das *killer acquisitions*. À medida que empresas inovadoras surgem no mercado, muitas vezes elas se tornam alvos de aquisição por parte de concorrentes estabelecidos. Essas aquisições podem ser motivadas pelo desejo de eliminar a concorrência futura ou adquirir tecnologias promissoras para consolidar a posição no mercado. No entanto, essa prática levanta preocupações sobre os impactos na inovação, uma vez que empresas inovadoras podem perder sua independência e capacidade de continuar desenvolvendo soluções disruptivas. Assim, é fundamental entender a dinâmica da inovação e sua relação com a concentração de mercado (SHAPIRO, 2011; FEDERICO; MORTON; SHAPIRO, 2020).

Deve-se destacar a preocupação de que *startups* com potencial para ameaçar a posição de mercado ou o modelo de negócio de empresas incumbentes possam ser adquiridas com o intuito de serem descontinuadas ou neutralizadas após a aquisição (SCHWEITZER *et al.*, 2018, p. 122). Logo, pode ser economicamente vantajoso para uma empresa incumbente seguir a estratégia de aquisição de empresas inovadoras ao invés de investir para concorrer com elas. Um ponto de atenção importante para as autoridades é no que diz respeito à análise de empresas *maverick*, uma vez que são empresas inovadoras, com potencial de disrupção do mercado.

A inovação pode ser mais fácil dentro de um contexto de digitalização dos negócios, em um ambiente onde operam plataformas multilaterais (EVANS; SCHMANLENSEE, 2015, p. 2). Estruturas de plataforma são encontrados em mercados nos quais ocorre um *feedback* entre os diversos lados envolvidos. Uma plataforma de investimentos ilustra o fenômeno do *feedback* positivo entre os diferentes participantes. A disponibilidade de uma ampla variedade de títulos e produtos financeiros atrai investidores, o que, por sua vez, impulsiona o crescimento do capital investido e a geração de receitas para a plataforma. Esse sucesso atrai o interesse de mais empresas interessadas em oferecer seus instrumentos financeiros, resultando em uma maior diversidade de opções. Assim, o *feedback* positivo desempenha um papel importante no funcionamento e no potencial de uma plataforma de investimentos.

Além de efeitos de rede cruzados, OECD (2022), *inter alia*, destaca características destes negócios. As empresas inseridas nos mercados digitais se beneficiam de economias de escala e de escopo, uso massivo de dados, custos de mudança, assim como utilizam-se "preços zero" ou extremamente baixos, como forma de atrair novos usuários e conseguir auferir receitas por meio de outras fontes, como publicidade ou vendas de produtos complementares.

Um exemplo de "preços zero" a ser destacado nos mercados financeiros é a política de corretagem zero para investimentos em ações, em que a *Clear Corretora* foi pioneira na disponibilização desse serviço para sua base de clientes. Em suma, os clientes são atraídos para utilização da plataforma sob o argumento que não precisarão pagar a corretagem de ações, e a plataforma de investimentos

consegue gerar um *cross-selling* ao disponibilizar outros tipos de ativos e serviços pagos. No caso da *Clear*, por possuir clientes com perfil *trader* (CLIENTES..., 2022), esses são atraídos para utilização de plataformas profissionais de negociação pagas e que, para operar através delas, há custos fixos e variáveis. No próprio site da corretora *Clear*, é possível verificar situações em que há cobrança de taxas, como em cenários de zeragem compulsória, em que as posições do investidor são “zeradas” ao atingir determinado limite de risco sugerido pela corretora

Inovações disruptivas fazem parte desse grupo de atributos, de modo que setores inteiros da economia sejam transformados. Essas inovações são marcas de grandes empresas como *Alphabet*, *Amazon*, *Meta*, *Microsoft* e *Apple*, mas também emergem a partir do surgimento de empresas *maverick* (BRASIL, 2016). Não seria demais assumir que todas estas surgiram como empresas *maverick*. De um lado, as inovações proporcionadas por essas empresas criam oportunidades e impulsionam o crescimento econômico. De outro, elas tornam a análise antitruste ainda mais desafiadora para as autoridades e costumam promover uma concentração de mercado.

A teoria do dano das *killer acquisitions* apresenta preocupações com relação à sobreposições horizontais, sendo essas aquisições de natureza horizontal. Elas ocorrem quando uma empresa expande sua atuação em determinado mercado, ao realizar aquisições de outras que atuam no mesmo segmento ou que oferecem produtos ou serviços semelhantes (BRASIL, 2016, p. 52). Essa estratégia ajuda a fortalecer a posição dominante da empresa e alcançar bases de usuários que antes não teriam acesso.

As aquisições de conglomerado envolvem a compra de empresas de diferentes setores ou indústrias, com objetivo de diversificar as operações e obter acesso a novos mercados (OECD, 2020a, p. 7). Também podem trazer uma série de vantagens competitivas, como a eliminação de concorrentes e a integração de novas tecnologias. Sorkin (2017) traz o exemplo da aquisição da rede de supermercados *Whole Foods* pela *Amazon*, permitindo a expansão de sua presença no setor de varejo físico, especificamente no setor de alimentos.

2.1. *Killer acquisitions*

Cunningham, Ederer e Ma (2021) definem *killer acquisitions* como a aquisição, por parte da empresa já estabelecida, de empresas concorrentes visando descontinuar projetos inovadores e evitar competição futura. A teoria do dano das *killer acquisitions* se refere a uma categoria específica de aquisições que ocorrem no contexto da competição potencial. Este conceito é utilizado para descrever interações competitivas que envolvem pelo menos uma empresa com potencial para entrar ou expandir a concorrência com outras empresas. A fusão poderia implicar na perda da competição futura entre as empresas (CMA, 2021, p. 40).

A eliminação de projetos inovadores para o mercado é a preocupação antitruste das *killer acquisitions*. A empresa incumbente tem maior incentivo para adquirir e eliminar empresas inovadoras em mercados menos competitivos, onde o incumbente tem mais a perder se a inovação da empresa for desenvolvida com sucesso. O cenário contrafactual com essa suposição de inovação demonstra sua essencialidade para a teoria, uma vez que as grandes empresas de tecnologia têm a busca pela inovação profundamente integrada à sua estratégia de negócios. Elas não se contentam apenas em competir no mercado em que operam, mas têm o objetivo de transformá-lo por meio de avanços



tecnológicos e ideias inovadoras (ZOFFER, 2019, p. 310). Logo, analisar se empresa a ser adquirida tem potencial de se tornar uma empresa *maverick*, competidor disruptivo e até mesmo sua probabilidade de ser adquirida por outro competidor atual ou futuro, é pertinente para a teoria do dano das *killer acquisitions*

Antes de partir para os estudos de caso, deve ser feita a análise dos elementos que serão relevantes para suas avaliações sob a ótica das aquisições eliminatórias. O primeiro passo seria traçar uma expectativa sobre o que poderia acontecer na ausência da fusão, ou seja, *um contrafactual relevante* (OECD, 2020b, p. 23). Assim, a análise deveria ser capaz de responder se o alvo continuaria independente e, caso positivo, quão forte e competitivo seria e quais mecanismos utilizaria para conseguir financiamento. Por último, deve-se examinar se, na ausência da fusão, o cenário em que o incumbente adquire uma empresa diferente resultaria no desenvolvimento de sua própria versão do produto, ou se ocorreria a entrada disruptiva de outro concorrente no mercado.

De acordo com Holmström *et al.* (2019, p. 17) e Bundeskartellamt (2016, p. 28), a principal questão para o controle de fusões em mercados digitais com suspeita de aquisições eliminatórias é como definir corretamente um mercado relevante, especialmente quando a inovação ocorre em áreas não totalmente identificadas, e possíveis futuros concorrentes ainda não estão ativos em um mercado estritamente delimitado. A definição desses mercados de forma mais ampla pode endereçar essa questão, desde que as empresas estejam ativas. Há também uma abordagem alternativa para mercados relevantes proposta por Gilbert e Sunshine (1995), focada em mercados de inovação, delimitados a partir da inovação central ao caso.

3. ESTUDOS DE CASO

Nesta seção foi realizado um estudo de caso de dois atos de concentração que poderiam ter sido avaliados à luz da teoria do dano das *killer acquisitions* pelas autoridades, dado o perfil disruptivo de ambas as empresas adquiridas. Foi analisada a aquisição da *Ágora* pelo *Bradesco* em 2008 e a aquisição de parte da *XP* pelo *Itaú* em 2017, de modo que foi possível traçar um paralelo entre os dois atos de concentração e avaliar o impacto dos remédios propostos ou a falta deles pós-aquisição. Com dados diretos das empresas escassos, também foram usadas fontes secundárias como notícias, documentos públicos divulgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e Banco Central do Brasil (BCB), denúncias de concorrentes e entrevistas com ex-executivos das empresas para examinar os impactos pós-aquisição.

Nos estudos de casos que serão analisados, as duas empresas, *Ágora* e *XP Investimentos*, já tinham se consolidado no mercado, eram líderes em seus segmentos de atuação e incomodavam as estruturas bancárias tradicionais. Com modelos de negócio inovadores, a inclusão dessas empresas como *mavericks* sob o arcabouço da teoria do dano das *killer acquisitions* pode enriquecer o debate a respeito do tema e fornecer insumos para futuras condutas anticompetitivas de empresas incumbentes no mercado. Ou seja, incluir neste debate não somente a aquisição de empresas nascentes, mas também de grandes agentes disruptivos.

Um ponto útil nas análises subsequentes é a observação das mudanças ocorridas pós-fusão. De acordo com Ivaldi, Petit e Unekbas (2023), para que hipótese de uma aquisição assassina ser válida, após a fusão, deve haver:

- (i) Desaparecimento dos produtos da empresa adquirida;
- (ii) Enfraquecimento das empresas concorrentes;
- (iii) Redução ou ausência de entrada e inovação após a fusão.

Caso uma das três mudanças ocorra, a fusão poderia ser enquadrada na teoria do dano das *killer acquisitions*.

3.1. Ato de concentração - *Ágora e Bradesco*

Até o ato de concentração entre *Itaú* e *XP*, a transação com maior valor de mercado entre uma Corretora de Valores Mobiliários e um grande Banco havia sido a aquisição da *Ágora CCTVM* pelo *Bradesco*. O Ato de Concentração envolveu a incorporação das ações da *Ágora Holdings S.A.* (e, de forma indireta, da *Ágora Corretora de Títulos e Valores Mobiliários S.A.*) pelo *Banco Bradesco BBI S.A.* No momento da transação, a relação preço-lucro da aquisição foi 21,3 vezes (PARTYKA; LANA; MARCON, 2020, p. 5).

O interesse suscitado pelo *Bradesco* ocorreu em um momento em que o banco já possuía uma extensa base de clientes no setor de varejo e observou um movimento de migração de investimentos em renda fixa para renda variável, em um cenário de redução de taxas de juros. Dados os sistemas de informática avançados da *Ágora*, como o *Home Broker*, agilidade operacional e equipes de profissionais especializados, o Banco enxergou a oportunidade de aquisição (BRADESCO..., 2008).

A *Ágora Investimentos* foi fundada em 1993 e se destacou como uma empresa inovadora no mercado financeiro brasileiro. De acordo com seu site oficial, foi pioneira ao lançar a ferramenta *Home Broker* no Brasil, viabilizando negociação de ações por meio de sistemas eletrônicos (QUEM..., 2023).

Em 2008, a *Ágora Investimentos* consolidou sua posição como líder do segmento de *Home Broker* no país. A corretora carioca possuía cerca de 70 mil clientes, sendo 40 mil deles ativos, e movimentava um volume financeiro através da ferramenta de aproximadamente 43,71 bilhões, o que representava três vezes mais do que a segunda colocada (*Bradesco Corretora*, com R\$ 14,17 bilhões). Nesse período, somando-se o volume transacionado das outras três maiores corretoras do país (*Bradesco*, *Título e Banif*), não alcançava o patamar da *Ágora* (CAMARGO, 2008).

O trunfo que impulsionou a liderança da *Ágora* foi sua condição de ser inovadora ao oferecer uma ferramenta que simplificava a entrada de pessoas físicas na bolsa de valores, com a oferta de tecnologia e serviços adicionais, tornando-a referência e destaque. Seus investimentos em tecnologia contribuíram para a fidelização de sua base de investidores. Dadas as características supracitadas, a aquisição da *Ágora* pelo *Bradesco* é relevante para o estudo das *killer acquisitions*, especialmente por ser uma empresa inovadora, que promoveu transformações importantes no mercado em que atuava e que potencialmente poderia ter sido enquadrada como uma empresa *maverick*.

3.1.1. Estrutura

No que tange aos mercados relevantes para análise da operação, na análise do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) da operação foram avaliados os mercados de



corretagem na *Bovespa* e na *BM&F*. No primeiro, a *Ágora* possuía cerca de 7,7% de participação, sendo a segunda com maior participação de mercado e o *Bradesco* figurava apenas como décimo terceiro neste mercado. Pós-operação, as instituições virariam líderes de mercado com cerca de 10% de participação. No caso do mercado de *BM & F* (Bolsa de Mercadorias e Futuros), a *Ágora* e o *Bradesco* possuíam somente 3,86% e 0,44% de participação de mercado, respectivamente. Essas participações representam um controle de parcela de mercado inferior ao limite de 20% estabelecido pelo Guia *SEAE-SDE*, de modo que não haveria viabilidade para o exercício unilateral de poder de mercado. Além de pulverizados, na visão do Cade, os mercados em questão apresentavam intensa concorrência e taxas de crescimento significativas, com entrada provável, tempestiva e efetiva (BRASIL, 2008, p. 48-49, p. 88, p. 169-179). Assim, a operação foi aprovada sem restrições pelo Cade (2008, p. 179). Contudo, é importante ressaltar que a ferramenta do *Home Broker* não foi utilizada como critério para delinear o mercado de corretagem de valores mobiliários.

3.1.2. Evolução da *Ágora* pós-Ato de Concentração

Mesmo sendo um agente inovador no mercado, na prática, o que se observou é que mesmo com a injeção de capital, nos anos subsequentes à aquisição a *Ágora* perdeu espaço no mercado para outros concorrentes. Ao adquirir a *Ágora*, o *Bradesco* decidiu intensificar seu ingresso em um mercado que estava tradicionalmente menos focado, no caso, as atividades de corretagem de valores mobiliários. Naquele momento, a corretora era líder de mercado no segmento de pessoa física e negociava cerca de R\$ 63 bilhões através de seu *Home Broker*. Contudo, o que se observa nos anos seguintes, com exceção dos anos de 2009 e de 2010, é uma queda considerável no volume negociado. Ainda que haja fatores macroeconômicos do período que possam ter influência nesta diminuição do volume negociado, com resultados negativos, houve crescimento do volume negociado no período no mercado em geral (Quadro 1).

Quadro 01 - Evolução *Ágora* CCTVM

Ano de referência	Volume negociado ^A (<i>Home Broker</i>) (em milhões de R\$)	Varição do Índice <i>Bovespa</i> ^B	Volume Negociado (BM;F e <i>Bovespa</i>) ^C (em milhões de R\$)
2008	R\$ 63.037	- 41,22%	R\$ 456.835
2009	R\$ 73.274	82,66%	R\$ 375.354
2010	R\$ 64.888	1,04%	R\$ 444.113
2011	R\$ 38.502	- 18,11%	R\$ 581.533
2012	R\$ 37.149	7,40%	R\$ 747.440
2013	R\$ 37.106	-15,50%	R\$ 1.198.609
2014	R\$ 28.612	- 2,91%	R\$ 883.074
2015	R\$ 21.922	- 13,31%	R\$ 858.856

Fonte: Elaborado pelo autor com base em dados dos relatórios trimestrais do *Bradesco*, 2023. Fontes/
legenda:

- A) <https://br.financas.yahoo.com/quote/%5EBVSP/history?period1=1656847321;period2=1688383321;interval=1mo;filter=history;frequency=1mo;includeAdjustedClose=true>
 B) <https://bvmf.bmfbovespa.com.br/indices/ResumoVariacaoAnual.aspx?Indice=IBOV;idioma=pt-br>
 C) <https://www.bradescom.com.br/informacoes-ao-mercado/central-de-resultados/>

Além dos números que demonstram perda de mercado por parte da *Ágora*, há notícias mais recentes que indicam falta de investimento do *Bradesco* na corretora, o que ajuda a explicar a queda do volume negociado. Segundo Flach (2019), o vice-presidente do *Bradesco*, Cassiano Scarpelli, admite que houve falta de investimento na plataforma no segmento de pessoas físicas e que iriam trilhar um caminho para injetar maior capital e modernizar a corretora, inclusive segregando suas operações do banco.

Helio Pio (2023)⁶, sócio e executivo da corretora entre 2008 e 2015, comentou que no período prévio à aquisição, todo o processo decisório estava concentrado na *Ágora*, o que trazia uma agilidade grande para o negócio. Contudo, ao ser adquirida, aos poucos a empresa perdeu sua independência, a ponto de ter tanto sua estrutura de tecnologia como de compliance subordinada ao *Bradesco*. Ou seja, entendeu que houve um processo de burocratização da corretora no mesmo momento em que a *XP* começava a se destacar no mercado com um modelo de negócio disruptivo, como será analisado mais adiante.

Roberto Rocha (2023)⁷, um dos sócios fundadores da *Ágora*, destacou que pós-aquisição, houve uma perda de "DNA" da *Ágora*. Com a compra do *Bradesco*, a *Ágora* virou, em suas palavras, um "braço" do Banco. A velocidade na inovação, que era um dos principais diferenciais competitivos, passou a estar subordinada a decisões estratégicas do *Bradesco* e a concorrer com outras áreas internas, inclusive da própria *Bradesco Corretora*.

3.1.3. Avaliação da aquisição da *Ágora* pelo *Bradesco* sob a ótica das *killer acquisitions*

Para ser possível avaliar a aquisição da *Ágora* pelo *Bradesco* sob a ótica das *Killer Acquisitions*, é necessário ter em mente que o ato de concentração ocorreu em um contexto de mercado anterior ao cenário pós-transformação digital do setor financeiro. Os grandes bancos concentravam a maioria das transações financeiras, a revolução promovida pelas *fintechs* e *startups* ainda estava em um estágio embrionário e havia uma baixa inclusão financeira na área de investimentos. Traçar uma visão retrospectiva sobre a forma que o Cade eventualmente poderia ter atuado naquela ocasião deve ser feita com cautela, uma vez que a maioria do referencial teórico relacionado às aquisições eliminatórias não estava disponível para análise antitruste. Contudo, realizar essa discussão com um olhar detido na inovação e seus impactos sobre bem-estar do consumidor pode fornecer insumos para uma melhor análise de futuras aquisições potencialmente anticompetitivas no mercado financeiro brasileiro.

Uma primeira discussão é referente ao mercado relevante de corretagem de valores mobiliários. Por mais que fosse desconcentrado e concorrido, com a *Ágora* ocupando o segundo lugar, não foi analisada a concentração com base somente em transações realizadas através do *Home Broker*, como um mercado relevante individualizado.

As operações de *Home Broker* poderiam ser consideradas diferentes das operações usuais, uma clara diferenciação de produto. Mesmo não considerando um mercado relevante separado,

6 Trecho da entrevista com Helio Pio fornecida por telefone ao primeiro autor no dia 02/06/2023.

7 Trecho da entrevista com Roberto Rocha fornecida por telefone ao primeiro autor no dia 30/06/2023.



poder-se-ia entender a rivalidade relevante ao caso neste segmento de mercado como central para análise e diferente das forças competitivas do mercado relevante de corretagem como um todo.

Possíveis preocupações relacionadas à inovação após o ato de concentração poderiam ter sido levantadas. Ainda que teoria do dano das *killer acquisitions* estivesse em estágio inicial, a utilização da abordagem de Gilbert e Sunshine (1995, p. 95) poderia ter sido útil ao considerar o mercado corretagem de valores mobiliários de operações realizadas através do *home broker* como um “mercado inovador”, diferenciando-o dos mercados tradicionais. Assim, a fusão poderia ter impactos diretos sobre a inovação, pois havia sobreposições nesse mercado. Ou seja, os investimentos em pesquisa e desenvolvimento voltados para aprimoramento das soluções tecnológicas da *Ágora* poderiam ser absorvidos pela estrutura do *Bradesco*, reduzindo o potencial de inovação da *Ágora*.

Outro ponto que poderia ter sido considerado é que o *Bradesco* era uma das maiores empresas do país, com controles e estruturas internas mais rígidas em relação à *Ágora*. Conforme Penna (2014, p. 66-67), a dependência de trajetória e a inércia organizacional poderia fazer com que o *Bradesco* fosse resistente ou tivesse dificuldade na adoção de novas tecnologias e práticas inovadoras, mesmo que isso fosse do seu interesse. Como verificado na seção 2.1.2 do presente artigo, dada a estrutura da operação e perfil das empresas, a manutenção do ímpeto inovativo da *Ágora* era um desafio pós-incorporação.

Conforme a definição do Cade (BRASIL, 2016, p. 51), a *Ágora* poderia ser uma *maverick* ao fazer parte do grupo de empresas que “se caracterizam por sua inventividade e estimulam a permanente inovação no segmento que atuam”. A pressão nos preços não seria a principal discussão, uma vez que havia outros concorrentes no mercado que possuíam políticas de cobrança de corretagem semelhante ou até menor. A principal mudança estava nas ferramentas de tecnologia e análise disponíveis para os clientes poderem realizar investimentos na bolsa de valores.

3.1.4. Desenvolvimento da *Ágora* após a aquisição

Com base nas informações apresentadas e cenário contrafactual ao longo da seção, é possível perceber que a *Ágora* não manteve sua expansão e a posição de destaque no mercado de renda variável. Embora fosse uma corretora inovadora e líder de mercado no segmento de pessoa física, após a aquisição pelo *Bradesco*, a empresa perdeu espaço para concorrentes e enfrentou uma queda considerável no volume negociado. Mesmo que a intenção do *Bradesco* não tenha sido a de eliminar a empresa ou, ao menos, freá-la, é possível que essa aquisição tenha gerado impactos negativos nesse mercado.

Nesse contexto, segundo a OECD (2020b, p. 29) a coleta de evidências sobre o possível caminho de desenvolvimento e crescimento da *Ágora* após aquisição é uma ferramenta interessante para avaliar se houve uma possível *killer acquisition* e dano à concorrência, mesmo que a resposta final seja negativa. No entanto, ao adotar uma perspectiva contrafactual, considerando a inexistência de concorrentes disruptivos, percebe-se que tal cenário potencialmente acarretaria danos aos consumidores e poderia atrasar o movimento de “desbancarização”.

No que tange à falta de danos à concorrência, ela pode estar associada à consolidação de uma empresa *maverick* nos anos subsequentes, a XP, conforme será apresentado no estudo de caso

subsequente. Em um cenário sem esse fator, é possível que os consumidores tivessem sido impactados de forma negativa. Isso denota a importância da análise do que poderia acontecer na ausência da fusão, de modo a avaliar a força da ameaça concorrencial que a empresa poderia desempenhar naquele mercado ou até mesmo em mercados futuros que ainda não estivesse inserida, conforme sugerido pela OECD (2020b, p. 23).

3.1.5. Conclusão

Analisar uma concentração que ocorreu em 2008 à luz da teoria do dano das *killer acquisitions* traz o desafio de evitar uma visão retrospectiva que poderia enviesar sua análise. Ainda assim, há lições importantes que podem ser aprendidas com a aquisição da *Ágora* pelo *Bradesco*.

Um primeiro ponto a ser analisado é que o *home broker* da *Ágora* não desapareceu nos anos subsequentes e continuou no mercado com um número significativo de clientes. Porém, é evidente que após a absorção pelo *Bradesco*, a *Ágora* teve seu crescimento impactado. Não houve eliminação do produto, mas pode-se argumentar que houve redução da intensidade da inovação como veremos na seção 2.2, na comparação com outras empresas.

Um segundo ponto a ser analisado é o fato de o mercado ter continuado concorrido após a aquisição e não ter havido enfraquecimento das empresas concorrentes. Contudo, é necessário frisar que potencialmente a concorrência teria sido comprometida se não fosse a entrada de outro agente inovador, agindo como uma *maverick*, no caso, a *XP Investimentos*. Isso também fez com que não tivesse dano ao bem-estar do consumidor, uma vez que o mercado continuou dinâmico e possibilitando a entrada de novos agentes inovadores que melhoraram os serviços financeiros para a população.

Em suma, percebe-se que uma análise mais aprofundada em relação à inovação poderia ter sido realizada, mesmo que na época não houvesse todo o referencial teórico referente às *killer acquisitions*. Isso poderia trazer uma maior compreensão dos impactos potenciais da aquisição no mercado e no desenvolvimento tecnológico do setor.

3.2. Ato de concentração - *XP e Itaú*

A *XP Investimentos*, estabelecida em 2001 como um escritório de Agentes Autônomos de Investimentos⁸ (AAI), apresentou um modelo de negócio disruptivo que desafiou o tradicional mercado de produtos de investimentos dominados por grandes bancos. A empresa se tornou um elemento central no processo de "desbancarização" ocorrido na década de 2010 e contestou um mercado de produtos de investimentos altamente concentrados nas mãos de poucos grandes bancos.

De acordo com o formulário submetido pela *XP* à *Nasdaq* em seu *Initial Public Offering* (IPO),

8 Segundo o artigo 1º da Instrução 497 da CVM, agente autônomo de investimento (AAI) é a pessoa natural, registrada na forma desta Instrução, para realizar, sob a responsabilidade e como preposto de instituição integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários, as atividades de: I - prospecção e captação de clientes; II - recepção e registro de ordens e transmissão dessas ordens para os sistemas de negociação ou de registro cabíveis, na forma da regulamentação em vigor; e III - prestação de informações sobre os produtos oferecidos e sobre os serviços prestados pela instituição integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários pela qual tenha sido contratado (CVM, 2011)..



alguns fatores permitiram que a empresa se desenvolvesse e incomodasse as maiores instituições do mercado financeiro. Primeiro, a disponibilização de uma plataforma de investimentos com ampla variedade de produtos financeiros, diferentemente dos bancos tradicionais que por muitos anos disponibilizavam para seus clientes somente produtos de investimentos do próprio banco, como fundos de investimentos e títulos de renda fixa. Por meio de uma plataforma tecnológica, a XP pode criar um ambiente em que era possível comprar produtos financeiros tanto da XP, como de outras instituições financeiras, com os produtos próprios representando um percentual pequeno em relação à oferta de outros produtos.

Ainda assim, a maior disrupção foi em seu modelo de negócio, com a criação de uma rede de distribuição de produtos de investimento *omnichannel*⁹. Dessa maneira, foram realizadas aquisições de outras corretoras de títulos e valores mobiliários com estruturas semelhantes à sua, como a *Rico*, permitindo alcance maior junto a investidores iniciantes, e a *Clear*, focada em clientes que realizam operações de *day trade*. Porém, nessa estrutura multicanais, a figura mais importante foram os Agentes Autônomos de Investimento, que trouxeram capilaridade nacional para sua plataforma de investimentos.

Ao incorporar essas estratégias, a XP se tornou uma empresa líder e inovadora no mercado de distribuição de produtos de investimento, estabelecendo-se como uma opção diferenciada e confiável para os investidores. Seu principal trunfo não esteve necessariamente vinculado a sua tecnologia disruptiva, uma vez que outros concorrentes também possuíam plataformas digitais de investimento, mas a uma visão diferenciada de distribuição de produtos de investimento (UNITED STATES, 2019). Essas características distintivas reforçam a posição da XP como uma empresa *maverick*, capaz de desafiar o *status quo* e promover mudanças significativas no cenário financeiro do país.

3.2.1. Estrutura da operação e remédios

No dia 11 de abril de 2017, foi enviada para aprovação a participação acionária do *Itaú Unibanco S.A* no capital social da *XP Investimentos S.A.* sem a aquisição do controle societário.

Para a análise da operação, foram definidos 8 mercados relevantes sob a ótica do produto: i) Corretagem de Valores; ii) Gestão de recursos de terceiros; iii) Administração de recursos de terceiros/ fiduciária; iv) Planos de previdência privada; v) Distribuição de produtos de investimento para o varejo; vi) Seguros de vida; vii) Seguros habitacionais; viii) Corretagem de seguros. A dimensão geográfica dos mercados relevante foi considerada nacional, dada a natureza das plataformas digitais (BRASIL, 2018).

De modo geral, houve entendimento do Cade que, nos mercados em que foi verificada a sobreposição horizontal, não havia risco de aumento o poder de mercado em decorrência da operação. Com base na análise convencional, apenas as integrações verticais relacionadas ao mercado de distribuição de produtos de investimento apresentariam desafios concorrenciais.

Contudo, a operação possui algumas características que as afastam das suposições baseadas nos índices de concentração econômica tradicionais, por uma das partes ser considerada uma

9 O omnichannel é a integração dos canais com a experiência do usuário, concentrando-se na marca e como esta é percebida pelo consumidor. São utilizados diferentes dispositivos (celulares, smartphones, tablets, computadores) e canais (online, offline) durante uma mesma jornada de compra (OKADA, 2016; GUISSONI, 2017).

empresa *Maverick*, no caso, a *XP Investimentos*.

Na avaliação do ato de concentração, a Superintendência Geral do Cade considerou a *XP* como uma empresa *Maverick*. A *XP* apresentava taxas de crescimento nos mercados de corretagem de valores e distribuição de produtos de investimentos superiores aos demais agentes, trazendo uma perspectiva futura de poder de mercado ainda maior. Ademais, era um capaz de exercer influência nos preços das empresas com maior participação de mercado, especialmente no mercado de distribuição de produtos de investimentos (BRASIL, 2018).

No que tange aos efeitos de rede, foram identificados tanto diretos como indiretos no mercado de distribuição de produtos de investimento. Dessa maneira, um entrante teria dificuldade em conseguir oferecer uma plataforma mais atrativa do que a *XP*, dada a variedade de produtos disponíveis. Do lado da oferta, a *XP* também seria mais vantajosa para distribuição de seus produtos de investimentos, uma vez que teria a maioria dos investidores concentrada. Uma forma de mitigar tais efeitos, conforme já mencionado, seria com o *Multihoming*. Todavia, enquanto do lado dos investidores a utilização de outra plataforma pode ser simples, do lado dos ofertantes a *XP* poderia dificultar a partir de cláusulas de exclusividade. Assim, a partir do voto do conselheiro-relator Paulo Burnier (BRASIL, 2018), identifica-se essa exigência como uma forte barreira à entrada e ao surgimento de novos concorrentes no mercado.

O Cade identificou um possível enfraquecimento exercido pela *XP* no mercado de corretagem e distribuição de produtos de produtos de investimento e a possibilidade da eliminação de uma empresa *maverick*. O fato de o *Itaú* ter participação minoritária e a impossibilidade de assumir o controle da *XP*, não seria fator mitigador das preocupações, sendo necessário um Acordo em Controle de Concentrações (ACC) para aprovação. Este teve como ponto central a facilitação de utilização de outras plataformas de investimento tanto do ponto de vista dos ofertantes como dos investidores, ao terem sua portabilidade entre instituições simplificada. Além disso, teve como foco a manutenção dos benefícios da plataforma *XP* para clientes atuais e futuros.

3.2.2. Avaliação do Banco Central do Brasil (BCB)

Além da análise do Cade, há a necessidade aprovação pelo BCB, uma vez que os requerentes são entidades reguladas pela instituição. O BCB partiu da suposição que a operação em análise teria sido realizada com objetivo do *Itaú* se defender e compensar os efeitos negativos devido à migração de muitos investidores de sua plataforma fechada de investimentos para a plataforma aberta oferecida pela *XP*.

O BCB caracterizou plataformas abertas de investimentos como *mavericks*. Isso fez com que não apenas o impacto sobre a competição presente e os mercados relevantes imediatos fosse importante, mas também na concorrência futura e em mercados correlatos.

O protagonismo do tema de concorrência potencial é visível na análise. O efeito sobre o mercado de produtos bancários do *Itaú*, no momento do Ato de Concentração, era nulo pela *XP* não atuar com atividades bancárias. Contudo, o BCB vislumbrou a possibilidade de, no futuro, a *XP* poder oferecer produtos bancários, uma vez que os clientes tenderiam a concentrar seu consumo de produtos financeiros em um só ofertante (BCB, 2019, p. 5).



Assim, o BCB entendeu que a operação seria pró-competitiva e poderia ser aprovada ao avaliar seus riscos e benefícios, desde que fossem estabelecidas medidas compensatórias para mitigar os riscos de impactos negativos na concorrência. Assim, houve a celebração de um outro ACC, que estipulava obrigações para ambas as partes, em período maior do que o do Cade (BCB, 2019, p. 6).

As obrigações impostas ao *Itaú* incluíam a restrição de adquirir plataformas abertas de investimentos e de obter participação acionária em empresas desse tipo de negócio, exceto nas aquisições específicas das porcentagens do capital social da *XP* nas três fases iniciais previstas pela operação. Além disso, o acordo proíbe expressamente a aquisição do capital social votante da *XP* pelo *Itaú* e estabelece cláusulas que visam limitar a interferência do *Itaú* na administração da *XP*. Essas cláusulas incluem a impossibilidade de indicar administradores, a proibição de acesso às bases de dados da *XP* por parte do *Itaú* e a exclusão de representantes do banco em reuniões do grupo de controle que ocorrem antes da assembleia geral de acionistas (BCB, 2019, p. 6).

3.2.3. Evolução da empresa após ACCs

O entendimento para as restrições para aprovação foi que os ACCs manteriam incentivos para que a *XP* continuasse independente e não se submetesse aos interesses do *Itaú* como novo sócio.

Diferentemente do estudo de caso anterior, em que a *Ágora* teve seu modelo de negócio absorvido pelo *Bradesco* e perdeu sua essência inovadora, a *XP* conseguiu se manter competitiva e concentrar ainda mais o mercado. Em relação ao primeiro, a *XP* continuou competitiva no mercado de Agentes Autônomos de Investimentos e o manteve como um foco de seu modelo de negócio. A *XP* manteve liderança neste segmento, com cerca de 34% das empresas de agentes autônomos vinculados à sua instituição ao final de 2022, em comparação a 43% no primeiro trimestre de 2021 (AAWZ, 2022). Ao considerar a quantidade de profissionais, a *XP* possuía cerca de 68%, com um número cerca de três vezes maior que o segundo colocado, o *BTG Pactual*, e vinte vezes maior do que o terceiro, o *Banco Safra*. Ainda que possa ser argumentado que a *XP* perdeu participação no mercado, isso não se deve à falta de investimentos no segmento, mas a entrada e fortalecimento de concorrentes, especialmente do *BTG Pactual*.

Assim, é importante reforçar que, pós-aquisição, houve o crescimento e consolidação do *BTG Pactual*, que começou a contestar poder de mercado da *XP* de forma significativa. Em inquérito enviado ao Cade que investiga supostas infrações concorrenciais atribuídas à *XP*, é mencionada a perda de 60 empresas de agentes autônomos da *XP* para o *BTG* (SERAFIM, 2022). No documento disponível para consulta pública no site da autarquia, é citado que, em 2020, houve a saída de 25 escritórios, representando 9% da custódia total do grupo *XP*, enquanto, em 2021, foram cerca de 35, representando 6% da custódia (AAWZ, 2022).

A *XP* realizou alguns movimentos desde o Ato de Concentração que possibilitaram um fortalecimento de sua marca e um crescimento que culmina em R\$ 1 trilhão em custódia de produtos de investimento em 2023 (BALARIN, 2023). Assim, foram adquiridas empresas menores que envolvem tanto integrações verticais, aquisições de conglomerado e sobreposições horizontais. Entre 2021 e 2022 a *XP* realizou a aquisição de um Banco (*Modal*) e de duas Corretoras de Valores Mobiliários (*Modal CCTVM e Singulare*), adquiriu participação em três casas de análise de investimentos, em cinco gestoras de recurso, assim como participações em empresas de educação e tecnologia.

Conforme mencionado acima, umas das preocupações do BCB residia não somente no impacto sobre a competição presente e nos mercados relevantes imediatos, mas na concorrência futura e em mercados correlatos. Essa era uma questão muito pertinente, uma vez que a *XP* se transformou não somente em um *marketplace* completo de investimentos, seguros e previdência, mas obteve autorização em 2019 do Banco Central para virar de fato um Banco Múltiplo, com carteiras comercial e de investimentos, e entrar em novos mercados para concorrer diretamente com seu próprio sócio, o *Itaú* (LEWGOY, 2019).

Dessa maneira, em um cenário contrafactual sem as restrições sugeridas e com a participação majoritária no capital social votante da *XP* por parte do *Itaú*, é possível que a *XP* não tivesse seguido esta trajetória.

3.2.4. Análise da aquisição de ações de *XP* pelo *Itaú* sob a ótica das *killer acquisitions* e comentários finais sobre o ato de concentração

Realizar a análise do Ato de Concentração *Itaú* e *XP* sob a ótica das *killer acquisitions*, comparando-o ao estudo de caso anterior, permite ser avaliado o que aconteceu com o mercado de plataformas de investimentos nos anos subsequentes e como as autoridades antitruste atuaram em situações relativamente semelhantes. A diferença principal é o contexto e cenário em que ambos ocorreram. No caso da *XP* e *Itaú*, o mercado financeiro já havia passado por uma profunda digitalização, o processo de "desbancarização" já estava suficientemente maduro, e as ferramentas de análise à disposição do Cade e do BCB relativas a mercados digitais, inovação e *killer acquisitions* eram mais vastas.

Um acerto das autoridades parece ter sido a avaliação do mercado de Distribuição de Produtos de Investimento para o varejo como um mercado relevante específico. O Cade teve o cuidado de avaliar a concentração de mercado, com os Bancos tradicionais sendo considerados e sem a entrada desses. Em outras palavras, considerou um cenário como concorrentes da *XP* somente outras plataformas de investimento sem agentes com estrutura fechada de distribuição de produtos de investimentos e, outro, em que esses agentes foram considerados. Na primeira hipótese, o mercado seria moderadamente concentrado, enquanto na segunda, a *XP* possuía um poder de mercado próximo a 50%.

Ou seja, as autoridades antitruste foram capazes de delimitar de forma ampla os mercados relevantes ao mesmo tempo que analisaram de forma individualizada eventuais recortes que trariam maiores questões concorrenciais, identificando possíveis mercados futuros. Essa abordagem mais flexível conforme sugerido por Holmström *et al.* (2019, p. 17), permitiu que a concentração provocada pelo ato de concentração fosse avaliada corretamente.

Ao reconhecerem a *XP* como uma empresa disruptiva e capaz de influenciar os preços no mercado de distribuição de produtos de investimento, as autoridades demonstraram uma perspectiva atenta aos impactos além de aspectos estáticos do mercado. Nesse cenário, foi avaliado que o HHI poderia não trazer uma visão completa e, a princípio, apenas as integrações verticais relacionadas ao mercado de distribuição de produtos de investimento trariam preocupações maiores. Isso fez com que as autoridades fossem além da análise convencional e avaliassem não apenas o impacto sobre a



concorrência atual, mas também relacionados à concorrência futura e a mercados correlatos, com a oferta de produtos bancários pela XP.

Em linha com a proposição de Motta e Peitz (2020), tanto *Itaú* como a *XP* apresentaram argumentos para justificar que a fusão não traria preocupações concorrenciais e trouxeram justificativas relacionadas às sinergias entre as empresas. Ou seja, o ônus da prova também recaiu sobre esses dois agentes, que trouxeram a defesa que a estrutura da operação seria o suficiente para mitigar a questões relativas à defesa da concorrência.

Realmente, alguns fatores ajudaram a manter a *XP* independente. O primeiro diz respeito à limitação imposta à presença do *Itaú* no Conselho de Administração, com no máximo duas posições e sem direito a veto, salvo em questões financeiras, vedação ao acesso à base de dados da *XP* e a exclusão de representantes do *Itaú* em reuniões do grupo de controle. O segundo é que a *XP* teria incentivos para continuar independente, uma vez que os valores pagos aos controladores estariam vinculados ao lucro líquido da *XP* e a seus resultados futuros no caso de exercício do direito de venda ou compra do controle da companhia. Uma estrutura com maior liberdade de atuação para o *Itaú* ou que previsse uma incorporação de áreas da *XP* pelo *Itaú* visando maiores sinergias e economias de escopo poderia trazer os mesmos problemas verificados na aquisição do *Bradesco* pela *Ágora*. Nessa hipótese, sobreposições dos investimentos e pesquisa poderiam comprometer a continuidade da postura disruptiva da *XP*.

Um fator interessante foi o prazo de monitoramento proposto pelo BCB de 8 a 15 anos, que pode endereçar a problemática relativa aos critérios de tempestividade da *killer acquisitions*, uma vez que os impactos da aquisição podem continuar por um longo período (OECD, 2020b, p. 21). Em um cenário sem esses remédios, possivelmente o *Itaú* teria adquirido o capital social votante da *XP*, não teria sido realizado seu IPO ou até mesmo o ímpeto inovativo teria sido freado.

Assim como no estudo de caso *Bradesco-Ágora*, a métrica de crescimento após a operação é uma ferramenta útil para avaliar questões relativas aos danos à concorrência, se houve diminuição na inovação e, em última instância, se a operação pode ser caracterizada como uma *killer acquisition*.

A partir dos movimentos pós-aquisição, o que se observou foi um crescimento acelerado da *XP*, com o aumento de seu poder de mercado, estruturação de novos serviços e produtos e listagem de suas ações na *Nasdaq*. Capitalizada, a *holding* pode continuar sua investida contra os Bancos, inclusive contra o próprio *Itaú*. Os pontos abordados anteriormente reforçam seu desenvolvimento pós-aquisição.

Com base nessas informações, é evidente que a própria estrutura da operação e os remédios e medidas tomadas pelo Cade e BCB foram bem-sucedidos em mitigar os efeitos anticompetitivos relacionados à pressão que o *Itaú* poderia exercer na *XP* e limitar seu potencial de desenvolvimento.

Alguns elementos sugeridos na teoria do dano das *killer acquisitions* foram utilizados na avaliação, e a inclusão de empresas *maverick* sob esse referencial teórico traz uma contribuição para futuros casos semelhantes. Se analisarmos a operação com base na sugestão de Ivaldi, Petit e Unekbas (2023), é possível perceber que não houve desaparecimento dos produtos da empresa adquirida e não houve redução da inovação.

Ainda que a operação tenha potencialmente trazido outros problemas concorrenciais relativos a práticas de exclusividade e fechamento de mercado por parte da *XP* no mercado de

Agentes Autônomos de Investimento, sob a ótica das *killer acquisitions*, as autoridades antitruste conseguiram atuar de modo a evitar que o modelo de negócio disruptivo da XP fosse descontinuado. Destarte, do ponto de vista das aquisições eliminatórias, a atuação das autoridades foi bem-sucedida em mitigar os efeitos anticompetitivos relacionados à pressão que o Itaú poderia exercer na XP e limitar seu potencial de desenvolvimento (TOLEDO, 2019).

4. CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo central a análise dos impactos das aquisições sobre a inovação com ênfase no mercado financeiro brasileiro, através de estudos dos casos *Bradesco-Ágora e Itaú-XP*. Sua principal diferenciação está na análise sob o prisma de *killer acquisitions* para empresas *maverick*, isto é, empresas já estabelecidas, mas com perfil disruptivo e que promovem mudanças significativas nos mercados em que atuam.

A escolha dos casos se insere em um contexto de digitalização do mercado financeiro brasileiro e proporciona a oportunidade de avaliar a atuação do Cade em mercados semelhantes, porém ocorridas em períodos distintos, gerando aprendizados relevantes para a análise de atos de concentração futuros.

No que tange ao caso da *Ágora*, cabe ressaltar que esta poderia ter sido potencialmente classificada como uma empresa *maverick*. A aprovação do Cade sem restrições se baseou, em parte, em potenciais lacunas identificadas na análise referente ao mercado relevante e à competição futura. O tratamento amplo dos mercados relevantes de renda variável pode não ter se mostrado adequado, especialmente considerando a posição de liderança da *Ágora* em um segmento em rápido crescimento e inovativo, no qual pessoas físicas realizavam operações via *home broker*.

No caso subsequente da XP, ocorrido quase uma década após a aquisição da *Ágora* pelo *Bradesco*, houve uma atuação distinta das autoridades antitruste. A implementação de remédios comportamentais, limitando a interferência do Itaú, juntamente com a estrutura da operação que impedia que o Itaú adquirisse a maioria do capital votante, manteve a XP competitiva e possibilitou que ela continuasse com seu modelo de negócio disruptivo. A XP foi classificada como uma empresa *maverick* e houve consideração sobre a pressão competitiva futura que ela poderia exercer, inclusive em mercados nos quais ainda não atuava, como o setor bancário. É importante destacar que a atuação conjunta do Cade com o BCB, aliada à estrutura da operação, desempenhou papel fundamental na mitigação dos possíveis efeitos de uma *killer acquisition* no mercado financeiro brasileiro.

A atuação do Cade nesta operação segue uma tendência semelhante às experiências de outras autoridades antitruste, em que se observa uma maior vigilância diante dos mercados digitais, como na Comissão Europeia, na Alemanha, no Reino Unido e nos Estados Unidos. Holmström *et al.* (2019, p. 6) fazem uma análise sobre a atuação de diferentes órgãos de defesa da concorrência e menciona que, no Reino Unido, o CMA defende uma redefinição na avaliação de fusões em mercados digitais para aumentar a fiscalização planejada de aquisições, colocando maior ênfase nos danos à inovação e nos impactos da concorrência potencial tanto na seleção de casos quanto em sua avaliação. Essa preocupação foi identificada ao longo do ato de concentração da XP com Itaú, de modo a garantir que não haveria o arrefecimento da pressão competitiva exercida pela XP.



Por mais que a operação tenha sido bem-sucedida nesse sentido, estudos futuros podem focar sua análise em outros resultados anticompetitivos e eventuais preocupações concorrenciais que emergiram a partir de uma maior concentração de mercado por parte da XP. Mesmo com o crescimento de outros concorrentes, especialmente do *BTG Pactual*, possíveis condutas anticompetitivas precisam ser avaliadas com maior detalhe pelas autoridades antitruste. Ou seja, poderia ser realizado uma pesquisa com base nos remédios comportamentais sugeridos à XP. Diante do crescimento da XP, as autoridades precisam estar atentas, uma vez que é possível que uma empresa *maverick* venha a se transformar em um *Bully* ao consolidar sua posição dominante.

REFERÊNCIAS

AAWZ PARTNERS. **Relatório AAWZ 2022**. Brasil. 2022. Disponível em: <https://portal.aawz.com.br/relatorios>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BALARIN, Raquel. XP bate R\$ 1 trilhão em custódia e Guilherme Benchimol prevê dólar fraco e novo ciclo no mercado de investimentos. **Info Money**, [S. l.], 18 jun. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/26zw65ky>. Acesso em: 7 jun. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). **Ato de concentração Itaú Unibanco/ XP Investimentos**: Estudo Especial nº 47/2019. Brasília: Banco Central do Brasil, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/29rryaex>. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRADESCO compra corretora *Ágora* por R\$ 830 milhões e é destaque nos jornais. **InfoMoney**, São Paulo, 7 mar. 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/ypocdd99>. Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração Ordinário nº 08012.002361/2008-29**. Interessados: *Banco Bradesco BBI S.A* e *Agora Holding S.A*. Voto-vista do Conselheiro-Relator Olavo Zago Chinaglia, 17 de setembro de 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/27vd4sgl>. Acesso em: 11 jul. 2023

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração Ordinário nº 08700.004880/2017-64 (autos públicos: 08700.004431/2017-16)**. Interessados: *Itaú Unibanco S.A.* e *XP Investimentos S.A*. Voto-vista do Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira, 15 de março de 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dbzt269>. Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/29xkgkep>. Acesso em: 7 jun. 2023

BUNDESKARTELLAMT. **Market Power of platforms and networks**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. B6-113/15. Disponível em: <https://tinyurl.com/249jsaku>. Acesso em: 11 jul. 2023.

CAMARGO, Sophia. *Home broker*: o que as corretoras oferecem aos seus clientes. **Uol**, São Paulo, 15 fev. 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/26amds9>. Acesso em: 20 maio 2023.

CLIENTES da *Clear* já economizaram R\$ 50 milhões em taxas de corretagem neste ano. **Info Money**, São Paulo, 12 set. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dxk6c6v>. Acesso em: 20 maio 2023.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Instrução CVM nº 479, de 3 de junho de 2011, com as alterações introduzidas pelas instruções CVM nº515/55, 593/97, e 610/19**. Dispõe sobre a atividade de

agente autônomo de investimento. Brasília: CVM, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2arx3bcp>. Acesso em: 20 maio 2023.

COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (CMA). **Merger Assessment Guidelines**. London: Competition & Markets Authority, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2qdfvm38>. Acesso em: 7 maio 2023.

CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. Killer Acquisitions. **Journal of Political Economy**, London, v. 129, n. 3, p. 649–702, March 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/y22psuhg>. Acesso em: 15 maio 2023.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. In: BLAIR, Roger; SOKOL, Daniel (ed.). **Oxford Handbook on International Antitrust Economics**. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 1-38.

FAYNE, Kelly; FOREMAN, Kate. To Catch a Killer: Could Enhanced Premerger Screening for “Killer Acquisitions” Hurt Competition? **Antitrust Magazine**, Washington, n. 34-2, 2020.

FEDERICO, Giulio; LANGUS, Gregor; VALLETTI, Tommaso M. A simple model of mergers and innovation. **Economics Letters**, [S. l.], v. 157, p. 136–140, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.econlet.2017.06.014>. Disponível em: <https://tinyurl.com/25u6d4jb>. Acesso em: 12 jul. 2023.

FEDERICO, Giulio; MORTON, Fiona Scott; SHAPIRO, Carl. Antitrust and innovation: Welcoming and protecting disruption. **Innovation Policy and the Economy**, Chicago, v. 20, p. 125-190, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/257aozow>. Acesso em: 12 jul. 2023.

FLACH, Natália. Corretora Ágora, do Bradesco, renasce para brigar com a XP. **Exame**, São Paulo, 13 nov. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/265mzw32>. Acesso em: 21 jul. 2023.

GILBERT, Richard. J.; SUNSHINE, Steven C. Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets. **Antitrust Law Journal**, Washington, v. 63, n. 2, p. 569–601, 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/263hd494>. Acesso em: 15 jul. 2023.

GUISSONI, Leandro Angotti. Omnichannel: uma gestão integrada. **GV Executivo**, v. 16, n. 1, p. 24-27, 2017. DOI: <https://doi.org/10.12660/gvexec.v16n1.2017.67453>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2db52hdr>. Acesso em: 20 jun. 2023.

HOLMSTRÖM, Mats; PADILLA, Jorge; STITZING, Robin; SAASKILAHTI, Pekka. Killer Acquisitions? The Debate on Merger Control for Digital Markets. **SSRN Electronic Journal**, [S. l.], 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/29fnatoa>. Acesso em: 20 jun. 2023.

IVALDI, Marc; PETIT, Nicolas; UNEKBAS, Selcukhan. Killer Acquisitions: evidence from EC merger cases in digital industries. **TSE Working Paper, Toulouse**, n. 13-1420, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/272jzymj>. Acesso em: 28 jun. 2023.

LEWGOY, Júlia. XP vai lançar banco em setembro e pode abrir o capital. **Valor Investe**, São Paulo, 4 jul. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/26hf8f3o>. Acesso em: 22 jun. 2023.

MOTTA, Massimo; PEITZ, Martin. Big Tech Mergers. **Centre for Economic Policy Research**, London, n. DP14353, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3526079>. Acesso em: 29 jun. 2023.

OKADA, Sionara Ioco. **Comportamento do consumidor Cross Channel**: características, benefícios e processos condicionais às compras. 2016. Tese (Doutorado em Administração) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cfxglwo>. Acesso em: 1 jul. 2023.



ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Handbook on Competition Policy in The Digital Age**. Paris: OECD, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2y2k73k3>. Acesso em: 1 jul. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers**: Background Note by the Secretariat. Paris: OECD, 2020a. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cpz8qkb>. Acesso em: 1 jul. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control**. Paris: OECD, 2020b. Disponível em: <https://tinyurl.com/2a84zsc8>. Acesso em: 1 jul. 2023.

PARTYKA, Raul; LANA, Jeferson; MARCON, Rosilene. A XP e o Itaú Unibanco: dos Produtos de Investimento a Desbancarização. **Administração: Ensino e Pesquisa**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 214-238, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cqwoa79>. Acesso em: 1 jul. 2023.

PENNA, Caetano C. R. **The Co-evolution of societal issues, technologies and industry regimes**: Three case studies of the American automobile industry. 2014. Tese (Doutorado em Filosofia) - University of Sussex, Sussex, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/29ml85k3>. Acesso em: 1 jul. 2023.

PETIT, Nicolas; TEECE, David J. Innovating Big Tech Firms and Competition Policy: Favoring Dynamic Over Static Competition. **Industrial and Corporate Change**, [S. l.], v. 30, n. 5, p.1168-1198, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1093/icc/dtab049>. Disponível em: <https://tinyurl.com/29ml85k3>. Acesso em: 1 jul. 2023.

QUEM SOMOS. *Ágora Investimentos*, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.agorainvestimentos.com.br/sobre-agora>. Acesso em: 30 jul. 2023.

SANTOS, Carolina Tojal Ramos dos. Avaliação ex-post da política de defesa da concorrência: metodologias e aplicações. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 87-107, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/28aw2sdr>. Acesso em: 25 ago. 2023.

SCHWEITZER, Heike *et al.* Modernising the Law on Abuse of Market Power: Report for the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (Germany). 2018. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3250742 Acesso em 05 jun. 2024.

SERAFIM, Abel. Cade abre inquérito administrativo para investigar XP. **E investidor**, São Paulo, 31 ago. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/24z5wh66>. Acesso em: 25 ago. 2023.

SEVERINO, Lillian Santos Marques; RESENDE, Guilherme Mendes. Avaliação ex post de ato de concentração: o caso Sadia-Perdigão. In: RESENDE, Guilherme Mendes; SACCARO JUNIOR, Nilo Luiz; MENDONÇA, Mario Jorge Cardoso de (ed.). **Avaliação de Políticas Públicas no Brasil**: uma análise das políticas de defesa da concorrência. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2020. p. 27-50.

SHAPIRO, Carl. Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull's Eye? In: LERNER, Josh; STERN, Scott (ed.). **The rate and direction of inventive activity revisited**. Chicago: University of Chicago Press for the National Bureau of Economic Research, 2011. p. 361-410.

SORKIN, Andrew Ross. Conglomerates Didn't Die. They Look Like Amazon. **The New York Times**, New York 17 jun. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2d6qw2lk>. Acesso em: 28 jun. 2023.

TOLEDO, Letícia. IPO da XP é o 9º maior do mundo em 2019; veja o ranking. **Info Money**, São Paulo, 30 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/27n2hp4a>. Acesso em: 28 jun. 2023.

UNITED STATES. Securities and Exchange Commission. **Form F-1 registration statement under the securities act of 1933**. Washington, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/27o5buqh>. Acesso em: 28 jun. 2023.

ZOFFER, Joshua P. Short-Termism and Antitrust' s Innovation Paradox. **Stanford Law Review Online**, Stanford, v. 71, n. 1, p. 308-319, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2y96kh5u>. Acesso em: 28 jun. 2023.



ANÁLISE TEÓRICA E EMPÍRICA SOBRE O USO DAS PREMISSAS DA ESCOLA DE CHICAGO E DA ESCOLA DE HARVARD EM DECISÕES DO TRIBUNAL DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA ENTRE 2017 E 2018¹

*Theoretical and empirical analysis on the use of
Chicago School and Harvard School premises
in decisions of the Administrative Council for
Economic Defense between 2017 and 2018*

Gabriel Freitas Jabur Bittar²

Universidade Federal de Goiás (UFG) – Goiânia/GO, Brasil

Álvaro Augusto Camilo Mariano³

Universidade Federal de Goiás (UFG) – Goiânia/GO, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: o presente trabalho busca apresentar as principais características da Escola de Chicago e da Escola de Harvard (Estruturalista) quanto à doutrina econômica seguida por essas correntes e o grau de intervenção proposto por cada uma. Posteriormente, são analisadas decisões do Tribunal do Cade em que as premissas de cada corrente foram utilizadas como fundamentação dos votos de Conselheiros.

Método: com base no método dedutivo e em análise jurisprudencial, busca-se coletar exemplos de como o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica aplica as teses da Escola de Chicago e da Escola de Harvard em suas decisões. Através da análise empírica qualitativa dessas decisões, o trabalho

Editor responsável: Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 19/09/2023 **Aceito em:** 07/06/2024 **Publicado em:** 19/06/2024

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás.
E-mail: gabrieljbittar@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6270332091078378>
ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2379-7372>

3 Professor da Universidade Federal de Goiás e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP).
E-mail: alvaro_mariano@ufg.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6250839627001344>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8712-0149>

contribui para a compreensão das abordagens adotadas pelas Escolas de Chicago e de Harvard no contexto do direito concorrencial e destaca a aplicação prática dessas teorias pelo Tribunal do Cade na análise de atos de concentração.

Conclusões: o estudo revela que o Tribunal do Cade legitimou a aprovação de uma operação entre duas das principais empresas de telecomunicação do Brasil com base em eficiências geradas pela transação e na promoção do bem-estar do consumidor, conforme defendido pela Escola de Chicago. Em outro caso, verificou-se que o Tribunal do Cade, embasado no modelo Estrutura-Conduta-Desempenho e na busca pela efetiva concorrência em mercados, conforme estimulado pela Escola de Harvard, reprovou uma operação que criaria um monopólio entre as duas principais empresas no segmento de educação privada. Assim, verifica-se que o Cade utiliza ideias das referidas Escolas em suas decisões.

Palavras-chave: direito concorrencial; atos de concentração; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Escola de Chicago; Escola de Harvard.

STRUCTURED ABSTRACT

Objective: This paper aims to present the main characteristics of the Chicago School and the Harvard School (Structuralist) regarding the economic doctrine followed by these approaches and the scope of intervention proposed by each of them. This is followed by an analysis of the decisions of Cade's Tribunal, in which the premises of each approach were used as reasons for the votes of Cade's commissioners.

Method: Based on the deductive method and on a case law analysis, it is intended to collect examples on how Cade's Tribunal applies the ideas of the Chicago School and the Harvard School in its decisions. Through a qualitative empirical analysis of these decisions, the paper contributes to the understanding of the approaches adopted by the Chicago and Harvard Schools in the context of competition law and highlights the practical application of these theories by Cade's Tribunal in the context of Merger Review.

Conclusions: The study reveals that Cade's Tribunal legitimized the clearance of a transaction between two of Brazil's leading telecom companies based on efficiencies generated by the transaction and the promotion of consumer welfare, as endorsed by the antitrust approach of the Chicago School. In another case, it was found that Cade's Tribunal, based on the Structure-Conduct-Performance model and on the pursuit of an effective competition in the markets, as stimulated by the Harvard School, blocked a transaction that would create a monopoly between the two main companies in the private education segment. Thus, it is evident that CADE incorporates concepts from these schools in its decisions.

Keywords: competition law; merger review; Administrative Council for Economic Defense; Chicago School; Harvard School.

Classificação JEL: K21.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *As Principais Correntes do Direito Antitruste: a Escola de Chicago e a Escola de Harvard*; 3. *Considerações Finais; Referências*.



1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência ou LDC) trouxe inovações ao Direito Concorrencial brasileiro, sobretudo ao instituir o controle prévio de atos de concentração econômica⁴. Nesse sentido, agentes econômicos que desejarem: (i) fundir duas ou mais empresas previamente descorrelacionadas; (ii) adquirir o controle ou frações e/ou ativos de uma ou mais empresas; (iii) incorporar uma ou mais empresas; ou (iv) celebrar contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, deverão submeter a operação à análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) antes do fechamento da transação. Adicionalmente, a lei – e subsequentes Portarias do Cade – preveem critérios para notificação de atos de concentração. A análise de atos de concentração econômica é uma das incumbências do Conselho, sendo tarefa do ramo denominado controle de estruturas⁵.

O Cade é uma autarquia de regime especial, sendo composto pela Superintendência-Geral (SG/Cade), pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (Tribunal) e pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE/Cade).

Na análise de atos de concentração, é incumbência da SG/Cade receber, instruir, sanear o processo, bem como emitir um parecer acerca da transação, opinando pela: (i) aprovação sem restrições; ou pela (ii) impugnação da operação ao Tribunal, que reanalisará o caso e emitirá uma decisão final no âmbito administrativo.

O Tribunal do Cade, formado por seis Conselheiros e um Presidente, representa o órgão máximo de deliberação do Conselho e funciona em estrutura de colegiado. Periodicamente, os(as) Conselheiros(as) e o(a) Presidente se reúnem em sessões plenárias de julgamento, ocasiões em que são pautados, dentre outros tipos de processos, os atos de concentração, ocasião que haverá a decisão na última instância da autarquia. Para que um ato de concentração seja julgado pelo Tribunal, deverá: (i) receber parecer da SG/Cade de impugnação ao Tribunal; (ii) ter sido objeto de recurso por parte de terceiros interessados legalmente habilitados pela SG/Cade durante a instrução processual; ou (iii) o Parecer da SG/Cade ter sido objeto de avocação por algum Conselheiro.

Na análise dos atos de concentração, o Tribunal pode decidir pela: (i) aprovação da operação sem restrições; (ii) aprovação da operação com restrições; ou (iii) reprovação da operação. Todas as decisões do Tribunal devem ser devidamente fundamentadas, expondo, de maneira clara, as razões que motivaram o convencimento dos Conselheiros.

A Escola de Chicago e a Escola de Harvard (Estruturalismo ou Brandeisianismo) são duas correntes do direito concorrencial que oferecem ferramentas para que os membros do Tribunal fundamentem os seus votos, trazendo, sobretudo, subsídios embasados em doutrinas econômicas

4 No controle prévio de atos de concentração, que foi instituído pela Lei nº 12.529/2011, as Partes que desejarem se envolver uma operação deverão, obrigatoriamente, submeter uma transação que atinja os critérios de notificação obrigatória ao julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em um momento anterior ao fechamento (BRASIL, 2011). Somente a decisão da autoridade concorrencial transitada em julgado autoriza que as Requerentes prossigam com o *closing*. Anteriormente, sob vigência da Lei nº 8.884/1994, as Partes eram permitidas a consumir a operação antes do crivo da autoridade concorrencial, que somente realizava uma análise *ex post* dos atos de concentração notificados.

5 O controle de estruturas busca manter um ambiente competitivo, que respeite a livre concorrência e a livre iniciativa. Caso operações societárias prejudiquem a concorrência, é prerrogativa do órgão que realiza o controle de estruturas, *in casu*, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, analisar a transação, aprovando-a com ou sem restrições, ou, em casos mais sensíveis, reprovando-a.

distintas e contribuições sobre o grau de intervencionismo alvejado pela autoridade concorrencial.

Nesse sentido, o principal objetivo da presente pesquisa é compreender como o Tribunal do Cade utilizou das premissas das Escolas de Chicago e Harvard para fundamentar algumas de suas decisões exaradas entre 2017 e 2018. Para isso, no capítulo 2, serão expostas as principais correntes do pensamento antitruste (*i.e.*, a Escola de Chicago e a Escola de Harvard), buscando sintetizar como cada uma aborda temas como doutrina econômica majoritária e grau de intervencionismo ideal para a autoridade antitruste⁶.

Para esse fim, será feita revisão bibliográfica de autores originários de tais escolas, como também de obras que comentam cada uma dessas vertentes (e.g., ATKINSON; AUDRETSCH, 2011; BAGNOLI, 2020; BORK, 1978; GABAN; DOMINGUES, 2016; EASTERBROOK, 1984; MATTIUZZO; BECKER, 2020; SALOMÃO FILHO, 2021). Por fim, serão resumidos alguns dos Atos de Concentração julgados pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica entre 2017 e 2018, executando-se uma análise silogística de modo a enquadrar a fundamentação e a razão de decidir do Plenário às premissas defendidas pela Escola de Chicago e Harvard.

Como metodologia, será utilizado o método dedutivo, considerando as concepções de cada corrente analisada como premissa maior; as fundamentações da decisão do Tribunal serão consideradas como premissa menor; e, como conclusão, fundamentar-se-á o enquadramento da decisão do Tribunal às teses defendidas pelas escolas analisadas. A seleção dos atos de concentração analisados se baseia em pesquisa jurisprudencial. Posteriormente, na conclusão do trabalho, será feita uma síntese do exercício silogístico realizado, analisando, empírica e qualitativamente, como o Tribunal utilizou das ideias das escolas analisadas para fundamentar algumas de suas decisões no período sob análise.

A pesquisa se faz relevante por quatro motivos: primeiro, o Cade completou sessenta anos de existência em 2022. Em segundo lugar, no mesmo ano, a Lei nº 12.529/2011, que promoveu substanciais alterações na estrutura do Cade e no direito concorrencial brasileiro, completou uma década de vigência. Terceiro, por meio dessa pesquisa, busca-se promover e disseminar o estudo do direito concorrencial, conforme defendido e incentivado pela advocacia da concorrência⁷⁻⁸, buscando, sobretudo, a difusão do conhecimento sobre as abordagens do pensamento antitruste e sobre a jurisprudência do Cade. Por fim, em quarto lugar, a pesquisa é relevante para compreender como as principais doutrinas do direito concorrencial são aplicadas em casos concretos de atos de concentração julgados pela autoridade antitruste brasileira.

6 Para fins de completude, também serão mencionadas as ideias Pós-Chicago e o Neoestruturalistas, aprimoramentos teóricos e posteriores às Escolas de Chicago e Harvard, respectivamente. No entanto, tais correntes não serão pormenorizadamente analisadas.

7 Conforme a Cartilha de Advocacia da Concorrência – SEAE/SEPEC/ME (BRASIL, 2020) e o art. 19 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), a advocacia da concorrência envolve a análise e proposição de políticas públicas com o objetivo de se identificar a existência ou a criação de barreiras e entraves desnecessários à concorrência pelo Estado. A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Cade detêm a competência governamental para as ações de advocacia da concorrência, buscando incrementar a cultura da concorrência no setor público e privado.

8 Dada à importância do tema, o Cade, inclusive, exigiu, para inscrição de candidatos para o 42º Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PinCade), redação com o tema: “Considerando os posicionamentos defendidos pelos autores da Escola de Harvard, da Escola de Chicago, bem como do Movimento Neobrandeísiano, discorra, na sua opinião, sobre quais devem ser os atuais objetivos do Direito Antitruste no Brasil”. Vide Edital nº 623, de 27 de outubro de 2022 (Documento SEI nº 1140297), (BRASIL, 2022).



2. AS PRINCIPAIS CORRENTES DO DIREITO ANTITRUSTE: A ESCOLA DE CHICAGO E A ESCOLA DE HARVARD

O direito concorrencial⁹ é permeado por divergências metodológicas. Inúmeros pesquisadores, práticos e adeptos do assunto discutem quais seriam os objetivos do Antitruste e quais os métodos jurídico-econômicos¹⁰ de análise deveriam ser utilizados em formulações teóricas em casos concretos.

Em virtude da mutabilidade de contextos históricos, econômicos e sociais, é plausível verificar alterações nas concepções do Direito, sobretudo no direito concorrencial. Forgioni (2020), adicionalmente, leciona que, em uma relação simbiótica, não é somente o contexto que modifica o ordenamento jurídico, mas este também pode modificar a realidade que o circunscreve. Em outras palavras e mais especificamente: o Direito Antitruste possuirá objetivos e funções distintas a depender do momento, do país e do ordenamento jurídico em que a legislação concorrencial for analisada (FORGIONI, 2020). Ao mesmo passo, o direito concorrencial modifica a realidade socioeconômica do local em que ele se insere.

No contexto acadêmico, surgem correntes que pregam maior intervenção das autoridades concorrenciais na condução da política antitruste. Nesse rol, há a corrente Estruturalista, também denominada de Brandeiana¹¹, que, surgida em Harvard, tem entre suas principais características a defesa do controle das estruturas de mercado de modo a assegurar a existência efetiva de concorrência (SALOMÃO FILHO, 2021).

Por outro lado, outras vertentes são menos adeptas ao intervencionismo. A Escola de Chicago, por exemplo, advoga por uma redução drástica do *enforcement* antitruste, uma vez que a intervenção governamental causaria mais malefícios do que benefícios ao causar, por exemplo, desequilíbrios na alocação de eficiências pelo mercado (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011).

Por outro lado, Atkinson e Audretsch (2011) e Mattiuzzo e Becker (2020) entendem que os debates teóricos acerca do direito concorrencial não se resumem ao antagonismo entre as correntes de Harvard e Chicago. Existem, por exemplo, vertentes que racionalizam o antitruste de maneiras distintas às escolas mencionadas. A título de exemplificação, podem ser citadas a Economia Comportamental e a Escola Neoschumpeteriana (MATTIUZZO; BECKER, 2020). Gaban e Domingues (2016) ainda citam a Escola de Freiburg, também denominada de corrente Ordoliberal¹². Todas, em certa medida, também dedicam trabalhos ao estudo da concorrência.

A seguir, serão expostas as principais concepções da Escola de Chicago e da Escola de

9 Ora também denominado de Direito Antitruste ou, simplesmente, Antitruste.

10 Mattiuzzo e Becker (2020) denominam os métodos jurídico-econômicos com o termo “ferramentais”.

11 Alusão a Louis Dembitz Brandeis, advogado e professor norte-americano que, ao final do século XIX e início do século XX, se posicionou de forma veemente contra o monopólio de mercado exercido por grandes corporações.

12 Em linhas gerais, a Economia Comportamental sustenta que existem limites à racionalidade, ao livre arbítrio e ao autointeresse dos indivíduos, que frequentemente tomam decisões dotados de heurísticas e vieses. Os Neoschumpeterianos, por vez, acreditam que a análise do direito concorrencial não considera a eficiência dinâmica dos mercados, que estão constantemente em evolução tecnológica e promovendo inovações (MATTIUZZO; BECKER, 2020). Gaban e Domingues (2016) ainda citam a Escola de Freiburg, também denominada Ordoliberal, que, ao divergir da Economia Neoclássica, entende que a definição de bem-estar do consumidor é meramente teórica, assim como não há viabilidade de atribuir objetivos econômicos predeterminados ao antitruste, que meramente deveria ser tutelado por um Estado forte que estabeleceria regras gerais para o funcionamento dos mercados e coibiria, com o seu próprio poder impositivo, o poder de mercado de agentes econômicos. No entanto, embora tais vertentes sejam úteis para compreender o sentido das normas concorrenciais, elas não serão analisadas neste trabalho.

Harvard no que tange ao Direito Concorrencial. Com base em suas origens históricas, em alguns de seus autores e em suas principais ideias, objetiva-se sintetizar a concepção do antitruste sob o viés de vertentes antagonistas, buscando, conforme Salomão Filho (2021) leciona, expor e compreender a discussão acerca do sentido das normas concorrenciais atribuído por cada uma dessas correntes.

Em cada corrente, serão analisadas, conforme proposição de Mattiuzzo e Becker (2020): (i) a doutrina econômica majoritária que embasa o respectivo pensamento concorrencial; e (ii) o nível/ grau de intervenção proposto pelas referidas correntes no contexto de atuação das autoridades concorrenciais¹³. Isso porque o direito concorrencial, em sua essência, envolve a aplicação de teses jurídicas aos problemas econômicos e, conseqüentemente, as doutrinas econômicas subsidiarão a abordagem antitruste. Além disso, o nível de intervenção proposto por cada doutrina é um reflexo das crenças dos economistas e políticos sobre o que melhor funcionaria para o contexto econômico em que eles estão inseridos (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011).

2.1 A Escola de Chicago e o pensamento Pós-Chicago

The University of Chicago¹⁴ foi fundada em 1890 a partir de doações substanciais de associações e filantropos, incluindo John D. Rockefeller, que contribuiu com, aproximadamente, USD 600,000.00 para a fundação, construção e desenvolvimento da Universidade.

Durante o Século XX, a Universidade de Chicago desenvolveu trabalhos substanciais na Ciência Política, sobretudo, na Ciência Econômica, sendo notável por advogar por um Estado menos interventor, por um livre mercado e pela supremacia da liberdade individual. Os primeiros autores a se destacarem pela Escola de Chicago foram Aaron Director e Ronald Coase (FORGIONI, 2020). Menciona-se, também, a obra de Richard Posner, reconhecido por seus estudos na Análise Econômica do Direito. Diversas láureas acadêmicas foram concedidas aos teóricos da Escola de Chicago, incluindo o Prêmio Nobel de Economia dado a Milton Friedman, economista que desenvolveu teorias sobre a estabilidade monetária¹⁵ e críticas ao intervencionismo governamental.

Vários autores proeminentes da Escola de Chicago seguiram carreira fora da Universidade, integrando cargos governamentais ou corporativos. Por essa razão, Brue e Grant (2016) menciona que as ideias por lá cultivadas não ficaram restritas ao ambiente acadêmico, sendo notadas aplicações práticas no ambiente público e privado.

O pensamento liberal de Chicago também se difundiu em escopo global. No Chile, por exemplo, existiu um grupo denominado *Chicago Boys*, que era composto por diversos economistas chilenos que exerceram cargos na ditadura de Augusto Pinochet (1974 – 1990), criando políticas econômicas com base nas doutrinas da Escola de Chicago. Na Inglaterra, as teses de Chicago foram

13 Na análise do nível de intervenção proposto por cada Escola, serão verificados os posicionamentos de cada uma sobre os objetivos pretendidos pela política antitruste (MATTIUZZO; BECKER, 2020).

14 Nome institucional da Universidade de Chicago. Para os fins deste trabalho, The University of Chicago será denominada, doravante, Universidade de Chicago. O Termo “Escola de Chicago” alude ao conjunto de autores que possuem ideais comuns sobre diversos aspectos e áreas das Ciências Humanas, como Direito, Economia, Sociologia, Ciência Política, entre outras.

15 Friedman, por exemplo, criticava a expansão da política monetária notada por uma elevação na quantidade de moeda em circulação. Para o autor, o aumento da oferta monetária conduziria, inexoravelmente, à inflação, vide sua obra *A Monetary History of the United States, 1867-1960*.



levadas à política econômica por Margaret Thatcher (1979 – 1990). Nos Estados Unidos, berço da Escola de Chicago, o ápice da utilização das referidas teses ocorreu durante o Governo Ronald Reagan (1981 – 1989).

Com relação ao direito concorrencial, tem-se que as primeiras formulações sobre Antitruste pela Escola de Chicago se iniciaram na década de 1970. As alterações das condições econômicas nesse contexto e a conseqüente ampliação do comércio internacional foram os pontos fulcrais para o desenvolvimento do raciocínio sobre as funções e os objetivos do direito concorrencial pelos autores de Chicago¹⁶. Evidentemente, houve confluência entre o pensamento econômico, político e social desenvolvido em Chicago para a formulação e aplicação da legislação antitruste.

Como mencionado acima, Atkinson e Audretsch (2011) pontuam que o pensamento econômico exerceu influência em como a teorização do direito concorrencial foi construída. Segundo esses autores, essa influência ocorre porque, no centro do antitruste, há a aplicação de teorias jurídico-legais para a análise de problemas econômicos. No contexto da Escola de Chicago, prosseguem os autores, é evidenciada uma forte influência da Economia Neoclássica, tanto conservadora¹⁷ quanto liberal¹⁸.

Nos anos 1980 e 1990, surgiram pensadores que se denominavam “Pós-Chicago”. Conforme explicado por Atkinson e Audretsch (2011), os autores de Chicago e Pós-Chicago têm muito em comum, uma vez que ambos defendem que os mercados são eficientes meios para alocação de recursos. No entanto, ao contrário dos antecessores, os sucessores acreditam que o poder de mercado pode ser um indício de práticas anticompetitivas das empresas, sendo que elevadas barreiras à entrada promovidas por companhias monopolistas poderiam minar a habilidade de os mercados corrigirem a competição eficientemente. Por essa razão, os autores Pós-Chicago defendem que o Estado pode adotar medidas para distinguir comportamentos pró-competitivos e anticompetitivos, auxiliando e fomentando a realocação eficiente do mercado, sobretudo em aspectos concorrenciais.

Em suma, os autores Pós-Chicago defendem que (i) a abordagem dos predecessores negligenciava as falhas de mercado, (ii) que os antecessores não analisaram os efeitos dos comportamentos anticompetitivos por parte dos agentes de mercado e (iii) que o Governo deveria adotar um papel ativo na correção de falhas de mercado por meio do *enforcement* antitruste e de medidas regulatórias.

Nos termos da análise proposta por Mattiuzzo e Becker (2020), passa-se à listagem e ao estudo das principais abordagens da Escola de Chicago (e Pós-Chicago) sobre o direito concorrencial, sobretudo quanto a: (i) a sua doutrina econômica majoritária; e (ii) o grau de intervenção proposto pela corrente às autoridades concorrenciais.

16 Nesse cenário, verifica-se um maior dinamismo econômico (*i.e.*, cadeias de produção mais complexas, compostas por diversas etapas), que até então não era observado nos países capitalistas.

17 Evidenciada, sobretudo, nas obras dos autores pioneiros da Escola de Chicago. Eles acreditam na infalibilidade do mercado e repudiam a intervenção governamental (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011).

18 Evidenciada, sobretudo, nas obras de autores posteriores da Escola de Chicago, enquadrados, academicamente, como autores Pós-Chicago. Eles reconhecem a existência de falhas de mercado e acreditam que, para corrigi-las, é necessária a utilização da intervenção governamental (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011).

2.1.1. Doutrina Econômica Majoritária

A Escola de Chicago, em regra, é adepta à Economia Neoclássica, teoria econômica originada no final do século XIX e desenvolvida majoritariamente no século XX. Alguns autores, como Brue e Grant (2016), afirmam que a Escola de Chicago é uma variante da Economia Neoclássica, podendo ser a criadora da vertente do “Novo Classicismo”.

Retomando à Economia Clássica, sobretudo autores como Adam Smith e David Ricardo, a Economia Neoclássica desenterra os princípios de livre mercado, racionalidade individual e utilidade marginal. Nesse sentido, autores Neoclássicos, tendo consciência de que os indivíduos são racionais e que os recursos são escassos, acreditam que a tomada de decisão individual deve buscar a maximização da utilidade, ou seja, a obtenção do maior benefício possível a partir dos recursos escassos.

Os autores Neoclássicos ainda acreditam que os mercados são eficientes meios para a alocação de recursos na economia e que eles se equilibram de maneira automática. A intervenção governamental, nesse sentido, desequilibraria os mercados, minando a alocação eficiente de recursos e, conseqüentemente, causando prejuízos econômicos aos ofertantes e aos demandantes.

O valor de determinado bem, para os Neoclássicos, seria determinado pela interação entre as forças de oferta e procura em cada mercado relevante (NUSDEO, 2016). Conseqüentemente, bens ou serviços com oferta estável e demanda elevada seriam considerados de maior valor para determinada sociedade e, logicamente, seriam maiores precificados. Em outras palavras, o preço pago a algo depende da oferta e da demanda por este. A demanda é dependente da produtividade marginal do fator de produção e, em uma situação de equilíbrio, cada fator recebe o valor de sua contribuição marginal para a produção de bens e serviços (MANKIW, 2019).

Atkinson e Audretsch (2011) citam que os autores de Chicago se utilizaram de duas doutrinas econômicas: (i) a Economia Neoclássica Conservadora pelos adeptos à Escola de Chicago; e (ii) a Economia Neoclássica Liberal pelos autores Pós-Chicago. Ambas possuem, como ponto comum, a busca pela maximização das eficiências alocativas do mercado, de modo a elevar os benefícios à sociedade com o uso racional dos recursos escassos disponíveis.

Contudo, ao passo que a Economia Neoclássica Conservadora vê o mercado como infalível e repudia veementemente a intervenção governamental, os Economistas Neoclássicos Liberais reconhecem que falhas de mercado existem e, para corrigi-las, faz-se necessária intervenção governamental, mesmo que elas, às vezes, afetem o crescimento econômico (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011).

2.1.2. Grau de intervenção proposto pela corrente na atuação das autoridades concorrenciais

Em linhas gerais, a Escola de Chicago defende uma menor intervenção das autoridades concorrenciais no mercado. Nesse sentido, Atkinson e Audretsch (2011) e Easterbrook (1984) taxativamente afirmam que a Escola de Chicago clama por uma redução dramática no *enforcement* antitruste. Isso porque, conforme o ferramental econômico fornecido pela Economia Neoclássica, a



intervenção do Estado nos mercados afetaria o seu equilíbrio natural, considerando a existência de *players* que competem no mercado.

Além do mais, Mattiuzzo e Becker (2020) pontuam que autores da Escola de Chicago tolerariam e justificariam altas concentrações econômicas¹⁹ e restrições verticais²⁰, pois poderiam gerar eficiências e, conseqüentemente, fomentar o desenvolvimento econômico. Isso ocorre porque, segundo Robert H. Bork (1978), o bem-estar econômico deveria ser buscado acima de qualquer intervenção na estrutura do mercado, seja em suas concentrações, ou em operações verticalizadas. Em complemento, Bork (1978) pontua que o objetivo geral da Escola de Chicago seria melhorar a eficiência alocativa dos mercados sem prejudicar a eficiência produtiva, de forma a não gerar perdas líquidas ao bem-estar do consumidor. Em outras palavras, Atkinson e Audretsch (2011), remetendo à obra de Bork (1978), aludem que, para a Escola de Chicago, o principal objetivo do direito concorrencial seria a busca por uma eficiência alocativa que incremente o bem-estar do consumidor.

Caso o exercício indevido de poder de mercado em virtude de altas concentrações econômicas e restrições verticais ensejar maiores preços e provocar prejuízos ao bem-estar do consumidor, os mercados tenderão a se realocar automaticamente, corrigindo tais falhas (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011). No entanto, em uma situação extrema de as estruturas do mercado não conseguirem corrigir suas falhas, os autores de Chicago acreditam que as autoridades concorrenciais deveriam atuar, mediante provocação, de forma pontual e residual, nas estruturas dos mercados, buscando fomentar a realocação eficiente dos fatores de produção. Nessas hipóteses, o ferramental econômico Neoclássico deveria ser utilizado de forma conservadora (MATTIUZZO; BECKER, 2020).

Analogamente à Escola de Chicago, os autores Pós-Chicago também acreditam que a tutela da premissa “bem-estar do consumidor” é o objetivo central do antitruste (MATTIUZZO; BECKER, 2020). No entanto, além da diferença de ferramental econômico proposto²¹, autores Pós-Chicago acreditam que as falhas de mercado (e.g., poder de mercado) são decorrentes de condutas anticompetitivas (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011). Por essa razão, diante da incapacidade de os mercados corrigirem suas falhas, decorrentes sobretudo de condutas anticompetitivas dos *players* que nele atuam, os autores Pós-Chicago acreditam que a autoridade concorrencial deve atuar para distinguir as condutas competitivas das anticompetitivas, punindo as últimas caso provoquem distorções na alocação dos mercados.

19 Altas concentrações de mercado são evidenciadas em situações que poucas empresas ou grupos empresariais possuem parcela significativa de um mercado relevante. Nessas hipóteses, as empresas dominantes podem possuir maior poder de mercado e influenciar preços e outras variáveis competitivas.

20 Restrições verticais ocorrem em práticas que afetam diferentes etapas da cadeia de produção, ou seja, quando a(s) parte(s) atuam em mais de um elo de uma cadeia. Por exemplo, uma empresa que produz celulares pode atuar a montante (*upstream*) na cadeia de produção ao desenvolver e produzir os processadores gráficos, insumos utilizados na fabricação dos telefones, assim como pode atuar a jusante (*downstream*), comercializando e distribuindo o produto. Embora restrições verticais possam produzir eficiências ao consumidor, podem ser consideradas anticompetitivas caso limitem a entrada de novos *players* no mercado.

21 *i.e.*, Economia Neoclássica Conservadora para os autores da Escola de Chicago e Economia Neoclássica Liberal para os autores Pós-Chicago.

2.1.3. Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84: o uso das premissas da Escola de Chicago pelo Tribunal do Cade

A prática decisória do Cade considera, por vezes, critérios de bem-estar do consumidor e promoção de eficiências no mercado para aprovar determinados atos de concentração²².

Um caso decidido pelo Tribunal do Cade utilizou, como razão de decidir, a geração de eficiências no mercado e consequente criação de benefícios ao consumidor. Trata-se do Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84, julgado no dia 7 de novembro de 2018.

As requerentes Tim Celular S.A (Tim) e Oi Móvel S.A. (Oi) pretendiam, por meio da prorrogação de um contrato associativo, realizar o compartilhamento ativo e passivo de rede, permitindo que as requerentes utilizassem das mesmas torres, equipamentos e ativos para prestar serviços de telefonia e banda larga com a utilização da tecnologia 4G (*RAN Sharing*). A primeira versão do contrato e os seus dois aditivos subsequentes foram notificados ao Cade em 2013. Em todas as oportunidades de análise, a SG/Cade não vislumbrou preocupações concorrenciais.

O terceiro aditivo, representado pelo ato de concentração em análise, chegou ao Tribunal após a homologação de proposta de avocação exarada pelo Conselheiro Paulo Burnier da Silveira sobre parecer da Superintendência-Geral pelo não-conhecimento da operação. O caso, então, foi sorteado à relatoria do Conselheiro João Paulo de Resende.

O voto vencedor do julgamento foi do próprio Conselheiro-Relator, que votou pela aprovação da operação sem restrições. Em aspectos introdutórios ao voto, o relator entendeu que, além de o caso ser de notificação obrigatória, o terceiro aditivo contratual implicaria em maior coordenação entre Tim e Oi, sobretudo em virtude de os aspectos tecnológicos da operação terem sido alterados da configuração MORAN para a MOCN²³, o que enseja o compartilhamento do espectro de radiofrequência entre as requerentes, indubitavelmente concorrentes no mercado de telefonia móvel.

Quanto ao mérito da operação, em que pese a existência de riscos concorrenciais, sobretudo gerados pela preocupação quanto à entrada de novos concorrentes e à irreversibilidade da operação, o Conselheiro-Relator entendeu que o contrato associativo traria inequívocos ganhos de eficiência. Como exemplo, o Conselheiro João Paulo de Resende pontua que a operação poderia: (i) gerar maior rapidez na expansão da rede 4G LTE; (ii) reduzir custos de implantação de novos sites e da manutenção de sites já compartilhados; (iii) reduzir riscos associados aos negócios das requerentes; (iv) minimizar o impacto do sistema de redes de telecomunicação nos espaços urbanos; e (v) aproveitar melhor o recurso escasso dos espectros de radiofrequência. A própria Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a partir de resposta a ofício expedido pelo Cade durante a instrução da operação, confirmou os ganhos de eficiência do compartilhamento de redes.

O Relator ainda pontua que ganhos oriundos das eficiências seriam repassados ao consumidor final. Por exemplo, desde o início da implementação do compartilhamento de redes, o custo do

22 Vide, por exemplo, declaração do Presidente Alexandre Cordeiro Macedo em entrevista concedida ao Brazil Journal, referenciada abaixo.

23 Conforme trazido pelo Voto-Relator (Documento SEI nº 0545849) (BRASIL, 2018), tratam-se de modalidades de compartilhamento ativo. A configuração MORAN leva o compartilhamento de: (i) Estação base; (ii) *Element management system* – SEM; (iii) Link estação base e rede - *core network*; e (iv) módulo digital. A configuração MOCN engloba todos os recursos da configuração MORAN, contudo, adiciona o compartilhamento do espectro de radiofrequência.



minuto de tráfego para os clientes das requerentes, captado pelo indicador Receita por Minuto de Voz (RPM), diminuiu. Dessa forma, o valor pago pelo usuário se reduziu, proporcionando benefícios ao consumidor (*i.e.*, menores custos). Nesses termos, o Tribunal, por unanimidade, aprovou a operação sem restrições.

Dessa forma, na presente operação, vislumbra-se que o Cade fundamentou a aprovação do ato de concentração pautando-se em premissas da Escola de Chicago, sendo elas: (i) geração de eficiências econômicas; e (ii) promoção do bem-estar do consumidor.

2.1.4. Conclusão sobre a Escola de Chicago

Ante o exposto, Bertran (2021) sintetiza as características da Escola de Chicago, mencionando que: (i) sua premissa fundante aplica critérios microeconômicos ao Direito; (ii) a vertente pressupõe que indivíduos, baseados na racionalidade, buscam maximizar o seu bem-estar; e (iii) normas e decisões judiciais são aptas – ou deveriam ser – a proporcionarem a maximização de bem-estar por meio de alocações eficientes.

O quadro abaixo sintetiza a Escola de Chicago (e Pós-Chicago) quanto aos seus pressupostos econômicos e concorrenciais:

Quadro 1 – Quadro-Síntese das Características da Escola de Chicago

Escola de Chicago	
Doutrina Econômica Majoritária	Economia Neoclássica Conservadora
Objetivos do Direito Antitruste	Tutela do bem-estar do consumidor
	Menor intervenção da autoridade concorrencial nos mercados
	Falhas de mercado tendem a ser corrigidas pelo próprio mercado
	Antitruste deve ser política reativa e residual para atuar nas estruturas do mercado caso as falhas de mercado não sejam autocorrigidas
Pós-Chicago	
	Economia Neoclássica Liberal
Objetivos do Direito Antitruste	Tutela do bem-estar do consumidor
	Maior intervenção da autoridade concorrencial nos mercados, sobretudo para punir condutas anticompetitivas
	Falhas de mercado são decorrentes de condutas anticompetitivas, que devem ser perseguidas pela autoridade concorrencial

Fonte: elaboração própria.

2.2. A Escola de Harvard (Estruturalista - Brandeisiana)

A abordagem da Escola de Harvard sobre o direito concorrencial surge no final do século XIX e início do século XX em decorrência do contexto econômico evidenciado na sociedade estadunidense e no Capitalismo, de modo geral. À época, ocorria a Segunda Revolução Industrial, marcada pelo desenvolvimento das indústrias químicas, elétricas, de petróleo e de aço. Nesse contexto, verificava-se o crescimento desenfreado de grandes corporações e, conseqüentemente, o poder econômico se tornava concentrado em poucos – e grandes – *players*, todos monopolistas.

Diante dos rumos tomados pela economia, sobretudo estadunidense, Louis Brandeis se posicionou veementemente contra a estrutura monopolística dos mercados. Dentre os ideais defendidos por Brandeis, destacavam-se o fortalecimento do Sherman Act²⁴, substancial respectivo combate aos trustes (SÁ; VILANOVA, 2022) e o posicionamento ferrenho contra as estruturas monopolistas de mercado (*i.e.*, contra as grandes corporações).

Inspirados nas teses de Brandeis, autores como Phillip Areeda, Donald F. Turner e Carl Kaysen, da Harvard University, pressupunham que agentes detentores de poder econômico poderiam utilizá-lo para a implementação de condutas anticompetitivas. O poder de mercado, *per se*, seria considerado ilegal para esses autores (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011). Para evitar disfunções, os teóricos de Harvard defendiam que as autoridades concorrenciais deveriam atuar ativamente nos mercados, sobretudo certificando que excessivas concentrações não fossem evidenciadas (FORGIONI, 2020). Forgioni (2020) ainda comenta que as condutas anticompetitivas dos agentes econômicos eram causadas justamente pela estrutura disfuncional dos mercados. Por fim, Salomão Filho (2021) pontua que, para os autores Estruturalistas, é a estrutura do setor econômico que determina, em última medida, a performance da indústria respectiva.

O foco dos autores de Harvard era, portanto, a atuação das autoridades concorrenciais nas estruturas de mercado (SÁ; VILANOVA, 2022), de modo a buscar uma concorrência atomística²⁵ (FORGIONI, 2020). Daí a denominação “Escola Estruturalista”.

Gaban e Domingues (2016) afirmam que a Escola de Harvard buscava um modelo de *workable competition*, termo introduzido por John Maurice Clark que recomendava a garantia e eventual aumento da quantidade de agentes econômicos atuando no mercado, que deveria ser, em última medida, pulverizado para evitar suas disfunções. Os autores ainda mencionam que a base normativa dos Estruturalistas é o Modelo Estrutura-Condução-Desempenho (E-C-D), que prega que *estruturas* de mercado que elevem as barreiras à entrada e reduzem a quantidade de vendedores facilitam as *condutas* de coordenação entre agentes econômicos, agravando a possibilidade de que a precificação no âmbito de um mercado seja superior ao custo médio marginal a longo prazo, reduzindo, portanto, o *desempenho* dos mercados.

24 Diante do surgimento de organizações monopolistas nos Estados Unidos, sobretudo durante o Século XIX, foi promulgado, em 1890, o *Sherman Act*, de autoria do Senador John Sherman. Trata-se da primeira lei antitruste estadunidense, que buscou, sobretudo, disciplinar a concentração de poder econômico entre os agentes de mercado (GABAN; DOMINGUES, 2016).

25 A concorrência atomística é um modelo em que a quantidade de agentes econômicos é alta, fato que torna a estrutura do mercado mais pulverizada, além de as participações de mercado dos *players* serem baixas, já que todos participam do mercado. A competição, portanto, ocorreria em decorrência da manutenção ou do incremento de um elevado número de agentes econômicos na economia, que, com baixo *market share*, concorrerão pela preferência do consumidor.



Contudo, nos meados da década de 1970, a Escola Estruturalista sofre abalos, já que muitos de seus representantes aderem aos ideais da Escola de Chicago (SALOMÃO FILHO, 2021), sobretudo aqueles relativos à primazia do bem-estar do consumidor. Como reação, e buscando a retomada aos pressupostos teóricos da Escola de Harvard, surge a corrente Neoestruturalista, pejorativamente denominada *Hipster Antitrust*²⁶.

Em linhas gerais, autores Neoestruturalistas criticam a tese de que o bem-estar do consumidor deveria ser o foco da atuação antitruste, conforme defendido pelos autores de Chicago. Adicionalmente, as finalidades do antitruste são expandidas por esses autores (SÁ; VILANOVA, 2022), que além de defenderem a pulverização das participações de mercado e a garantia de um ambiente concorrencial justo, entendiam que o Direito Concorrencial deveria proteger o emprego, as pequenas e médias empresas, o meio-ambiente, etc.²⁷⁻²⁸. Lina Khan e Tim Wu se destacam como os principais autores do Neoestruturalismo.

Feita a contextualização das escolas Estruturalista e Neoestruturalista, abaixo estará uma enumeração com as principais abordagens da Escola de Harvard sobre o Direito Concorrencial, sobretudo quanto a: (i) a sua doutrina econômica majoritária; e (ii) o grau de intervenção proposto pela corrente às autoridades concorrenciais.

2.2.1. Doutrina Econômica Majoritária

Atkinson e Audretsch (2011) analisam a Escola de Harvard denominando-a de *Populist Antitrust Doctrine*. Para eles, o ferramental econômico que embasa tal corrente é representado pela Economia Neokeynesiana²⁹. A Economia Keynesiana teve o seu ápice após a 2ª Guerra Mundial e representou a doutrina econômica dominante nos Estados Unidos até meados de 1970. Contudo, após o desenvolvimento dos ideais da Escola de Chicago, embasados pelos fundamentos da Economia Neoclássica, verificou-se o surgimento de novas correntes análogas ao Keynesianismo, que buscaram se adequar ao desenvolvimento temporal do pensamento econômico.

Diante dos desenvolvimentos econômicos mais recentes, notados, sobretudo pela globalização da economia, pelo dinamismo das transações e pelo aprimoramento constante da tecnologia, surgem autores Neokeynesianos. Eles buscaram explicar os fenômenos econômicos contemporâneos mediante adequações do pensamento de Keynes à realidade que os circunscrevia.

Em linhas gerais, os autores neokeynesianos argumentam que a demanda por bens e serviços acarreta crescimento econômico. Tal demanda agregada pode ser evidenciada pelos investimentos e

26 Para fins do presente artigo, a corrente Neoestruturalista/Neobrandeisiana/*Hipster Antitrust* não será analisada pormenorizadamente, mas meramente citada.

27 Vide §18 da resposta do Cade, assinada pelo Presidente Alexandre Cordeiro Macedo, ao Ofício nº 2398/2022/AFEPAR/MJ, expedido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, encaminhando à autarquia o Requerimento de Informação Parlamentar (RIC) nº 688/2022, de autoria da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle. (Documento SEI nº 1159045). Acesso em: 18 jul. 2023.

28 O Cade, inclusive, já demonstra preocupações quando aos mercados de trabalho (Vide Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61, que investiga supostas condutas anticompetitivas no mercado de trabalho da indústria de *healthcare*) e à Agenda ESG (Vide Ato de Concentração nº 08700.009905/2022-83, que aprovou a criação de uma *joint venture* entre empresas atuantes no mercado de suprimentos alimentícios e agrícolas para o desenvolvimento de uma plataforma que padronize a medição de níveis de sustentabilidade na cadeia de produção).

29 Alusão ao economista inglês John Maynard Keynes (1883 - 1946).

pelos gastos governamentais e de consumidores

Mattiuzzo e Becker (2020) entendem que a doutrina concorrencial surgida em Harvard se baseia, sobretudo, no ferramental econômico dos fundamentos da Economia Política. Nesse sentido, muitas das prescrições políticas de autores neokeynesianos fomentam o aumento dos gastos governamentais, buscando, sobretudo, a manutenção do pleno emprego, o qual elevaria a renda dos cidadãos e, conseqüentemente, geraria maior demanda agregada (especialmente em relação ao consumo).

Sobre o direito concorrencial, neokeynesianos certamente fomentariam dispêndios do Estado para um maior *enforcement* antitruste. Com isso, seria buscada a garantia de altos níveis de competição para a manutenção de preços baixos a curto-prazo (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011). Com preços de bens e serviços baixos no curto-prazo, a demanda agregada aumentaria e, conseqüentemente, o consumo se elevaria. Assim sendo, o principal aspecto da doutrina econômica neokeynesiana, em questões concorrenciais, é a busca pela elevada concorrência no mercado.

Além disso, outra política defendida pelos neokeynesianos é a distribuição justa e equitativa de renda e riqueza (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011). Estes autores acreditam que se as riquezas produzidas estiverem na posse de poucos indivíduos ou corporações, o consumo seria menor do que se o poder de compra fosse similar a todos. Por essa razão, quanto menor for a desigualdade de renda e riqueza, maior seria o consumo e, conseqüentemente, maior seria o crescimento econômico, já que haveria maior demanda agregada. Além do mais, para manter o ciclo de crescimento, os resultados oriundos do desenvolvimento econômico deveriam ser equitativamente distribuídos.

Em suma, os neokeynesianos entendem que o modelo econômico ideal deve buscar a ampliação da demanda agregada (e, conseqüentemente, o crescimento do consumo) a partir de práticas como: (i) a manutenção do pleno emprego; (ii) a busca por elevados níveis de concorrência no mercado consumidor; e (iii) a equitativa distribuição de renda e riqueza. Com tais premissas sendo observadas, seria vislumbrado o crescimento da economia.

2.2.2. Grau de intervenção proposto pela corrente na atuação das autoridades concorrenciais

A Escola de Harvard é reconhecida por sua predileção por um maior intervencionismo do Estado (*i.e.*, autoridade concorrencial) nos mercados (MATTIUZZO; BECKER, 2020). Os mesmos autores ainda pontuam que os Estruturalistas focam no processo competitivo, pregando que uma intervenção mais direta e fundamentada do órgão antitruste nas estruturas do mercado não só é viável, mas é imprescindível.

Lina Khan (2016), uma das principais representantes da vertente Neoestruturalista, corrente que retoma e atualiza os pressupostos da Escola de Harvard após surgimento dos ideais de Chicago, ressalta que Estruturalistas são pessimistas em relação aos mercados concentrados, uma vez que tais estruturas promovem diversas modalidades de condutas anticompetitivas.

Adicionalmente, a autora ressalta que a Escola de Harvard preferiria um mercado composto por muitas pequenas e médias empresas ao invés de poucas grandes companhias, pois: (i) estruturas monopolistas e oligopolistas permitem que as firmas dominantes coordenem os mercados com



facilidades e sutileza, promovendo condutas como fixação de preços, divisão de mercados e colusão tácita; (ii) empresas monopolistas e oligopolistas poderiam abusar de sua posição dominante para impedir a entrada de novas concorrentes no mercado; e (iii) empresas monopolistas e oligopolistas possuem maior poder de barganha em face de consumidores, fornecedores e trabalhadores, fato que permite elas a aumentarem os preços e piorarem os serviços, ao mesmo tempo que mantêm o seu lucro. Por essa razão, as estruturas de mercado deveriam ser controladas pelas autoridades concorrenciais (KHAN, 2016).

Adicionalmente, Atkinson e Audretsch (2011), comentando a visão de Carl Kaysen e de Donald F. Turner, pontuam que os autores da Escola de Harvard entendiam que o poder de mercado, *per se*, seria prejudicial à economia e, conseqüentemente, ilegal. Assim sendo, a estrutura de mercado deveria ser o foco da análise das autoridades concorrenciais. Condutas anticompetitivas deveriam ser investigadas residualmente, uma vez que as estruturas disfuncionais de mercado são a origem de performance econômica adversa.

Salomão Filho (2021) resume o pensamento Estruturalista afirmando que ele se preocupa menos com a eficiência, dando importância, então, à estrutura alocativa dos mercados. Além disso, os mercados, se considerados individualmente, não teriam forças suficientes para desafiar o poder econômico de uma empresa dominante. Por essa razão, intervenções estruturais seriam bem-vindas, inclusive com a atuação repressiva da autoridade antitruste no controle de atos de concentração e com a determinação da cisão de grandes firmas (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011).

Dessa forma, nota-se que a Escola de Harvard prega uma maior intervenção estatal nos mercados, buscando, sobretudo, uma forte atuação no controle de estruturas mercadológicas como forma de repressão e de prevenção ao abuso de poder econômico pelos participantes de determinado mercado. Caso contrário, possivelmente existiriam condutas anticompetitivas em tal mercado. Os Estruturalistas buscam, então, a elevação dos níveis de concorrência nos mercados, pois, dessa forma, condutas anticompetitivas ocorreriam com menos frequência e com menor impacto.

2.2.3. Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56: o uso das premissas da Escola de Harvard pelo Tribunal do Cade

O Cade pode adotar premissas de análise mais restritivas para garantir a manutenção da estrutura competitiva de determinados mercados relevantes. Tal prerrogativa da autoridade concorrential pode ser evidenciada no Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56, reprovado pelo Tribunal do Cade em 28/06/2017 (BRASIL, 2017).

A operação buscava viabilizar a aquisição do controle, pela Kroton Educacional S.A., da Estácio Participações S.A. As requerentes atuam no segmento de educação privada, estando sobrepostas nos mercados de ensino superior - em distintas modalidades - e de cursos livres. A compradora desejava, com a aquisição, aproveitar-se da complementariedade geográfica das atividades de ensino superior presencial da Estácio, assim como inserir uma marca reconhecida em seu portfólio.

O caso chegou à análise do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica a partir de impugnação da Superintendência-Geral, que considerou que a operação geraria sobreposição horizontal nos mercados de educação superior (graduação e pós-graduação presencial e EAD - à

distância) e em cursos livres (cursos preparatórios para concursos, para OAB, Pronatec, entre outros). A título de exemplo, 125 mercados de graduação presencial estariam sobrepostos em um cenário segmentado por curso/município, 20 mercados de graduação EAD (à distância) teriam sobreposição horizontal no cenário nacional e 785 mercados, no cenário municipal. A SG/Cade entendeu que a operação poderia gerar uma concentração excessiva no mercado de educação superior à distância, permitindo que a compradora detivesse uma participação de quase 50% no mercado de educação. Em determinados mercados relevantes segmentados, inclusive, haveria o monopólio da entidade originada pela operação pretendida.

O órgão condutor da instrução processual também entendeu que uma eventual aprovação da operação promoveria uma estrutura de mercado passível de conferir, à Kroton, maior poder de mercado para adotar estratégias com efeito exclusionário aos concorrentes. A aprovação hipotética também facilitaria comportamentos colusivos no mercado em razão de ganhos nacionais de escala. Eventuais eficiências trazidas com a operação não seriam suficientes para compensar os problemas identificados pela SG/Cade.

Em 6 de fevereiro de 2017, o caso foi distribuído à relatoria da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, que pautou o julgamento para a 107ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 28 de junho de 2017. Na ocasião, embora a Relatora tenha entendido que há probabilidade de exercício de poder de mercado, pelo ente que seria formado em uma eventual aprovação, sobretudo em virtude das elevadas concentrações econômicas horizontais, votou pela aprovação da operação, condicionada à imposição de remédios unilaterais pelo Cade, sendo eles: (i) contratação de trustee de monitoramento das restrições impostas; (ii) Kroton não poder adquirir Instituições de Ensino Superior com mais de 10.000 alunos pelos próximos 5 anos; (iii) Kroton não poder fazer publicidade em televisão nacional por 1 ano; (iv) alienação dos ativos da Uniderp; (v) alienação de ativos em 8 municípios problemáticos³⁰; (vi) Kroton não poder aumentar, por 1 ano, a oferta de cursos nos mercados relevantes de EAD com concentração superior a 50%; (vii) alienação da marca Anhanguera; (viii) metas comportamentais para repassar eficiências aos alunos e professores; (ix) metas de responsabilidade social; (x) metas para garantir a manutenção ou melhoria dos índices de qualidade; e (xi) o fechamento da operação só poderia ocorrer após os remédios estruturais³¹ serem efetivados, mediante alienação, em leilão que deveria ocorrer em um prazo não superior a 12 meses, para Instituições de Ensino Superior credenciadas pelo Ministério da Educação (MEC).

No entanto, a opinião vencedora no julgamento do presente caso está no Voto-Vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, seguido pelo restante do Plenário³². O Voto-Vencedor entendeu que a operação deveria ser reprovada. O Conselheiro também ressaltou o movimento de crescimento por aquisições que as requerentes tiveram nos últimos anos, tendo a Kroton notificado 19 operações ao Cade e ao passo que Estácio notificou 7 atos de concentração ao Cade. Com a transação pretendida, seria formado um conglomerado de ensino a partir da junção dos dois maiores *players* nacionais.

O Conselheiro Gilvandro ainda pontuou, taxativamente, que a operação não repassaria

30 Sendo eles: (i) Macapá/AP; (ii) Campo Grande/MS; (iii) Niterói/RJ; (iv) São José/SC; (v) Santo André/SP; (vi) São Luís/MA; (vii) Belo Horizonte/MG; e (viii) Brasília/DF.

31 Itens (iv), (v) e (vi)

32 Aderiram, ao Voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, os Conselheiros João Paulo de Resende, Alexandre Cordeiro Macedo, Paulo Burnier da Silveira e o Presidente Alexandre Barreto de Souza.



eficiências ao consumidor, uma vez que “se não houver no mercado agentes que ameacem constantemente a posição de mercado detida por Kroton/Estácio no momento pós-fusão, a falta de alternativas de mercado fará com que o aluno possa inclusive sofrer com preços mais altos e/ou com qualidade de ensino não tão desejável”. Ao invés de promover o bem-estar do consumidor, a transação supostamente prejudicaria os alunos vinculados às instituições de ensino das requerentes.

A estrutura do mercado de educação também seria sensivelmente alterada pela transação. A consolidação dos maiores grupos educacionais privados brasileiros alteraria a competitividade do setor educacional particular do Brasil. O Conselheiro Gilvandro Araújo assim pontuou:

57. Há aqui uma operação bastante complicada sob o ponto de vista da defesa da concorrência, pois o risco de que haja um cenário futuro de falta de competitividade no setor educacional privado no Brasil é patente no caso concreto. (...) Agrego que não há eficiências disponíveis em grau suficiente diante de tantos custos sociais a serem arcados com o desenvolvimento da operação, o que já foi bem enfrentado nesse processo. O que está para análise do Plenário não é apenas uma mitigação de sobreposições nos mercados em que os Requerentes atuam: a imbrincada interrelação entre ensino presencial e EAD traz ao Cade a necessidade de endereçar detalhes concorrenciais que sem dúvida terão impacto na dinâmica de negócios do ensino superior no Brasil (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Em complemento, o Voto-Vencedor menciona que a Estácio, parte cujo controle potencialmente seria adquirido na operação, é a única rival da Kroton. A eliminação da única concorrente com porte para contestar a participação de mercado da parte compradora seria legitimar e chancelar monopólios nos diversos mercados relevantes afetados pela operação.

O modelo Estrutura-Condução-Desempenho, preconizado por autores da Escola de Harvard, também pôde ser evidenciado no voto. O Conselheiro Gilvandro, ao opinar pela insuficiência de remédios que legitimassem a aprovação da operação, pontuou que a solução proposta pelas partes de compartilhar, por determinado período, os ativos relacionados à marca Anhanguera com eventual concorrente comprador desses ativos, criaria uma *estrutura* de mercado disfuncional. Ela, por vez, fomentaria *condutas* anticompetitivas, como a cartelização ou troca de informações concorrencialmente sensíveis entre empresas. Como consequência seria reduzido o *desempenho* do mercado, já que malefícios seriam repassados aos consumidores finais dos serviços das partes.

Diante de todas as preocupações estruturais, entendeu-se que a operação seria passível de reprovação, uma vez que: (i) não traria eficiências; (ii) aumentaria substancialmente o poder de mercado do ente formado pela junção das principais participantes do mercado; e (iii) criaria a uma estrutura mercadológica monopolística e sem qualquer indício de competição. Em suma, questões eminentemente estruturais ensejaram a intervenção do Cade na pretensa transação, sobretudo para impedir a criação de um monopólio, para garantir a efetiva concorrência no mercado educacional brasileiro e para prevenir que eventual abuso de poder econômico fosse cometido pelas requerentes. Desse modo, a operação foi reprovada.

2.2.4 Conclusão sobre a Escola de Harvard

Com base na metodologia adotada neste artigo, é possível sintetizar o pensamento da Escola de Harvard deste modo:

Quadro 2 - Quadro-Síntese das Características da Escola de Harvard

Escola de Harvard	
Doutrina Econômica Majoritária	Nekeynesianismo
Objetivos do Direito Antitruste	Busca por estruturas competitivas de mercado, fomentando uma maior concorrência entre os agentes econômicos
	Maior intervenção da autoridade concorrencial nos mercados
	Falhas de mercado não são corrigidas pelo próprio mercado, devendo haver intervenção da autoridade antitruste
	Poder de mercado é ilegal por si só, devendo o Estado combatê-lo e preveni-lo
	Modelo Estrutura-Condução-Desempenho

Fonte: elaboração própria.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou sistematizar, de modo não exaustivo, duas das principais vertentes que teorizam os objetivos do Direito Concorrencial: a Escola de Chicago e a Escola de Harvard (Estruturalista). Com base no ferramental econômico seguido por cada escola e no grau de intervencionismo considerado ideal para a autoridade antitruste, é possível delimitar características próprias de cada linha de pensamento.

Nesse sentido, afirma-se que a Escola de Chicago é notada por trazer premissas mais liberais ao direito concorrencial e à Economia. Com base na Economia Neoclássica, autores adeptos ao pensamento de Chicago acreditam que os mercados são eficientes mecanismos de alocação de recursos evidentemente escassos. Além dessa característica intrínseca aos mercados, autores alinhados à Escola de Chicago acreditam que eventuais falhas de mercado poderiam ser corrigidas pelo próprio equilíbrio do mercado, não sendo necessárias intervenções governamentais para direcionar a oferta ou a demanda de determinado bem ou serviço, embora autores considerados como seguidores da vertente Pós-Chicago, que também se utilizam de preceitos da Economia Neoclássica, defendam certo intervencionismo estatal para a correção de falhas mercadológicas.

Em relação ao grau de intervencionismo proposto pela Escola de Chicago às autoridades concorrenciais, há de se pontuar que autores vinculados a essa linha de pensamento são evidentemente mais liberais e contrários à atuação estatal nos mercados. O direito concorrencial, nesse sentido, deveria ser utilizado somente para buscar melhores eficiências alocativas e para garantir o bem-estar do consumidor. Autores adeptos à corrente Pós-Chicago, no entanto, acreditam que falhas de mercado são originadas por condutas anticompetitivas e, por essa razão, comportamentos contrários



à livre concorrência deveriam ser eliminados pelas autoridades concorrenciais a fim de promover uma alocação eficiente de recursos nos mercados.

Um exemplo jurisprudencial de adoção das premissas da Escola de Chicago pode ser evidenciado na decisão do Tribunal do Cade no Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84. Na ocasião, duas empresas com considerável participação de mercado notificaram contrato associativo para o compartilhamento de redes e infraestruturas móveis. Em que se pese as grandes concentrações das partes, o Plenário do Tribunal entendeu que a operação poderia gerar eficiências, sobretudo ao fomentar a expansão da rede 4G LTE e melhor aproveitar o limitado espectro de radiofrequência, além de promover o bem-estar do consumidor final ao reduzir os custos dos serviços prestados pelas requerentes (BRASIL, 2018).

A Escola Estruturalista de Harvard, por outro lado, é considerada uma vertente mais intervencionista em aspectos econômicos e concorrenciais. Com base em preceitos Neokeynesianos, referida Escola acredita, por exemplo, que elevados níveis de concorrência nos mercados são estimuladores de crescimento econômico. Nesse sentido, as autoridades concorrenciais, mediante maiores dispêndios governamentais, deveriam atuar para garantir estruturas competitivas de mercado.

Autores com o viés Estruturalista de Harvard defendem maior intervencionismo estatal nos mercados, de modo que a atuação da autoridade antitruste nas estruturas dos mercados seria necessária para a manutenção da livre competição. Além disso, tais autores acreditam que monopólios ou oligopólios são prejudiciais aos mercados, uma vez que estimulam a adoção de condutas anticompetitivas e fomentam o abuso do poder econômico por firmas dominantes. Para evitar referidos malefícios (*i.e.*, perda de desempenho dos mercados), a Escola de Harvard defende maior atuação da autoridade antitruste no controle de estruturas, buscando a manutenção e a garantia da competição.

A prática decisória do Cade também fundamentou as decisões de atos de concentração com base em premissas da Escola de Harvard. No Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56, por exemplo, a operação foi reprovada com base nas participações de mercado que seriam auferidas pelo ente originado pela transação. O Voto-Vencedor considerou que havia grande possibilidade de o Cade tutelar a formação de um monopólio no mercado brasileiro de educação e, caso o ato de concentração não fosse reprovado, condutas anticompetitivas poderiam ser fomentadas, causando pior desempenho no mercado brasileiro de educação privada.

Percebe-se, assim, que o Cade já utilizou de premissas de ambas as Escolas para fundamentar suas decisões de atos de concentração. Sugere-se, como eventuais desdobramentos da presente pesquisa, ampliação do escopo de análise da jurisprudência do Cade, buscando mapear, estatisticamente, o percentual de decisões que foram fundamentadas com preceitos de cada uma das vertentes do direito concorrencial acima expostas. Assim, seria possível compreender, de certo modo, se há um padrão de predileção da autoridade concorrencial brasileira por determinada escola.

REFERÊNCIAS

ATKINSON, Robert D.; AUDRETSCH, David B. **Economic Doctrines and Approaches to Antitrust**. Washington: The Information Technology and Innovation Foundation, 2011. Disponível em: <http://>

www.itif.org/files/2011-antitrust.pdf. Acesso em: 2 jun. 2023.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BERTRAN, Maria Paula. **Escola de Chicago e Nova Economia Institucional**: as principais linhas da análise econômica do direito aplicadas a um caso concreto. 2. ed. Ribeirão Preto: Selo FDRP-USP, 2021.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox**: a policy at war with itself. New York: Basic Books, Inc., Publishers, 1978.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração 08700.002276/2018-84**. Requerentes: Tim Celular S.A e Oi Móvel S.A. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, 7 de novembro de 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/29p7j8lv>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração 08700.006185/2016-56**. Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Voto-Vencedor: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 28 de junho de 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/25j9bege>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Edital nº 623, de 27 de outubro de 2022**. Edital de realização do 42º Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PinCade). Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/263cuk98>. Acesso em: 3 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.259, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2o94bhj2>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. **Guia de Advocacia da Concorrência**. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2y6qtuee>. Acesso em: 1 jul. 2023.

BRUE, Stanley L.; GRANT, Randy R. **História do Pensamento Econômico**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

EASTERBROOK, Frank H. The limits of antitrust. **Texas Law Review**, Austin, TX, EUA, v. 63, n. 1, 1984. Disponível em: <https://tinyurl.com/29sadpap>. Acesso em: 2 jun. 2023.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

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

KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, p. 710-805, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/yatw2kkl>. Acesso em: 2 jun. 2023.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2019.

MATTIUZZO, Marcela; BECKER, Bruno Bastos. Plataformas Digitais e a Superação do Antitruste Tradicional: mapeamento do debate atual. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva (org.). **Defesa da concorrência em plataformas digitais**. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. p. 40-83. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/30031>. Acesso em: 30 jan. 2023.



NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia:** introdução ao direito econômico. Prefácio Tercio Sampaio Ferraz Junior. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SÁ, Catharina Araújo; VILANOVA, Polyanna. As Escolas de Direito Antitruste: o que a história revela. **WebAdvocacy**, [S. l.], 19 maio 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2872lm8k>. Acesso em: 17 jul. 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

8

A FUSÃO COLGATE-KOLYNOS: A IMPORTÂNCIA E A ATUAÇÃO DO CADE PARA ASSEGURAR A LIVRE CONCORRÊNCIA E A TUTELA DOS CONSUMIDORES¹

The Colgate-Kolynos merger: the importance and role of Cade to ensure free competition and consumer protection

Emerson Ademir Borges de Oliveira²

Universidade de Marília (UNIMAR) – Marília/SP, Brasil

André Luís Cateli Rosa³

Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos (UNIFIO) – Ourinhos/SP, Brasil

Danielle Flora Costa Borralho⁴

Universidade de Marília (UNIMAR) – Marília/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: o presente artigo trata da grande fusão que marcou o início da década de 1990 entre as grandes marcas de higiene bucal, à época, no Brasil: a *Colgate-Palmolive Company* e a *Kolynos do Brasil S/A*.

Objetivo: possui por objetivo verificar a importância e a atuação do Cade no processo de fusão entre as empresas *Colgate-Palmolive Company* e a *Kolynos do Brasil S/A*.

Editor responsável: Prof. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 20/06/2022 **Aceito em:** 11/06/2024 **Publicado em:** 19/06/2024

2 Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Titular da Universidade de Marília. Coordenador-Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Marília. Advogado e parecerista.

E-mail: emerson@unimar.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7891371445211973> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-7876-6530>

3 Doutor em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Especialista em Liderança e Coaching para Gestão de Pessoas. Educador e Assessor Jurídico do Banco do Brasil S/A, Administrador e Advogado sócio-fundador do Escritório Cateli & Bordenal Advogados. Professor dos cursos de Administração e Ciências Contábeis do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - UNIFIO. Professor de Pós-Graduação lato sensu. Autor de livros e artigos científicos. Membro da Associação Brasileira de Direito e Economia. Avaliador e parecerista de revistas científicas. Avaliador e Membro Editorial do International Journal of Law Society.

E-mail: andrecateli@email.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3607648043042229> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-3670-7836>

4 Mestra em Direito (mestrado interinstitucional) pela UNIMAR/SVT Faculdade; pós-graduada em Direito Processual Civil - UNIFOR; pós-graduada em Direito Previdenciário - UNIDERP; pós-graduada em Direito Civil - UNIASSELVI; formação pedagógica em letras - português/inglês - FAVENI. Docente no curso de Serviços Jurídicos no IEMA; advogada.

E-mail: daniellefborralho@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7262050604391254>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7086-1207>



Método: utilizou-se do método indutivo, por meio de pesquisas bibliográficas e de artigos eletrônicos e legislação.

Conclusões: após estudo dos impasses surgidos à época da fusão, demonstrou o papel importante do Cade, para assegurar a livre concorrência e manter o equilíbrio social, garantindo uma adequada tutela dos consumidores.

Palavras-chave: barreiras de entrada; Cade; fusão; lei antitruste; mercado relevante.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: this article deals with the great merger that marked the beginning of the 1990s between the major brands of oral hygiene in Brazil at the time: *Colgate-Palmolive Company* and *Kolynos do Brasil S/A*.

Objective: it aims to verify the importance and performance of Cade in the merger process between *Colgate-Palmolive Company* and *Kolynos do Brasil S/A*.

Method: the inductive method was used, through bibliographic research and electronic articles; as well as documentary research.

Conclusions: after studying the impasses that arose at the time of the merger, it demonstrated the important role of Cade, to ensure free competition and maintain social balance, guaranteeing adequate protection of consumers.

Keywords: entry barriers; Cade; fusion; antitrust law; *relevant market*.

Classificação JEL: K21; K23.

Sumário: 1. Introdução; 2. A política antitruste brasileira e papel do Cade; 3. O mercado relevante e a importância da competitividade; 4. A questão das barreiras de entrada e a decisão do Cade; 5. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A análise que se faz sobre a fusão da Colgate/Kolynos possui por referência a economia contemporânea, abordando-se até que ponto é possível dizer que a decisão tomada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), à época, foi eficiente⁵.

Levará em consideração os impactos econômicos e sociais da época, analisando se houve respeito ao que prescreve a Constituição Federal de 1988 (CF/88), tendo por base os princípios gerais da atividade econômica, principalmente quanto à atuação do Estado, tendo como possíveis consequências uma concentração econômica.

Quando da fusão, discutiu-se bastante sobre a atuação do Cade, principalmente em relação às suas decisões quanto aos atos de concentração das empresas, considerando o que objetivava a Lei nº 8.884/94 (lei que transformou o Cade em autarquia e tratava sobre a prevenção e repressão às

5 Messias e Rosa (2019) ensinam que, por meio de uma visão factual do direito, reduzindo-se a complexidade através de uma organização de acontecimentos do mundo social, observando-se as externalidades envolvidas, bem como a racionalidade e o custo/benefício em relação à sociedade, é que se consegue alcançar o resultado social mais eficiente.

infrações contra a ordem econômica), posteriormente revogada pela Lei nº 12.529/2011.

Em um contexto geral, ao se falar sobre a fusão da Colgate/*Kolynos*, tem-se um rico conteúdo a respeito do direito antitruste, justamente porque se estava diante das duas grandes empresas que dominavam à época o serviço de higiene bucal.

Os mais diversos argumentos e análises repercutiram diante de um fato (fusão) que poderia levar ao monopólio do comércio de higiene bucal, surgindo assim a necessidade da intervenção do Cade, justamente para que, conforme a antiga Lei nº 8.884/94, pudesse “proteger a livre concorrência, a livre iniciativa, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores, determinando a repressão ao abuso do poder econômico” (VERONESE, 2013, p. 36).

Nesse sentido vale ressaltar que o que a CF/88 garante é a liberdade de os particulares terem a chance de ingressarem no mercado, por meio da livre iniciativa; no entanto, é necessário preservar o bem-estar social. É com esse objetivo que a Lei nº 8.884/94 era usada como um diploma de defesa da concorrência.

O caso da fusão Colgate/*Kolynos*, aqui analisado, demonstra toda estrutura de estudo da aplicação dessa Lei antitruste vigente à época, bem como a atuação de proteção do mercado, com o fim de garantir os direitos econômicos e sociais, tendo como um dos grandes focos a proteção do consumidor, garantindo uma concorrência equânime.

Com o fim de se mensurar a atuação necessária do Cade à época da fusão, verificou-se que, em relação ao mercado de pastas de dente, a *Colgate-Palmolive Company*, no ano de 1994, possuía 25,6%, a *Kolynos do Brasil S/A* detinha 52,5%, enquanto que a Gessy-Lever detinha 18,2%. Só as duas primeiras juntas possuíam 78,1% desse mercado (BARRIONUEVO, 2011).

Essa concentração de mercado seria conforme o Cade, o bastante para a criação de barreiras à entrada de novas empresas, principalmente quando se relaciona fidelidade às marcas existentes, seja por parte dos consumidores, seja por parte do sistema de distribuição (BARRIONUEVO, 2011).

Diante disso, com o objetivo de se verificar a importância do Cade nesse processo de fusão, como guardião da livre concorrência, a investigação faz um estudo à luz da política antitruste no Brasil, abordando a discussão que girou em torno do procedimento, como: a importância de se delimitar quais eram os mercados relevantes; até que ponto tal fusão iria impactar na competitividade do mercado econômico; quais eram as possíveis barreiras à entrada encontradas durante a fusão; e o que o procedimento poderia impactar no comércio.

A pesquisa se justifica diante das novidades conceituais que resultaram de todo o procedimento de fusão, um dos mais complexos até então da história concorrencial do Brasil, com a possibilidade de se tecer uma avaliação mais madura dos procedimentos depois de passadas 3 décadas.

O método utilizado na pesquisa foi o indutivo, baseado em dados bibliográficos e documentais; bem como pesquisa documental.

Por fim foi possível antever que, mesmo diante de inúmeros questionamentos, sobretudo após o lançamento da marca Sorriso, a fusão foi legal e assegurou a eficiência do mercado, resultando inclusive em ganhos para os consumidores.



2. A POLÍTICA ANTITRUSTE BRASILEIRA E PAPEL DO CADE

O Cade é uma autarquia federal (por força da Lei nº 8.884/94, revogada pela Lei nº 12.529/2011) que possui como objetivo proteger a livre concorrência. Esta, por sua vez, é definida por André Ramos Tavares como “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social” (TAVARES, 2011, p. 256).

O Cade exerce tamanha importância quando se trata de política econômica de concorrência. No que tange às mudanças das legislações citadas acima a respeito do controle dos atos de concentração antes que sejam feitas fusões, incorporações, ou demais operações que venham alterar estruturas de mercado e tendo as empresas vantagens no faturamento, é preciso a notificação ao Cade, o que significa dizer que as negociações entre as empresas somente serão concluídas caso o Cade venha a aprova-las (SCHAPIRO, 2013, p. 50).

A defesa da livre concorrência leva à tutela do bom funcionamento do mercado, haja vista que, ao garanti-la, está-se englobando dentro dessa conduta preços mais baixos, produtos com melhor qualidade, uma diversificação e inovação das ofertas, aumentando assim a tutela do bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico (CARVALHO, 2013, p. 475).

Analisando o fenômeno da concorrência em seus aspectos econômicos, admitidas a ineficácia e a insuficiência de certas formas repressivas, e a impossibilidade da implantação dos modelos teóricos, passam a sociedade e os poderes públicos a aceitar suas próprias limitações, abandonando a utopia de implantar uma concorrência perfeita, e a raciocinar, em termos de valor possível a ser buscado, institucionalizado e protegido pelo Direito (VAZ, 1993, p. 99).

Nesse sentido a CF/88 faz valer que a concorrência deve existir. O texto constitucional adota uma economia descentralizada, uma economia de mercado, que está sujeita a uma atuação mais forte do Estado, com normas e regulamentações, e que permite que este, por sua vez, faça uma exploração direta da atividade econômica sempre que for necessário à segurança nacional ou que seja de interesse da coletividade. Igualmente, é bom pontuar que a lei constitucional concede livre exercício para qualquer atividade econômica, não necessitando de autorização de órgãos públicos, a não ser nos casos determinados por lei. Portanto, tomando por base o artigo 173, § 4º da CF/88, a livre concorrência garante livre manifestação da liberdade de iniciativa, cabendo à lei repudiar abusos de poder econômico cuja finalidade venha ser o domínio de mercados, eliminação da concorrência, bem como aumento de lucros de forma arbitrária (MORAES, 2023, p. 947).

Mas ainda que a Constituição tenha garantido uma economia descentralizada de mercado, o Estado está autorizado a intervir como agente regulador e normativo no domínio econômico, de forma a fiscalizar, incentivar e também realizar planejamentos direcionados ao setor privado considerando sempre os ditames principiológicos constitucionais que tratam da ordem econômica. Frisa-se, portanto, que o artigo 170 da CF/88 determina a ordem econômica com base na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano (BRASIL, 1988).

Entretanto, observa-se que a liberdade de iniciativa não deve ser entendida como total, haja vista que, por trás dela, a atividade econômica deve limitar-se aos fins e interesses sociais (OLIVEIRA;

ROSA; SILVA, 2021, p. 78). Dessa forma, portanto, a regulação impacta diretamente na livre iniciativa dos agentes econômicos afetados por ela ao editar normas que indiretamente afetam as atividades econômicas (OLIVEIRA NETO; MACEDO, 2021, p. 11).

Desse modo a livre iniciativa não deve por sua vez ser interpretada de forma absoluta, é preciso ponderar e ter uma maior atenção por parte do Estado, principalmente para que não haja um desequilíbrio econômico em que o poder estatal concede liberdade econômica para alguns, restringindo, entretanto, para outros.

Considerada a primeira lei antitruste brasileira, a Lei Malaia (Decreto-Lei nº 7.666/1945) foi uma lei vocacionada para a repressão do abuso do poder econômico. Corroborando a mesma, o artigo 148 da Constituição Federal de 1946 apresentava que a lei deveria combater todo tipo de abuso do poder econômico, incluindo a formação de uniões ou grupos de empresas individuais ou sociais, independentemente da sua natureza, quando o objetivo fosse dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar os lucros de forma arbitrária (BRASIL, 1946). Passando para a era moderna da política antitruste no Brasil, a mesma se iniciou na década de 90, época em que o país passava por uma transição na economia (CARVALHO, 2013, p. 99). Na oportunidade havia uma cooperação entre as empresas privadas e o Governo (este era quem controlava os preços no mercado). A primeira Lei que tratou sobre a concorrência no Brasil, foi a Lei nº 4.137/1962, que criou o Cade, cuja competência era eliminar o abuso do poder econômico, que pudesse vir a gerar qualquer ato atentatório à concorrência (CARVALHO, 2013, p. 99).

A criação do Cade se deu com o artigo 8º da Lei nº 4.137/1990. Cabia a ele a apuração e repressão dos abusos do poder econômico. Já o artigo 2º da mesma Lei considerava abuso do poder econômico, práticas que pudessem ter como consequências o domínio do mercado ou então uma eliminação total ou parcial da concorrência, igualmente um aumento dos preços sem nenhuma razão justificável, tendo como objetivo somente o lucro, mas sem aumento da produção, além de abusos da posição de domínio e monopólio, objetivando o aumento dos preços temporariamente, assim como a formação de grupo econômico (GABAN; DOMINGUES, 2024, p. 34) (BRASIL, 1990).

Na vigência dessa lei, a atuação do Cade não foi tão eficiente, tendo em vista que até 1975, o número de averiguações preliminares feitas pelo Cade, foi apenas 11 processos. Essa atuação já causava descontentamento, principalmente porque o mesmo era inoperante e não conseguia impedir abusos de poder econômico que tinha conhecimento⁶.

Foi na década de 1990 que uma série de mudanças começaram a ocorrer no país, tais como privatizações, mudanças de leis⁷, mudanças na regulação do mercado, liberação de preços, entre outras. Já em 1994, adotou-se o Plano Real, sendo também aprovada a Lei nº 8.884/94, que tratava da defesa na concorrência (Lei Antitruste) (CARVALHO, 2013, p. 99).

Com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, o Estado reduziu seu poder de intervenção na economia e ampliou as funções de incentivo, planejamento e fiscalização, retornando ao cenário econômico brasileiro a defesa da concorrência.

6 A Constituição Federal de 1946 expressamente, trata sobre a repressão ao abuso de poder, em seu art. 148: **Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso de 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, grifo nosso).

7 Como a lei nº 8.137/1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.



Neste contexto, a Constituição de 1988 determinou no § 4º do art. 173 que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Por fim, 3 foram promulgadas a Lei n.º 8.137/90, definindo os crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo, e a Lei n.º 8.158/91, cuja maior inovação foi a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, órgão estatal vinculado ao Ministério da Justiça, com poderes de apurar, aplicar sanções e medidas preventivas, sendo esta última competência concorrente com o Cade, que tinha o poder privativo de julgar. Com o Decreto n.º 99.244/90, a competência da SNDE passou a ser feita por intermédio do Cade. A dualidade de regras da concorrência devido ao fato de a Lei n.º 8.158/91 vigor juntamente com dispositivos não revogados da Lei n.º 4.137/62 originou uma discussão logo após a edição da Lei n.º 8.158/91, discussão esta que desembocou na edição da vigente Lei n.º 8.884/94, a qual revogou expressamente as Leis n.ºs 4.137/62 e 8.158/91 (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 21 apud VERONESE, 2013, p. 32-33).

Na mesma lei (Lei n.º 8.884/94), conferia à Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça o poder de “monitorar as práticas de mercado, acompanhando os atos realizados por pessoas físicas ou jurídicas que detivessem posição dominante de mercado, a fim de prevenir as infrações dispostas na lei” (CAVALCANTI, 2014, p. 56).

A Lei antitruste ganhou destaques por suas decisões à época, pois tinham reflexos diretos sobre a concorrência. Mas muito se questionava sobre as decisões do Cade, colocando à prova a sua eficiência. A maior atenção foi dada aos atos de concentração, que por sua vez não apresentavam tanta ameaça à livre concorrência. Outrossim o mesmo não se pode dizer sobre os cartéis, que ofereciam maiores problemas ao mercado (CARVALHO, 2013, p. 476).

Quando se trata sobre a matéria antitruste de forma geral, um dos pontos mais importantes a se verificar é se com o possível aumento de mercado, no caso aumento de poder de mercado em decorrência de uma fusão, poderá também ocasionar o aumento de preços, bem como reduzir a eficiência econômica, refletindo, portanto, no bem-estar dos consumidores. Por tal razão, a análise de uma possível fusão precisa ser a mais minuciosa possível, haja vista que, quem mais pode sentir é o consumidor (SCHILLING, 2018, p. 2-3).

Na prática, há também outros intervenientes que podem colher ganhos ou perdas de valor de uma fusão: os preços dos fornecedores (incluindo salários ao trabalho) podem ser forçados a baixar por um comprador que agora tem mais poder negocial, as comunidades podem perder impostos e empregos se a fusão resultar em despedimentos, os gestores podem auferir salários mais elevados e outros benefícios por estarem ao leme de uma empresa maior (SCHILLING, 2018, p. 2-3).

Essa análise do poder de mercado é de grande importância, e demanda atenção minuciosa por parte do Cade. O poder de mercado nada mais é do que a capacidade de um agente econômico - seja ele um grupo econômico ou uma empresa - de potencializar os seus lucros, reduzindo as ofertas e condutas que como consequência refletirá no consumidor com o aumento de preço dos produtos ou serviços. Portanto a atuação do Cade em primar pela liberdade de concorrência e a livre iniciativa é em prol também do consumidor, que sentirá bastante quando a oferta se torna excessivamente

onerosa e com a exclusão de competidores, principalmente quando a demanda aumenta (GABAN; DOMINGUES, 2024, p. 42).

Mas tal definição não pode ser considerada de forma plena no que tange poder utilizar essa definição de forma única para condenar um agente econômico, posto que o poder de mercado não é propriamente algo negativo. Quando se fala em excluir concorrentes no mercado econômico, exige-se a existência de “poder de mercado”, o que de imediato não pode ser considerada como algo ilícito, justamente porque, junto a essa necessidade de poder, é preciso que haja elementos outros, que por sua vez serão analisados para que o abuso do poder de mercado reste configurado.

Esse poder de mercado⁸ configura um dos elementos essenciais à incidência da Lei Antitruste além da possibilidade de ser tutelada pelas autoridades de defesa da concorrência. Para isso, é preciso mensurar a participação de mercado do agente. E quanto a isso, boa parte das normas antitruste apresentam um critério de valor mínimo em termos de participação de mercado, do qual presumir-se-á a existência de poder. De início esse agente econômico que se imputa a conduta anticoncorrencial será avaliado e o objetivo é verificar se o mesmo possui ou não participação de mercado suficiente que se presuma poder de mercado, conforme a legislação antitruste. Assim, via de regra, minimamente uma participação de 20% no mercado relevante, já se considera o bastante para que se presuma a existência de poder econômico de mercado, ou então presunção de posição dominante de mercado. Entretanto, uma participação de mercado superior a 20% não fica configurada automaticamente como abuso de poder de mercado (GABAN; DOMINGUES, 2024, p. 42).

Mas não se deve tratar como sinônimas as expressões poder de mercado e poder econômico. Estas podem significar expressões diferentes de manifestação de poder. Portanto, poder de mercado, que também pode ser chamada de posição dominante é a capacidade que o agente econômico possui de influenciar as variáveis em um mercado específico e importante, por isso é importante analisar as suas variáveis diante do comportamento desse agente, pois é provável que com esse, se alcancem resultados que podem ser positivos ou negativos à liberdade de concorrência. Ao passo que poder econômico se define como a capacidade que esse agente tem para influenciar variáveis de competições, a exemplo o preço em um ou mais setores presentes na economia, ou seja, mercados importantes, relevantes. Igualmente, esse é o elemento fundamental, pois o que o diferencia do outro é o abuso ou a utilização errada do poder econômico.

Desse modo, conforme o que objetiva a lei antitruste, considerando a análise concorrencial de mercado, para identificar condutas que podem ser de forma eventual prejudiciais à livre concorrência, além de mensurar a possibilidade e a probabilidade de determinados arranjos estruturais virem a ocasionar problemas tanto ao mercado como aos consumidores, é importante que se inicie investigando a participação de mercado desses agentes econômicos, pois pode significar uma existência de poder de mercado. Após isso, segue-se a análise de outros elementos que possam confirmar essa existência, como a presença de barreiras à entrada, e é dessa forma que se identifica a existência do domínio do agente econômico e de uma posição privilegiada, sendo esta possível de se

8 A doutrina define o poder econômico como a possibilidade de exercício de uma influência notável e a princípio previsível pela empresa dominante sobre o mercado, influenciando na conduta das demais concorrentes ou, ainda, subtraindo-se à influência dessas últimas através de uma conduta indiferente e delas independente em alto grau. Impossibilitados de enfrentar competidor de maior poder econômico, os demais concorrentes, consumidores ou mesmo agentes atuantes em outros mercados encontram-se em posição de sujeição à conduta e aos preços por ele impostos. A situação de exercício abusivo de poder econômico por parte do agente que o detém tende a criar no mercado distúrbios e ineficiências semelhantes àqueles típicos de mercado monopolizado (NUSDEO citado por GABAN; DOMINGUES, 2024, p. 42).

contestar ou não. Assim, caso não haja a possibilidade dessa contestação ser feita em decorrência das barreiras à entrada, bem como da presença de rivalidades é necessária a intervenção da autoridade competente para que aplique o que determina a lei antitruste.

A análise da fusão entre as empresas Colgate e *Kolynos* refletiu bem quais eram as maiores preocupações na época sobre as decisões do Cade, isso porque, como acima esclarecido, muito se questionava sobre a eficiência das decisões tomadas pela autarquia, o que motivou a presente investigação. Além disso, a partir de 1994, a política de defesa da concorrência passou a ser implementada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) no âmbito da Lei nº 8.884/1994 e, portanto, o caso em análise não passou somente pelo crivo do Cade, mas de todo o sistema (incluindo SDE e SEAE).

Conforme Anders, Pagotto e Bagnoli (2012, p. 5), tanto o Cade quanto os operadores da área de direito da concorrência, de forma geral não estão dando a devida atenção para o aspecto fundamental da constitucionalidade da lei antitruste, assim, o que se percebe é que acaba sendo mais usual a aplicação da lei e de seus dispositivos específica e isoladamente do contexto constitucional, dando privilégio, portanto, de maneira exclusiva para o princípio da livre concorrência.

Dentre as funções do Cade tem-se a educativa, a preventiva e a repressiva. A preventiva é aplicada em situações em que é necessário analisar casos de fusão, incorporação e associação de empresas. A repressiva é aplicada diante de condutas que venham contrariar a livre concorrência (ex.: cartéis, vendas casadas etc.).

Ao Cade, entre as funções previstas compete decidir os processos administrativos instaurados pela SDE; decidir sobre a existência de infração ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei, considerando a gravidade da conduta caracterizadora da infração; apreciar os atos e condutas que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar no domínio de mercado, fixando compromisso de desempenho quando aprová-los. Atendendo aos dispositivos legais, o Cade atua de forma preventiva e repressiva, ora proibindo certas negociações e intervindo nos possíveis efeitos prejudiciais da atuação empresarial, ora fiscalizando e punindo os responsáveis por comprovadas infrações à ordem econômica. O Cade supervisiona os atos e atividades empresariais orientando-se pela defesa da concorrência, não lhe competindo estimulá-la, pois não é órgão formulador de política de fomento à concorrência (CÂMARA et al., 2009, p. 388-389).

O Cade era auxiliado pela SDE, um departamento do Ministério da Justiça, cuja função consistia em apurar infrações econômicas para que o Cade viesse a julgá-las. Também cabia a ele fazer as análises de possíveis atos de concentração, sugerindo assim ao Cade que fizesse uma aprovação ou não. Interessante é que na lei estava prevista a possibilidade de o consumidor considerar e analisar as relações interempresariais que fossem mais significantes para a ordem econômica do país (art. 1º, que trazia como princípio que orientava as leis, a defesa dos consumidores).

Com a revogação da Lei nº 8.884/94 pela Lei nº 12.529/11, houve alteração da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ou seja, ampliou-se os poderes e as funções do Cade, ficando para este as funções que antes eram de competência da Secretaria de Direito Econômico e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Contudo, a nova lei não

alterou os princípios norteadores de aplicação de suas normas, dentre eles permanecendo o da defesa do consumidor (SENNA, 2013, p. 13-14).

No que diz respeito à Lei antitruste, o Cade funciona como instrumento de promoção da política econômica do Poder Executivo, podendo aprovar com restrições o ato de concentração lesivo à livre concorrência, bem como, também, atenuar ou então não aplicar penalidade, diante da conduta que gera infração à ordem econômica (COELHO, 1995, p. 26 *apud* CÂMARA *et al.*, 2009, p. 389).

*A natureza dos atos do Cade é idêntica à daqueles dos demais órgãos administrativos. Os pronunciamentos da autarquia, embora revestidos de formalidades semelhantes às dos órgãos judiciais, não fazem coisa julgada e estão sempre sujeitos à revisão do Poder Judiciário, da mesma forma que todos os demais atos administrativos. A possibilidade de revisão judicial dos atos do Cade é assegurada pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no inciso XXXV, art. 5º, da Constituição Federal (CÂMARA *et al.*, 2009, p. 389).*

A importância e eficiência da atuação do Cade suscitada nesse estudo decorre do histórico dos processos que foram submetidos à autarquia. Entre os anos de 1963 a 1990, dos 337 procedimentos que o Cade analisou, 117 processos foram instaurados. Todavia somente em 16 processos houve condenações, que por sua vez foram revistas pelo Poder Judiciário, não existindo nenhum caso grande que pudesse trazer uma maior visibilidade e demonstrar eficiência da atuação do Cade, durante tal período.

Existem vários fatores que podem induzir ao entendimento de que a importância da atuação do Cade nesse período fosse baixa, a exemplo: as “penas” aplicadas, tendo por base a Lei nº 4.137/62, eram consideradas moderadas demais, bem como que as empresas não estavam tão preocupadas com as penas, pois se preocupavam na verdade com a opinião pública diante de tais situações.

Todavia, entre 1991 e 1993, mais 128 processos foram instaurados, podendo-se presumir, portanto, que as decisões do Cade ganharam um pouco mais de consistência após a Lei antitruste (CÂMARA *et al.*, 2009, p. 389-390).

O Cade é instrumento da promoção da política econômica do Poder Executivo. Nesse contexto, devem ser consideradas as hipóteses em que a prática empresarial, embora tipificada como infração à ordem econômica ou restritiva à livre concorrência, repercuta favoravelmente em outros aspectos da economia (desenvolvimento econômico e tecnológico, redução da taxa de desemprego, geração de tributos, melhoria na qualidade dos produtos ou serviços, aumento da produtividade). Ao decidir pela aplicação da sanção e aprovação do ato de concentração a autarquia não pode ignorar eventuais reflexos positivos da prática empresarial. A lei antitruste permite ao Cade aprovar com restrições ato de concentração lesivo à livre concorrência ou atenuar ou mesmo não aplicar penalidade à conduta caracterizadora de infração à ordem econômica (COELHO, 1996, p. 26 citado por CÂMARA *et al.*, 2009, p. 389).

No que tange à atuação do Cade, cita-se alguns casos de grande relevância, como a fusão da *Pains-Gerdau*, ou seja, a fusão da Companhia Siderúrgica *Pains* (Grupo *Korf GmbH*) a Siderúrgica *Laisa S/A* (Grupo *Gerdau*) que era um dos maiores fabricantes de aço do Brasil à época. Em março de 1995, a operação (fusão) foi aprovada parcialmente pelo Cade e para isso determinou que ocorresse a desconstituição, portanto, de atos que foram oportunos à incorporação da Companhia *Pains* ao



Grupo *Gerdau*. Todavia essa determinação do Cade, gerou inconformismo às partes interessadas, no caso as requerentes, que por sua vez, fizeram novo pedido, requerendo a reapreciação da decisão, e utilizaram como um dos argumentos a situação de insolvência da Companhia *Pains*. Quando da reapreciação da decisão anterior, o Cade, manteve a sua decisão inicial, contudo, em decorrência de pressões políticas que sofrerá na época, fez com que o mesmo fosse mais complacente no momento da execução do julgado (FARIA, 2020).

Ainda sobre o caso acima, o que fora solicitado pelo órgão antitruste era que a *Gerdau* vendesse a *Pains*, o que ocasionou o pedido de reconsideração pela requerente, mas o veto foi mantido como dito. Isso resultou em algo inédito à época e na história do Cade, pois a *Gerdau* então recorreu diretamente ao Ministro da Justiça, Nelson Jobim, para que ele revisse a decisão, conforme relatos obtidos por Pedro Dutra em seu livro “Conversando com o Cade”⁹ (*apud* BASILE, 2009).

O que levou ao Cade solicitar que o negócio da compra da Companhia *Pains* fosse desfeito, era que de acordo com a maioria dos conselheiros entendeu-se que a fusão iria elevar a concentração no mercado de aços planos de 48% para 53% em favor do Grupo *Gerdau*, o que acabaria colocando em risco a concorrência nesse setor econômico. Assim, esse acabou sendo o primeiro caso em que o Cade vetou integralmente, após a entrada em vigor da Lei 8.884/94. Em outubro de 1995, por maioria, o plenário rejeitou o recurso feito para rever sua decisão e manteve o veto total à operação. A *Gerdau* recorreu então ao ministro da Justiça à época, Nelson Jobim, como citado com um recurso hierárquico visando anular a decisão. Contudo, o artigo 50 da Lei 8.884/94 dispendo que “as decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo” (BRASIL, 1994), o Ministro à época, aceitou o recurso e solicitando os autos do processo ao Cade e suspendendo a obrigação do cumprimento da decisão (BRASIL, 2013, p. 73).

“Seguiu-se uma enorme repercussão na imprensa diante da decisão do ministro, acompanhada de duras críticas de advogados e empresários à atuação do Cade”, completa Coutinho. O economista Mário Henrique Simonsen, por exemplo, publicou na Revista Exame, em fevereiro de 1996, um artigo intitulado “O Cade atrapalha”, no qual fazia duras críticas à Lei 8.884/94, acusando-a de já ter nascido ultrapassada. Seu argumento era que, em um cenário de economia globalizada, seria impossível a qualquer empresa impor preços ou condições de mercado, mesmo que fosse monopolista em um setor, por causa da competição dos produtos importados. Na esfera política, chegou a ser criado um grupo interministerial 73 composto por representantes dos ministérios da Justiça, da Fazenda, do Planejamento e da Indústria e Comércio. O objetivo era estudar alterações na legislação – que poderiam ser feitas por meio de uma medida provisória – com o intuito de reduzir os poderes do Cade, em particular, sobre operações de fusão e aquisição, que seriam transferidos para a SDE, órgão diretamente ligado ao Ministério da Justiça (BRASIL, 2013, p. 73).

Passados dois anos, o recurso que foi apresentado pela *Gerdau* foi encaminhado para que o Cade analisasse. Ocorre que àquela época, o Cade possuía o plenário quase que integralmente

9 “Ficamos perplexos, pois jamais imaginávamos que o Cade fosse solapado no âmbito do próprio Ministério da Justiça”, lembrou a conselheira Neide Mallard. “Nós, conselheiros, nos reunimos e chegamos à conclusão de que não iríamos enviar o processo ao ministro, mas sim ao Ministério Público para que executasse a decisão.” Segundo o presidente do Cade na época, Ruy Coutinho, o episódio causou “um mal estar político tremendo”. “Jorge *Gerdau* foi ao presidente Fernando Henrique Cardoso, que entrou em contato comigo para saber o que havia acontecido” (BASILE, 2009).

renovado, em decorrência do final dos mandatos de cinco integrantes, inclusive o presidente. O Conselho então voltou a julgar a fusão, aprovando o caso, mas desde que fossem atendidas as restrições que o Cade impôs, utilizando um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), visando o afastamento dos riscos de concorrência que a fusão envolvia. Esse é um mecanismo com previsão na Lei 8.884/94. Trata-se de um acordo entre o Cade e as partes, em que é imposta condição para que o negócio seja aprovado caso se necessite que sejam aplicadas restrições concorrenciais. O presente termo determina metas qualitativas e/ou quantitativas para afastar os riscos à concorrência encontrados quando da análise do caso. No TCD, estipula-se também prazos de cumprimento das obrigações, monitorados pela autarquia antitruste. No que tange à Lei 12.529/11, tal restrição faz-se por meio de um Acordo em Controle de Concentrações (ACC) (BRASIL, 2013, p. 74).

Ainda sobre a atuação do Cade na lei antitruste, em novembro/1994, no julgamento do Ato de Concentração 6/24, foi totalmente rejeitada pelo plenário do Conselho a criação da Empresa Eterbrás Sul Ltda., que surgiria da associação entre a *Brasilit e Eternit*. A justificativa para a não aprovação, é devido ao fato de que o Cade entendeu que uma vez que ocorresse a junção das duas empresas, isso poderia afetar negativamente o território nacional, pois restringiria muito mais a oferta de matérias-primas, a exemplo telhas de amianto e caixas d'água para os outros concorrentes nesse mercado específico, eliminando completamente a concorrência, uma vez que já se considerava tal mercado muito concentrado (BRASIL, 2013, p. 77).

O Cade, naquele momento, dispunha de informações indiretas de que tais empresas (*Brasilit e Eternit*) possuíam o controle da exploração de produtos de fibrocimento (nome genérico que se dá ao material de construção que é feito de pasta de cimento e reforçado com fios ou então filamentos cuja origem pode ser natural ou sintética). Assim, caso o pedido fosse aprovado e ocorresse a união dessas empresas, a concentração do mercado nacional proveniente seria bem alta, superior a 50% (no caso 51,95%), além também de já possuírem o monopólio da matéria-prima e do transporte inclusive, assim conforme pareceres técnicos da SDE, SEAE, além da Procuradoria do Cade, esse ato de concentração não fora autorizado (BRASIL, 2013, p. 77).

Um dos casos mais significativos e que demandou inúmeras análises para que se pudesse chegar a uma decisão, principalmente pela pressão social e econômica na época, foi o caso da fusão das empresas Colgate e Kolynos, haja vista que a *Colgate-Palmolive Company*, em 1994, possuía 25,6% do mercado de pastas de dente, enquanto a *Kolynos do Brasil S/A* detinha 52,5% desse mercado.

Na década de 90, a *Kolynos do Brasil S/A* foi comprada pela *Colgate-Palmolive Company* por US\$ 1,040 bilhão, em que US\$ 760 milhões foram destinados ao mercado brasileiro, em um processo de leilão privado que ocorreu em Nova York. À época, a *Colgate-Palmolive Company*, junto com a sua subsidiária, a *KAC Corporation*, adquiriram uma boa parte do mercado de saúde bucal da *American Home Products Corporation (AHP)*. Foi o primeiro negócio que alcançou a marca dos bilhões de dólares. Quanto à parte brasileira, a transação ocorreu em 10/01/1995, quando houve a aquisição do negócio de saúde bucal do *Laboratório Wyteh-Whithall*, por sua subsidiária brasileira já citada, a AHP (SALGADO, 2003, p. 1).

O problema enfrentado pelo Cade quando da análise desse processo, foi que quando a Colgate realizou o negócio, quase que imediatamente o mesmo assumiu a fábrica da Kolynos, assim a aprovação do Cade para tal fusão em 1996 dependeu de algumas restrições, impondo à empresa um TCD, como exemplo a suspensão da marca Kolynos por um determinado tempo, até mesmo



para favorecer que surgissem novos competidores de fabricação de *creme dental* nesse mercado econômico.

A vigência da lei 8.884/94 permitiu maior visibilidade ao SBDC além conceder condições para gerir políticas de defesa da concorrência. Com isso, as empresas começaram a dar mais atenção às necessidades previstas na lei quando fizessem a submissão de algumas operações ao Cade. Tempos depois, precisamente em 2000, foram feitas alterações na lei antitruste, tais alterações flexibilizaram a possibilidade de se realizar buscas e apreensões, bem como a celebração de acordos de leniência, além da celebração de compromissos de cessação com as empresas que fossem investigadas quanto às práticas anticoncorrenciais. Dessa forma, o Cade continuou com as análises, realizando inclusive vetos parciais e totais de operações. (BRASIL, 2013, p. 76).

Um outro caso bem importante que demandou atuação do Cade foi o caso da Ambev – *American Beverage Company* ou Companhia de Bebidas das Américas, que se tonou um dos casos mais conhecidos em que o Cade atuou. A empresa em questão decorre da União em julho de 1999, entre a Companhia Antártica Paulista e a Cervejaria Brahma, apresentadas como uma fusão entre iguais com a finalidade de aumentar a competitividade, além de ganhar escala para crescer e alcançar espaço de forma internacional. Todavia essa união gerava muita polêmica, principalmente porque a Brahma, antes dessa fusão, tinha adquirido a Skol. As empresas juntas acabavam dominando 90% do mercado brasileiro de cerveja e isso seria um grande problema para a concorrência e também para o consumidor. Ocorre que tanto a SEAE e a SDE não concordavam com a aprovação da fusão, ou seja, os pareceres não aprovavam incondicionalmente o negócio. Assim, a SEAE condicionou que para a aprovação do negócio era preciso, portanto, que a Skol, adquirida há pouco tempo, fosse vendida. Já a SDE sugeriu que a nova companhia abrisse mão de uma das três marcas que possuía. Assim, o colegiado do Cade aprovou a negociação com exigências e restrições como a venda pela Ambev da marca de cerveja Bavária assim como cinco das suas fábricas para que fosse ofertada infraestrutura de operação e logística à empresa que fosse comprá-la, justamente para que a mesma pudesse se fixar no mercado, a fim de que se preservasse a concorrência nesse mercado de cervejas, assim a empresa *Molson* foi quem adquiriu a Bavária (BRASIL, 2013, p. 77).

O § 4º do art. 54 da Lei antitruste (8.884/94) determinava que a aprovação das fusões estava condicionada à aprovação do Cade. Todavia, apesar de a lei determinar essa obrigatoriedade, a existência de uma lei branda demais, que não possuía punição significativa para as empresas que desrespeitassem essa determinação, facilitava o fechamento de operações antes mesmo da manifestação do Cade.

Um outro fator também determinante era a morosidade dos processos e, por conta disso, o Cade muitas vezes analisava transações já consumadas, o que ia no sentido contrário ao que determinava a lei. E claro, uma coisa é analisar uma transação antes de ela ocorrer, outra coisa é fazer a mesma análise, mas sobre os negócios consumados, o que poderia levar a uma série de outros fatores, como por exemplo, o custo para se desfazer tais negócios, principalmente se existissem resultados negativos, impactos sociais e econômicos etc.

Um outro caso emblemático de atuação do Cade foi a aquisição da Fábrica de Chocolates Garoto, pela concorrente suíça Nestlé, um dos casos mais discutidos na história da defesa da concorrência no Brasil. A Garoto, localizada no Espírito Santo, foi comprada pela Nestlé em fevereiro de 2002. Toda a sua aquisição foi rejeitada integralmente pelo Plenário do Cade em fevereiro de

2004 (Ato de Concentração 08012.001697/2002). O veto da negociação ocorreu pelo fato de o Cade entender que se tratava de uma negociação que apresentava um grande potencial lesivo à concorrência, principalmente porque isso significaria para a Nestlé uma concentração em suas mãos de 58% do mercado de chocolate. Antes do julgamento, a Nestlé então assinou junto ao Cade um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (Apro), no qual se comprometia a funcionar de maneira independente das estruturas Garoto, bem como não tomar decisões que não pudesse reverter. Todavia, a mesma tinha ciência de que ainda que concordasse dessa forma a negociação ainda poderia ser rejeitada. Dessa forma o Cade rejeitou totalmente, e a Nestlé ainda tentou reverter a decisão no Conselho do Cade, apresentando como nova proposta se desfazer de parte dos ativos da Garoto, pois de acordo com a empresa, ao propor tal possibilidade estaria apresentando um fato novo, e conforme a Lei, essa seria a única forma da decisão ser revista pelo Conselho. Contudo, mesmo com tal proposta, o Cade ainda rejeitou a negociação, assim, o caso passou a ser discutido na Justiça (BRASIL, 2013, p. 82).

Após 18 anos, o Cade então aprovou a aquisição da Garoto pela Nestlé. O aval foi condicionado a um ACC, prevendo vários remédios comportamentais para poder preservar a concorrência no mercado brasileiro de chocolates. Ocorre que na época da negociação entre as empresas, as negociações ocorriam geralmente antes do julgamento do Conselho do Cade, contudo com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/11, o modelo de avaliação dessas negociações mudou, ou seja, um novo modelo foi devidamente inserido, assim, atualmente ocorre previamente a análise dos atos de concentração. Diante da recusa do Cade, a Nestlé judicializou o caso em 2005, e tomando por base decisão em 2009, o Cade teve que reabrir o ato de concentração, realizando assim novo julgamento sobre o caso, e em junho de 2021 retomou a avaliação da negociação para fazer um novo teste de mercado com nova instrução processual. Avaliação recente da Superintendência-Geral do Cade demonstrou que houve uma grande entrada de concorrentes no segmento entre 2001 e 2021, levantando algumas preocupações em primeira avaliação com o surgimento de chocolates de várias formas. Em números, a Nestlé/Garoto teve uma queda em vendas, perdendo a posição de líder no mercado¹⁰ (EM NOVO..., 2023).

O início da análise das fusões foi marcado por inúmeras discussões e protestos das concorrentes. Um grande desafio desabrochava diante do Cade, que havia se tornado autarquia recentemente, e precisava analisar minuciosamente o caso para que fosse possível o respeito à lei, primando pelos interesses dos consumidores e a livre concorrência.

10 Por meio do acordo, a Nestlé deverá cumprir uma série de remédios comportamentais, que são medidas relacionadas à atividade interna da empresa, como, por exemplo, obrigações de fazer e não fazer. Nesse sentido, a Nestlé não poderia adquirir, pelo período de cinco anos, ativos que representem, acumuladamente, participação igual ou superior a 5% do mercado. O compromisso não se aplica a aquisições internacionais, com efeitos no Brasil, realizadas pelo controlador da Nestlé ou empresa do seu grupo econômico. Nesses casos, o ato de concentração deverá ser notificado ao Cade, caso atenda aos critérios de submissão prévia estabelecidos em lei. Além disso, outra cláusula prevista no acordo obriga a Nestlé a comunicar ao Cade, por um prazo de sete anos, qualquer aquisição de ativos que caracterize ato de concentração no mercado nacional de chocolates, abaixo do patamar de 5%, ainda que o outro grupo envolvido no negócio não atinja os parâmetros de faturamento para notificação obrigatória da operação à autarquia. Também pelo período de sete anos, a Nestlé se compromete a não intervir nos pedidos de terceiros para a concessão de redução, suspensão ou eliminação de tributos incidentes sobre a importação de chocolates, nos termos do Decreto 11.428/2023 e do Decreto 10.242/2020. Por fim, a Nestlé deverá manter em produção a fábrica da Garoto em Vila Velha (ES), durante o período mínimo de sete anos (EM NOVO..., 2023).



3. O MERCADO RELEVANTE E A IMPORTÂNCIA DA COMPETITIVIDADE

Quando da fusão, a Colgate possuía quatro pilares na economia, quais sejam: “cuidados bucais”, nutrição animal, cuidados pessoais e limpeza do lar. Seus produtos estavam distribuídos em vários outros países.

Quando a Colgate adquiriu a *Kolynos* em 1995, também adquiriu o negócio de higiene bucal, inovando com o lançamento de um *creme dental* líder de mercado chamado “*creme dental sorriso*”, o que passou a ser significativo a ser analisado sob a ótica do mercado relevante.

O termo mercado relevante é visto tanto na lei revogada (Lei nº 8.884/94), quanto na atual Lei nº 12.529/2011. Ambas as leis abrangiam a questão da não possibilidade de se permitir o domínio do mercado relevante de bens e/ou serviços. Mas apesar de sua presença nas duas Leis, não se tinha especificamente o conceito mais apropriado para mercado relevante. A expressão mercado relevante possui origem na língua inglesa advinda da expressão “*Relevant Market*”, cuja origem é do direito americano (FERRAZ JUNIOR, 2018, p. 145).

A influência norte americana impactava na jurisprudência do Cade, motivo pelo qual na legislação de 1962 não havia a expressão conhecida hoje como “mercado relevante”, mas sim “mercados nacionais”. Na antiga jurisprudência do Cade, entendia-se que:

o mercado relevante ou ‘os mercados nacionais’ de que trata o inciso I, caput, da Lei 4.137, de 1962, deve ser limitado em termos geográficos e de produto. Em termos geográficos não se refere a todo o território nacional, mas sim à zona de influência decisiva do indiciado, em termos de produto, o fato de existirem produtos que podem ser tecnicamente substituídos por outros, não deve ser significativo se geralmente não são substituídos pelo público em geral (FRANCESCHINI, 1985, p. 39 apud FERRAZ JUNIOR, 2018).

O conceito de mercado relevante é importante justamente porque é por meio dele que se consegue analisar, por exemplo, quais os efeitos anticompetitivos potenciais de operações que possam implicar na concentração de mercado ou então em práticas abusivas diante de condutas que as empresas supostamente consideradas detentoras de poder de mercado possam fazer. E é nesse momento que cabe à legislação, bem como às agências de defesa da concorrência, nos casos antitrustes, prevenir e coibir tais práticas (POSSAS, 1996, p. 75).

É importante diante da discussão do mercado relevante analisar não apenas os motivos, mas também os resultados de uma “fusão”, tendo em vista que isso pode ser uma miríade, bem como pode ser um fator desencorajador de efeito sobre os consumidores, fornecedores e até mesmo os concorrentes, ou partes que possivelmente viessem a ter interesses, se tornando em algo muito complexo.

Existe, desse modo, uma grande quantidade de dinâmicas competitivas que acabam se desenrolando de forma simultânea na indústria, e isso acaba mascarando ou camuflando a verdadeira razão da fusão, tornando difícil inclusive de se conhecer qual o verdadeiro contrafactual, surgindo um questionamento: “o que teria acontecido às empresas e às indústrias, caso a fusão não tivesse tido lugar?”.

Assim, quando o motivo real de uma fusão acaba sendo flagrantemente predatório (aumentando o poder de monopólio de mercado, impactando sobre os preços ou eliminando alguma tecnologia superior e potencialmente concorrente), as empresas podem não notar em um primeiro momento esse motivo, com as declarações públicas feitas pelos envolvidos, bem como pode não ser fácil inclusive provar que essas eram as verdadeiras intenções das empresas envolvidas nas fusões, restando evidente a importância da política antitruste (SCHILLING, 2018, p. 3).

Considerando a perspectiva da posição de poder econômico, por meio da delimitação em um mercado relevante geográfico, de um mercado relevante pelo produto, considerando também um período de tempo determinado, é que se poderia porventura elaborar condições que pudessem medir não apenas a participação dos agentes econômicos no mercado em geral, mas também poder qualificar qual o poder de mercado, ou seja, a possibilidade de acesso aos mercados fornecedores e de escoamento, possíveis ligações e a qualidade das ligações com outras empresas, bem como as barreiras de fato e de direito que existem ou possam vir a existir com a entrada de novas empresas em um dado mercado (FERRAZ JUNIOR, 2018, p. 146).

No entendimento de Garcia (1996, p. 39), para identificar o mercado relevante é preciso que se caracterize o produto, bem como fazer a identificação dos produtos substitutos, além de definir a dimensão geográfica.

Isso não significa que o mercado relevante se limite unicamente a questão de competitividade das empresas que estão concorrendo umas com as outras. Na verdade, ele trata do reflexo que tal competitividade atribui às estruturas das relações econômicas, caso ocorram alterações no futuro.

Assim, o que se tem diante dos conceitos dados sobre mercados relevantes, é um híbrido-econômico (reflexo da jurisprudência norte-americana), justamente por que em relação ao mercado é importante delimitar as dimensões do espaço econômico, para análise antitruste (SALGADO, 2003, p. 2).

Assim quando se identifica os produtos e seus substitutos mais próximos dentro de um espaço, acaba-se acentuando a relação entre o poder de mercado e as inúmeras possibilidades de escolhas que o consumidor terá. Portanto, quanto mais alternativas o consumidor tiver em um determinado mercado, muito menor será a possibilidade de o poder de mercado mostrar-se na forma de aumento de preços (SALGADO, 2003, p. 2).

Já a concentração de mercado pode, ao contrário, criar monopólios, ou seja, quando uma empresa eleva seus preços bem acima dos custos e sustentadamente, o que significa dizer que a mesma em hipótese alguma irá incentivar a entrada de novos ofertantes, ou aumentar as ofertas dos que já existem (SALGADO, 2003, p. 3-4).

Conforme apresentado por Joe Bain (1956) em *“Barriers to New Competition”*, delimitar fronteiras é criar barreiras de entrada, cuja existência está atrelada ao surgimento de lucros extraordinários em um mercado onde as firmas instaladas e o poder econômico maior não são ameaçadas pela entrada de novas empresas.

Deve-se considerar também a elasticidade do produto. Conforme os ensinamentos de H. Hovenkamp:



um mercado relevante de um produto é o menor mercado do produto para o qual (1) a elasticidade da demanda e (2) a elasticidade da oferta são suficientemente baixas para que uma firma com 100% do mercado possa aumentar lucros reduzindo a produção e aumentando o preço substancialmente acima do nível competitivo (POSSAS, 1996, p. 78).

Quando se pensa em fatores que possam justificar a “elasticidade”, tem-se os efeitos da substituição e a renda. Mas entre os dois fatores, o que mais chama a atenção é a substituição, isso porque existe uma correlação entre a elasticidade de uma demanda, e a capacidade de substituição de produtos por outros alternativos mais acessíveis ao consumidor. Portanto, se a elasticidade da demanda for maior, também será a de substituição de produto pelos consumidores, que terão à sua disposição produtos bons que possam substituir aquele cujo preço aumentou ou vice-versa.

Assim, além dos substitutos de produtos (consumo/demanda) que decorre da decisão dos consumidores e das suas necessidades, há também os substitutos da oferta (produção), que decorrem da decisão dos produtores. Portanto, delimitar as dimensões dos mercados que foram afetados na operação acaba sendo o fator necessário para que se possa fazer a análise do processo de concentração da economia e da política de concorrência.

Será isso, portanto, que irá permitir que se faça uma avaliação dos efeitos que podem decorrer dessa concentração, bem como dos benefícios que se espera quando se estuda a elevação da eficiência econômica, junto aos danos que são causados no ambiente competitivo (SALGADO, 2003, p. 3).

Mas quando se fala em concentração de mercado, de fato é possível que esta gere efeitos negativos para com o consumidor, restringindo inclusive a concorrência, todavia, não se deve pensar de forma total que toda concentração de mercado será ruim para a sociedade ou para o consumidor. Ou seja, os atos de concentração que possam trazer uma eficiência econômica gerando benefícios a sociedade precisam ser aceitos.

É interessante pensar que as vezes o aumento da concentração de poder de uma empresa pode tornar o mercado mais competitivo, pois essa empresa nova pode se tornar uma concorrente forte para disputar com outras empresas que acabam sendo muito mais fortes. Isso pode equilibrar as disputas pelo mercado.

Assim, existem mercados cuja concentração natural por uma empresa é relativamente grande que unificar as concorrentes, mesmo que, aparentemente, diminua a concorrência, pode ser útil para aumentar a competitividade (OLIVEIRA, 2016, p. 10).

A inserção de uma concorrente de peso em um mercado monopolizado é muito bom para o consumidor. Um dos primeiros impactos que surgem é a queda dos preços dos produtos, além claro da melhoria quanto à qualidade deles. Ou seja, melhora a concorrência e o consumidor passa a ter mais opções de compra.

A vulnerabilidade do consumidor é uma presunção absoluta, tanto que o artigo 4º, inciso I do CDC, reconhece essa vulnerabilidade no mercado de consumo. Diante disso, o papel do Cade diante das negociações entre empresas que podem vir a concentrar mercados, precisa considerar como um dos pontos de maior proteção o consumidor.

Conforme Miragem (2024, p. 96), o legislador brasileiro estabelece a presunção de vulnerabilidade do consumidor, assim, todos os consumidores são considerados vulneráveis, tendo em vista que inicialmente não possuem o poder de direção da relação de consumo, ficando expostos às práticas comerciais realizadas pelos fornecedores no mercado. Todavia, uma vez que haja o reconhecimento da presunção de forma absoluta da vulnerabilidade aos consumidores em sua totalidade, isso não significa, contudo, que eles serão igualmente vulneráveis perante o fornecedor.

Após entender um pouco o mercado relevante, aplicando o seu conceito e características dentro do caso da fusão Colgate-Kolynos, estabeleceu-se quatro mercados relevantes, ou seja, o *mercado de creme dental*, o *de fio dental*, o *de escova dental* e o *de enxaguante dental*. Contudo, diante da grande operação e do impacto que esta teve, os mercados de *creme dental* e de *escova de dente* foram os que mais se destacaram. Isso porque, o que se verificou, foi que para esses dois mercados não havia substituto comercial (SALGADO, 2003, p. 8-10).

A razão para isso se dava devido à elasticidade da demanda, qual seja, a demanda dependia da renda. A elasticidade acabava sendo mais alta para a população mais pobre, e por tal razão criou-se uma estratégia que discriminaria os preços para que se pudesse maximizar os lucros da *Kolynos*, resultando na criação da “escova social”, na região Nordeste, vendida por 30 centavos de real. Isso porque se considerou a elasticidade como inversamente proporcional ao nível de renda que foi dado justamente por conta do peso decrescente do produto na cesta básica (SALGADO, 2003, p. 4).

Mas é importante frisar que o “consumo” se torna crescente de acordo com o nível da renda. Na época, com os estudos feitos sobre tais mercados, concluiu-se que em São Paulo (capital e interior), considerada a região que possuía a renda mais elevada, o consumo médio de tais produtos era bem alto, ultrapassando a marca da média mundial, constatando-se que tal demanda acabava sendo menos sensível quando o assunto era novidades de produtos e marcas, independente dos preços dos produtos (SALGADO, 2003, p. 4-5).

Ou seja, viu-se que os consumidores em tais áreas estavam dispostos a experimentar o “novo”, principalmente se representassem boa qualidade. No entanto, o mesmo não acontecia nas regiões cuja renda e o consumo eram mais baixos, e justamente por isso esses eram mais sensíveis aos preços. Fica visível aqui o caráter complementar do mercado relevante de *creme dental* e *escova de dente*.

Dessa maneira, economicamente falando, a demanda de um bem por conta da baixa nos preços, em um mercado relevante, aumenta, por conseguinte, a demanda dos bens do mercado relevante complementar. E comparando tais mercados aos demais mercados relevantes apresentados pela *Kolynos*, não houve o mesmo efeito (SALGADO, 2003, p. 4-5).

Diante de tais análises de mercado, a Colgate-Kolynos definiu então um só mercado para os chamados nichos medicinais, mercado de massa que recebeu o nome de “*Premium*”, cuja justificativa foi a substitutibilidade entre eles.

A explicação ocorria da seguinte forma: caso o preço de um *premium* aumentasse, a reação do consumidor seria migrar para um produto mais barato; por outro lado, se a renda desse mesmo consumidor aumentasse, ele provavelmente experimentaria um produto (*creme dental*) mais caro, e de uma marca que ele já conhecesse e confiasse.

Caso isso acontecesse o resultado seria o aumento do faturamento do grupo, ainda que



se mantivesse constante o número de vendas, haja vista que os consumidores começariam a agregar os produtos de maior valor. Dessa forma, essa prática, caso adotada, estaria provavelmente concentrando o mercado nas mãos do grupo Colgate-Kolynos, tornando-se um possível exemplo de anticompetitividade, motivo pelo qual essa pretensão não foi aprovada pelo Cade, não ficando assim definido o mercado como “saúde bucal”.

Quanto à análise baseada na dimensão geográfica, não houve distinção entre competições externas ou internas de análise de mercado, haja vista que já haviam sido definidos os quatro segmentos, ou seja: *creme dental*, escova de dente, fio dental e enxaguante bucal.

Outro ponto importante é entender a estrutura do mercado, pois em qualquer mercado existem duas fontes básicas de competição, ou seja, os “produtos existentes” e os “entrantes potenciais” (SALGADO, 2003, p. 6). No parecer apresentado pela Colgate, ela informava que o mercado de saúde bucal era, por sua vez, bem concentrado e controlado por quatro empresas (*Procter & Gamble, a Colgate-Palmolive, a Gessy-Lever e a Smithkline Beecham*), cuja maior competitividade se dava nos segmentos de *creme dental* e *escova dental* (os principais segmentos) (SALGADO, 2003, p. 7). Mas na análise de mercado, o domínio da *Kolynos* era muito mais acentuado na América Latina, havendo uma razão para isso:

a forte concentração apresentada se dava pela existência de economias de escala decorrentes da necessidade de realização de fortes investimentos em pesquisas tecnológicas e no desenvolvimento de novos produtos, componentes, métodos da produção e gestão da produção (SALGADO, 2003, p. 7).

A análise somente envolvia o mercado de *creme dental* e de escova de dentes, que eram os que mais ofereciam riscos de domínio de mercado e de concentração. Assim estar-se-ia diante de um mercado anticompetitivo, pois poderia ocorrer um monopólio do mercado de *creme dental* e escova de dentes por parte da Colgate-Kolynos, já que a *Kolynos* dominava acentuadamente esse nicho no Brasil, o que acabaria reduzindo a participação ou qualquer chance de participação no comércio desses produtos por outras empresas, resultando na ausência de concorrência e monopólio econômico, refletindo diretamente nos consumidores, que ficariam à mercê dos preços estipulados pela empresa dominante, justamente pela falta de concorrência.

Nos segmentos citados, à época da fusão, as empresas que atuavam eram: *Kolynos, Colgate-Palmolive, Gessy Lever, Johnson & Johnson, Augusto Klimmek e Merrel Lepetit*. E como já demonstrado, a maior concentração era sobre o mercado de *creme dental*, entre as três primeiras empresas citadas. Quanto aos demais, juntos no Brasil, possuíam do mercado apenas 0,2%.

Quadro 1- participação nos mercados relevantes à época da fusão

Volume Físico	Creme Dental	Escova Dental	Fio Dental	Enxaguante Bucal
Kolynos 5	50,9%	26,7%	7,9%	-
Colgate	26,6%	8,4%	2,3%	14,5%
Kolynos + Colgate	78,5%	35,1%	10,2%	14,5%
Gessy-Lever	22,3%	2,6%	-	-
Johnson & Johnson	-	25,8%	56,3%	5,4%
Augusto Klimmek	-	16,9%	-	-
Merrel Lepetit	-	-	-	39,4%
Oral B (Gillete)	-	9,5%	12,8%	2,5%

Fonte: Colgate. Elaboração: Cade *apud* Salgado, 2003, p. 9-10.

Um destaque de suma importância, e que contribuiu bastante para a evolução do mercado, foi a estabilidade econômica dada pelo Plano Real, que refletiu bastante na indústria de higiene e limpeza, nicho do qual a higiene bucal faz parte. Isso porque resultou em maior poder de compra da população considerada menos favorecida acompanhado do surgimento de novos consumidores em grande escala, o que ocasionou um crescimento na demanda de todos os mercados relevantes aqui citados. Portanto, entre os anos de 1993 e 1995 houve um aumento significativo na indústria de higiene e limpeza, bem como no segmento de higiene bucal.

No caso em questão, o Cade entendeu que a produção de *creme dental* oferecia riscos de práticas abusivas, e isso poderia ocorrer justamente pela fidelidade do consumidor brasileiro à marca *Kolynos*, sem conceder nenhum benefício de concorrência.

Mas dentro do mercado é preciso estabelecer qual a estratégia e a competitividade a ser utilizada, bem como quais serão os mecanismos utilizados no crescimento e desenvolvimento de atividades empresariais. Ou seja, quando as empresas definem ou estabelecem as suas estratégias, o passo seguinte é escolher com quais alternativas irão competir.

Quanto mais diferenciado o produto e, portanto, mais baixa a sua elasticidade com relação a preços, mais capaz é a firma de agir como monopolista, ou seja, mais alto ela pode definir seu preço sem levar a que os consumidores mudem para o produto de outros competidores. Uma estratégia bem-sucedida de diferenciação leva, se bem sucedida, a que o consumidor não identifique substitutos para o produto de um fabricante e assim aceite aumentos de preços sem procurar alternativas de consumo (SALGADO, 2003, p. 10-11).

Assim, o caso Colgate-Kolynos introduziu no antitruste brasileiro conceitos básicos para a análise econômica, como o que seria um mercado relevante, a estrutura de um mercado, a questão das barreiras de entrada, uma possível concorrência potencial, entre outros.



4. AS BARREIRAS DE ENTRADA E A DECISÃO DO CADE

Uma barreira de entrada é caracterizada por permitir às empresas estabelecidas no mercado ganhar acima dos lucros normais, sem a ameaça de entrada de novas empresas.

Vale pontuar sobre a importante percepção de Joe Bain a respeito das barreiras de entrada: “uma tendência geral dos compradores a preferirem produtos estabelecidos a novos pode colocar entrantes potenciais a uma indústria de produtos diferenciados em desvantagem em comparação com firmas já estabelecidas na indústria” (BAIN, 1965, *apud* SALGADO, 2003, p. 11).

Diante disso, a questão das barreiras de entrada deve ser analisada à luz da permissão para que as empresas que estão instaladas no mercado consigam reagir estrategicamente às ameaças de novos entrantes.

Um fator determinante que pode ser mencionado é o “preço”, pois as empresas, estrategicamente, podem diminuir o preço dos seus produtos, sem maiores perdas, e se mantiverem dessa forma, essa medida quando adotada, desencoraja os demais competidores, que sendo novos no mercado, terão que igualar os preços dos seus produtos às empresas instaladas.

Diante disso, todos os custos que essas empresas novas terão, como distribuição de produto, transportes, publicidade e outros, pode inviabilizar o negócio, e ao invés de lucrarem, iniciariam com perdas.

Um outro fator de barreiras à entrada é o custo de troca, que pode ser um problema para empresas novas, que terão que modificar os preços dos seus produtos para que possam competir com os que já possuem nome no mercado.

Outro custo que merece atenção é o chamado irrecuperável, que está relacionado aos custos iniciais, como investimentos iniciais de capital, ou custos com compras de equipamentos, por exemplo. Pode-se mencionar custos com desenvolvimento de uma marca, do qual a propaganda será uma grande ferramenta para que possa ganhar destaque e se tornar conhecida no mercado (SCHYMURA, 1997, p. 4-5). Nesse sentido,

*Custos irrecuperáveis são investimentos que estão totalmente comprometidos com o mercado, uma vez que são feitos. Eles não podem ser recuperados, mesmo que a empresa que investiu neles saia do mercado. Junto com as barreiras regulatórias, custos irrecuperáveis, são agora vistos por muitos comentaristas como uma das duas principais fontes de barreiras de entrada porque eles estão envolvidos em tantos outros fatores que podem impedir a entrada de novos concorrentes (ROSS, 2004, p. 79-80 *apud* OECD, 2005, p. 26).*

Durante o estudo da possibilidade de fusão ora apresentada, os pareceristas contratados pelas empresas fizeram análises das implicações das operações no que diz respeito à existência das barreiras de entradas nos mercados tidos como relevantes, principalmente no mercado de *creme dental*.

O parecerista contratado pela Colgate-Kolynos, por meio de sua análise, enxergou no mercado de *creme dental* brasileiro uma competição bem intensa, em que, segundo ele, existiriam poucas barreiras de entrada, bem como a inexistência de efeitos gerados pela aquisição (fusão). A

justificativa dada por ele foi a existência de uma alta competitividade no mercado, o que se dava pela introdução de novos produtos, e do aprimoramento na qualidade e na competição de preços mesmo o mercado sendo relativamente concentrado (SCHYMURA, 1996).

Sendo assim, existindo concentração por conta da competitividade, ainda seria possível a comercialização por meio de muitas empresas de *creme dental*. O parecerista ainda completou sua análise afirmando que não haveria custos irreparáveis (SCHYMURA, 1996).

Todavia, esses argumentos não foram aceitos pelas demais concorrentes de mercado, tendo sido refutados, a exemplo do parecerista contratado pela *Procter & Gamble*, que inseriu gastos irreparáveis da P&G (ex.: marketing e propaganda).

Além dessas, outras questões como: gastos com equipamentos e instalações, tubos, enchimentos etc., poderiam ser também um problema. Contudo, o parecerista em seus argumentos ignorou completamente os custos de transação, junto à mudança de produtividade, ou estratégias de expansão e de competição, por exemplo.

A P&G também alertou para os gastos com “pesquisa e desenvolvimento”, pois mesmo havendo tais pesquisas sobre os cremes dentais, os produtos de higiene bucal não eram tão intensos em tecnologia. Ponderou ainda que a Colgate e a *Kolynos* apresentavam um grande diferencial, que seria desproporcional às demais empresas, que ainda teriam que provar a eficácia de seus produtos.

Restava também a questão da “lealdade dos consumidores” perante as “marcas”. Os pareceristas também divergiram de opinião quanto à possibilidade de vezes e o tempo que o consumidor poderia trocar um produto, todavia isso poderia ser um pouco relativo quanto ao número de produtores, bem como as estratégias utilizadas por eles na divulgação dos seus novos produtos.

Um outro fator citado na discussão e que também seria uma barreira à entrada foi o chamado “sistema de distribuição”, posto que as marcas que já estavam estabilizadas no mercado possuíam o seu próprio sistema de distribuição, e com isso acabava dificultando a entrada de outros, com possíveis bloqueios de canais, sem contar com os custos altíssimos de transportes e estocagem.

No entanto, essa alegação de barreira não foi aceita pela Colgate-*Kolynos*. Foram feitas várias simulações de entrada de um novo competidor, considerando custos, preços e investimentos, de forma que os resultados, após várias combinações diferentes, foram os seguintes:

[...] com a estrutura de mercado em que a empresa líder detém 80% do mercado, com o tamanho de mercado e preços vigentes, mesmo na hipótese otimista de crescimento do mercado a 6% ao ano (em valor, significando que em quantidade o mercado cresce a taxas ainda maiores), não haveria espaço para que uma entrante obtivesse resultados positivos em um horizonte temporal razoável (em torno de dez anos). Verificou-se, entretanto, que na simulação que supõe valorização do capital maior que a convencional (7%, com retorno de 10 anos), mas compatível com o ambiente brasileiro (8%), a empresa consegue gerar recursos suficientes para cobrir despesas indiretas a partir do quarto ano. Tal resultado foi o indicador do tempo mínimo requerido para a entrada de um novo concorrente [...] (SALGADO, 2003, p. 21).

Verifica-se que as barreiras de entrada apresentam grande importância, haja vista que em quase todos os tipos de casos de concorrência podem resultar em algum tipo de infração em sentido



estrito. No entanto, é essencial enxergar a definição de mercado considerando a base geográfica de produto, ou critérios específicos destes, quando se avalia se uma determinada empresa está na posição de dominante, ou então, se uma prática realizada unilateralmente poderá impedir a entrada de novos operadores (empresas) no mercado, bem como analisar quais possíveis efeitos podem surgir sobre a concorrência de uma fusão, por exemplo.

Todavia, o principal efeito das barreiras de entrada, sem dúvidas, é o de atrasar, retardar ou até mesmo neutralizar o mecanismo clássico de equilíbrio do mercado impedindo a chegada de novos concorrentes (OECD, 2005, p. 13).

Numa situação em que uma fusão resulte em um aumento significativo da concentração, na medida em que a autoridade de concorrência está preocupada com possíveis efeitos anticoncorrenciais, eles são importantes, isso porque, uma vez que, desde que os novos participantes possam ganhar acesso fácil, rápido e numeroso ao mercado, a concorrência não será diminuída. É por esta razão que, portanto, as autoridades de concorrência que procuram se opor a uma fusão devem geralmente demonstrar que as barreiras à entrada, tornam improvável que um grande número de novos concorrentes, entrem no mercado no futuro próximo. Da mesma forma, eles geralmente precisam mostrar que existem barreiras à entrada, a fim de provar que uma grande participação de mercado equivale a uma posição dominante (OECD, 2005, p. 18-19).

No mais, tais barreiras acabam desempenhando um papel indireto quanto à determinação da concentração de mercado, haja vista que os concorrentes potenciais, muitas das vezes, são tratados como se fossem concorrentes reais, caso as barreiras à entrada sejam de forma suficientemente baixas, para que permitam entrar rapidamente no mercado. Desse modo, é importante que as agências entendam os motivos pelos quais as barreiras são importantes para a política de concorrência, como elas podem afetar a concorrência em várias circunstâncias e como elas podem ser avaliadas corretamente em casos individuais (OECD, 2005, p. 19).

Assim a complexidade do caso se deu pelo fato de se ter quatro mercados relevantes, distintos uns dos outros, o que tornou um pouco mais complicadas as análises. O maior risco de concentração se dava nos mercados de *creme dental* e escova de dentes. No entanto, em relação aos enxaguantes bucais, não detectaram riscos de danos à concorrência em função da reduzida participação das empresas nesses mercados (SALGADO, 2003, p. 21-22).

Em relação à escova de dentes, ainda que estivesse dentro do mercado relevante que oferece concentração, mesmo a Colgate e *Kolynos* juntas passando a ter a primeira colocação no mercado em relação a esse produto, era preciso que se fizesse uma análise um tanto quanto distinta da que foi feita em relação ao *creme dental*, posto que a *escova dental* é um produto classificado como de experiência, possuindo um custo de experimento baixo, até porque acaba sendo o próprio consumidor quem faz o seu controle de qualidade.

Essa situação torna o mercado bem competitivo quando se fala em estrutura de mercado e, nesse caso, resultaria em uma rivalidade concorrencial (competitividade entre as empresas). Um grande exemplo disso foi a “escova social”, de preço mais baixo e comercializada na região nordeste do país, conforme já abordado.

Entretanto, quando se começa a analisar o mercado de *creme dental*, a situação é bem diversa, visto que com a fusão da Colgate-Kolynos, haveria dominação do mercado, eliminando de forma potencial a concorrência, apesar de ter apresentado um plano de investimento que poderia inclusive melhorar a qualidade dos produtos, com tecnologias que poderiam mudar o cenário completamente.

Interessante aqui citar o art. 54, da antiga Lei nº 8.884/94 vigente à época, que tratava de operações que restringissem a concorrência e respectiva necessidade de análise pelo Cade:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º. O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados (BRASIL, 1994).

Mesmo apresentando propostas, o que se verificou pelos estudos é que haveria concentração desse mercado por parte da Colgate-Kolynos, tendo em vista que a primeira marca que era líder de mercado no Brasil (*Kolynos*), sendo adquirida pela segunda maior líder que era a Colgate, teriam juntas cerca de 80% do mercado de *creme dental*. Tal contexto resultaria em ausência de competitividade, tendo em vista que a segunda empresa teria somente 20% do mercado, enquanto a terceira não chegaria nem a 1%.

Na ocasião não se considerava a Gessy Lever um potencial concorrente, pois a distância de mercado entre as duas era enorme, o que resultaria em uma situação em que a Colgate-Kolynos acabaria ditando os preços, podendo prejudicar os consumidores, e que provavelmente seriam seguidos pelas demais empresas (SALGADO, 2003, p. 24).

A discussão, portanto, perante o Cade, seria a respeito de a concentração de mercado criar barreiras de entrada, que, por sua vez, poderiam potencialmente intensificar os riscos e custos de entrada no mercado, levando à manutenção da empresa líder sem qualquer ameaça palpável de concorrência.

Por outro lado, fora feita proposta de administração separada das companhias, o que não foi aceito diante da necessidade de duplicidade de estruturas, bem como de processos de marketing, de vendas etc., o que também na prática resultaria em ausência de concorrência entre elas, haja vista que sendo controladas por um mesmo grupo, não iriam competir entre si, obviamente. Assim, pode-se concluir que a fusão da Colgate-Kolynos estaria, por sua vez, ferindo o art. 54 da Lei nº 8.884/94.

O Cade, em sua decisão, entendeu que se a fusão fosse pautada somente sobre o mercado de



escovas de dente, fio dental e enxaguante bucal, a aprovação poderia ocorrer, pois estaria atendendo o que estava previsto no artigo 54, da Lei nº 8.884/94. Todavia, se a decisão fosse pautada sobre o mercado de *creme dental*, não seria possível a aprovação.

Com tais considerações a decisão do Cade se deu, sobre o controle das marcas, tendo como ponto de atenção o mercado de *creme dental* e a concorrência. Isso porque o controle simultâneo das marcas seria uma barreira de entrada de novos concorrentes, já que a *Kolynos* detinha um alto mercado no Brasil, e acabaria, como já abordado, fazendo a concentração de poder econômico.

Com efeito, o Cade, diante de todas as circunstâncias, criou algumas alternativas na tentativa para que a concorrência não fosse eliminada. Foram então apresentadas dez possibilidades de natureza econômica, que poderiam ser alternativas ou cumulativas.

*As alternativas de venda são as que envolviam o maior custo privado e público, por força, da reversão de projetos, e do grau de conflito potencialmente envolvido e da dificuldade de controle de todas as variáveis envolvidas no processo de execução. As alternativas que envolviam licenciamento eram “menos custosas” do ponto de vista privado e equivalentes à venda, do ponto de vista do efeito sobre a concorrência. Mas, no caso em questão, se adotadas isoladamente, gerariam menos efeitos benéficos sobre a concorrência, posto que o licenciado deteria, com esforço relativamente pequeno de investimento, controle sobre parte substancial do mercado, dada a dimensão da capacidade produtiva e a força da marca *Kolynos* no mercado. Tampouco as alternativas da venda e do licenciamento tout court pareciam ser as mais adequadas para estimular a entrada. Em ambos os casos, a marca dominante ainda estaria presente no mercado, inibindo a entrada. No caso do licenciamento, em particular, a menos que a longuíssimo prazo, as alternativas de vender ou licenciar a tecnologia não se aplicavam ao caso, posto que não havia patentes envolvidas nesse negócio (SALGADO, 2003, p. 26).*

A medida adotada foi a suspensão voluntária do uso da marca *Kolynos*, seja para a fabricação, seja para comercialização do produto de *creme dental* no Brasil, por um período de quatro anos. Considerou-se essa a solução mais adequada e justa, pois garantiria que a fusão não viesse a eliminar a concorrência ou pudesse desencorajar a entrada de novas empresas que quisessem explorar a mesma natureza de negócio.

A medida inclusive serviu para que as empresas que exploravam o negócio de *creme dental* se estabilizassem mais, fortalecendo assim as menores marcas, justamente para que pudessem concorrer com a *Kolynos* quando esta viesse a ser comercializada novamente (SALGADO, 2003, p. 29).

A proposta aceita pareceu adequada. No entanto vale citar que além dela o Cade ainda ofertou como proposta a possibilidade de a *Kolynos*, por 20 anos, licenciar para os participantes que possuíssem menos de 20% do mercado, ou então a novos entrantes, o que foi recusado.

Ao final, a medida adotada pelo Cade, de suspender o uso da marca por quatro anos, fomentou a entrada de novos fabricantes, trouxe vantagens para o consumidor ao elastecer a demanda, garantindo inclusive a concorrência com uma quantidade maior de produtos e serviços, com preços acessíveis.

Em 1997 a empresa retirou do mercado totalmente a marca *Kolynos*, mas em contrapartida

lançou o *creme dental* “Sorriso”: um detalhe curioso é que esse *creme dental* foi lançado com as mesmas fórmulas, cores e propagandas da *Kolynos*.

No ano de 2002 a empresa poderia ter relançado a marca *Kolynos* novamente, entretanto, o sucesso da marca Sorriso foi tanto, que este passou a ocupar a participação no mercado da antiga *Kolynos*, e com isso culminou no não relançamento do *creme dental Kolynos*, mantendo-se no mercado a marca Sorriso (VERONESE, 2013, p. 40).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que a fusão estudada teria enorme potencial de gerar resultados deletérios para o mercado de higiene bucal e seus respectivos consumidores em função da concentração de poder econômico que poderia advir, por meio da concentração dos mercados relevantes.

Foi possível averiguar que as maiores concorrentes, na época, exigiram do Cade uma atuação mais enérgica quanto à fusão, o que levou à identificação dos mercados relevantes, com o conseqüente surgimento de vários conceitos básicos e necessários para a economia e para o mercado concorrencial.

A identificação dos mercados relevantes permitiu análises que levaram em consideração a elasticidade dos preços e o espaço geográfico, constatando-se que fatores como esses poderiam ser barreiras de entradas *de novas empresas no mercado*, que quisessem explorar o mesmo nicho econômico.

Percebeu-se que a maior dificuldade estava pautada na singularidade de não se tratar de apenas um mercado relevante, mas sim de quatro, e cada um deles com natureza diversa, surgindo a necessidade de se analisar cada um deles cuidadosamente.

Foi possível deduzir que dentre os mercados, os de maior concentração eram o de *creme dental* e o de escovas de dente, merecendo assim maior atenção do Cade.

Inferiu-se, na sequência dos estudos, que o mercado de escovas de dente, por se tratar de um bem de experiência, apresentava maior competitividade, de forma a minimizar os efeitos negativos de uma fusão entre as empresas, reforçando assim a necessidade de maior atenção para o mercado de *creme dental*, que apresentava menor competitividade.

Concluiu-se que a decisão do Cade em relação à fusão foi adequada do ponto de vista econômico, respeitando a legislação vigente à época e assegurando a entrada de novas empresas no mercado.

Por fim foi possível antever que, mesmo diante de inúmeros questionamentos, sobretudo após o lançamento da marca Sorriso, a fusão foi legal e assegurou a eficiência do mercado, resultando inclusive em ganhos para os consumidores.



REFERÊNCIAS

- ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BAIN, Joe. *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*. Cambridge: Harvard University Press, 1956.
- BARRIONUEVO, Arthur. Cade: os casos *Kolynos* e Ambev, dez anos depois. **Valor econômico**, São Paulo, 13 jul. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/22majdca>. Acesso em: 3 jun. 2022.
- BASILE, Juliano. Livro revela bastidores de julgamentos do Cade. **Valor Econômico**, São Paulo, 21 dez. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ydfg38w>. Acesso em: 8 abr. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Rio de Janeiro: Assembléia Constituinte, 1946. Disponível em: <https://tinyurl.com/2zv6f48w>. Acesso em: 29 jun. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/czskwlv>. Acesso em 13 jun. 2022.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Defesa da concorrência no Brasil**: 50 anos. Brasília, DF: CADE, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/23cz8afm>. Acesso em: 08 abr. 2024.
- BRASIL. **Lei nº 4.137, 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. Disponível em: <https://tinyurl.com/2h3v9qdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.
- 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. Disponível em: <https://tinyurl.com/28ho8w3s>. Acesso em: 4 jun. 2022.
- CÂMARA, Emerson Andrade *et al.* A política antitruste no Brasil: estudo de caso *Kolynos*. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 43, n. 2, p. 383-399, out. 2009. DOI: <https://doi.org/10.5007/2178-4582.2009v43n2p383>. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdex4bps>. Acesso em: 24 fev. 2022.
- CARVALHO, Erick Leonardo Freire. A política antitruste no Brasil e o combate a cartéis à luz do novo CADE. **Thesis Juris**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 473-500, jul./dez. 2013. DOI: <https://doi.org/10.5585/rtj.v2i2.21>. Disponível em: <https://tinyurl.com/249fl49q>. Acesso em: 12 jun. 2022.
- CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. **Cade**: o oligopólio no estado brasileiro de intervenção necessária. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/28whq2ap>. Acesso em: 22 jun. 2023.
- EM NOVO julgamento, Cade aprova, com restrições, compra da Garoto pela Nestlé e autoriza realização de acordo judicial. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 14 jun. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cmos9qh>. Acesso em: 10 abr. 2024.
- FARIA, Paulo Henrique. Os processos de recuperação judicial e a aplicação da “failing firm defense doctrine” no Brasil. **Migalhas**, [s. l.], mar. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2avkexve>. Acesso

em: 7 abr. de 2024.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Mercado relevante. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dmk675f>. Acesso em: 5 jun. 2022.

GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

GARCIA, Fernando. Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 36–42, maio 1996.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; ROSA, André Luís Cateli. A validade da análise econômica do direito nas decisões judiciais: uma análise à luz do constructivismo lógico-semântico. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, v. 14, n. 2, p. 121-142, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/26nkszh8>. Acesso em: 13 jun. 2022.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 39. ed. Barueri: Atlas, 2023.

OLIVEIRA NETO, Dario da Silva; MACEDO, Alexandre Cordeiro. Abuso de poder regulatório: uma evolução da advocacia da concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 2, dez. 2021, p. 8-26, DOI: 10.52896/rdc.v9i2.921. Disponível em: <https://tinyurl.com/2auz8oeg>. Acesso em: 13 jun. 2022.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; ROSA, André Luís Cateli; SILVA, Josiane Schramm da. A fusão entre as empresas Casas Bahia e Ponto Frio: efetividade e celeridade da análise pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e evolução legislativa. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 60-81, jun. 2021. DOI: 10.62896/rdc.v9i1.657. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yoq5mfr>. Acesso em: 13 jun. 2022.

OLIVEIRA, Marco Antônio de. Uma análise das concentrações de empresas sob o fator marca. **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual**, São Paulo, n. 140, jan./fev. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/27syh7m6>. Acesso em: 11 abr. 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Barriers to Entry**. Paris: OECD, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/26nqhaqc>. Acesso em: 8 jun 2022.

POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 75–93. 1996.

SALGADO, Lucia Helena. O caso *Kolynos-Colgate* e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, César (org.). *A Revolução do Antitruste no Brasil: A Teoria Econômica aplicada a Casos Concretos*. São Paulo: Singular, 2003. p. 29-66.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Direito econômico concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013. (Série GVlaw: Direito econômico).

SCHILLING, Melissa A. Potential Sources of Value from Mergers and Their Indicators. **Antitrust Bulletin**, [s. l.], v. 63, n. 2, p. 183–197, abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/0003603X18770068>. Disponível em: <https://tinyurl.com/22ew8x7p>. Acesso em: 2 jun. 2022.



SCHYMURA, Luiz Guilherme. Barreiras a entrada: o caso do setor de *creme dental* brasileiro. **Ensaio Econômicos**, n. 299, 1997. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yu328jp>. Acesso em: 7 jun. 2022.

SENNA, Henrique Carmo Magalhães. **A defesa do consumidor nas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas) - Centro de Graduação em Ciências Jurídicas, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/23683r36>. Acesso em: 8 jun. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da concorrência**. Forense: Rio de Janeiro, 1993.

VERONESE, Thâbata Biazuz. A eficiência do controle dos atos de concentração de empresas sob a ótica da escola ordo-liberal: estudo do caso Colgate/*Kolynos*. **Revistas Direito e Sociedade**, v. 1, n. 1, 2013, p. 31-43. Disponível em: <https://revistadireito.aems.edu.br/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=116>. Acesso em: 07 jun. 2022.

9

MERCADOS DE TRABALHO NO CONTROLE DE ESTRUTURAS DO CADE: O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA CONSECUÇÃO DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO¹

Labor markets in Cade's merger control: Competition Law in the pursuit of human labor valorization

Julia Gonçalves Braga²

Lefosse Advogados – São Paulo/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: este trabalho objetiva estudar de que forma, em uma perspectiva não apenas teórica, mas especialmente prática, mercados de trabalho podem ser considerados na análise de atos de concentração econômica submetidos à aprovação da autoridade antitruste brasileira, o Cade.

Método: são apresentados parâmetros a serem adotados, pelo Cade, para a avaliação de efeitos concorrenciais voltados à dimensão trabalho dos mercados relevantes, a partir da análise clássica de operações detalhadas no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal elaborado pelo Cade e de estudos que abordam aspectos concorrenciais voltados a mercados de trabalho. Ao longo do artigo, são apresentadas propostas relacionadas à avaliação das próprias características das operações (a definição de mercado relevante; os fatores capazes de influenciar a probabilidade do exercício de poder de monopólio; o debate sobre eventuais eficiências econômicas; e o desenho de remédios a serem considerados para sanar preocupações), como também sugestões que perpassam ajustes à redação da Resolução Cade nº 33/2022, a necessidade de atualização de guias, a regulamentação de cláusulas restritivas à concorrência, a celebração de acordo de cooperação técnica com o MTE e o incentivo à maior participação de sindicatos na análise de operações.

Conclusões: não é necessária qualquer modificação na legislação concorrencial brasileira para que aspectos voltados a mercados de trabalho possam ser considerados no âmbito do controle de estruturas do Cade. De todo modo, foram apresentadas ao final propostas a serem implementadas no

Editor responsável: Prof. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 06/11/2023 **Aceito em:** 12/06/2024 **Publicado em:** 19/06/2024

2 Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Pesquisadora visitante na Alma Mater Studiorum -Università di Bologna/Itália.

E-mail: julia.braga@lefosse.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/4113218133385050> **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0006-2376-1154>



sentido de facilitar a abordagem do tema nos próximos anos.

Palavras-chave: Cade; atos de concentração econômica; mercado de trabalho; trabalhadores; poder de monopólio.

STRUCTURED ABSTRACT

Objective: this essay aims to study how, from a perspective that is not only theoretical, but especially practical, labor markets can be addressed in the analysis of concentration acts submitted to the Brazilian antitrust authority, CADE.

Methodology: based on the classic analysis of transactions detailed in the Guidelines for the Analysis of Horizontal Mergers published by CADE and studies that address competition aspects related to labor markets, this essay presents parameters to be adopted by CADE to evaluate the competition effects related to the labor dimension of the relevant markets. The essay provides proposals related to the analysis of the characteristics of the transactions themselves (definition of relevant market, aspects that may influence the probability of the exercise of monopsony power, the debate about possible economic efficiencies, and the design of remedies to be considered to mitigate eventual concerns), as well as suggestions concerning adjustments to the wording of CADE's Resolution No. 33/2022, the need to update guidelines, the regulation of clauses that restrict competition, the execution of a technical cooperation agreement with the MTE, and the encouragement of greater participation of unions in the analysis of transactions.

Conclusion: no amendments to Brazilian competition law are required for labor-related aspects to be considered in merger reviews. Nonetheless, proposals were presented aimed at facilitating the handling of this matter in the upcoming years.

Keywords: Cade; concentration acts; labor market; employees; monopsony power.

Classificação JEL: J21; J31; J42; L40.

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações sobre o mercado de trabalho no controle de estruturas. 2.1. Poder de monopólio é espelho do poder de monopólio. 2.2. As causas do poder de monopólio referentes à dimensão trabalho. 2.3. Potenciais prejuízos a trabalhadores e a consumidores decorrentes de poder de monopólio. 3. Análise da dimensão trabalho em atos de concentração. 3.1. Definição da dimensão trabalho do mercado relevante. 3.1.1. Teste do Monopsonista Hipotético como ferramenta para a definição do mercado relevante. 3.1.2. Definição do mercado relevante ocupação. 3.1.3. Definição do mercado relevante geográfico. 3.1.4. Estimativa do total dos mercados relevantes na dimensão trabalho. 3.2. Avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado decorrente da operação. 3.2.1. Barreiras à entrada na dimensão produto de mercados relevantes relacionadas à dimensão trabalho. 3.2.2. Análise de rivalidade na

1. INTRODUÇÃO

Como bem defende Katharina Pistor, em *The Code of Capital* (FOX, 2020, p. 76-78), o Direito está no centro do debate sobre o sistema socioeconômico atual, sendo não apenas um reprodutor do *status quo*, mas também o mecanismo central pelo qual a riqueza é criada e acumulada no sistema capitalista. Fato é que o Direito hoje ocupa posição de destaque no que diz respeito à organização da sociedade contemporânea e do próprio sistema, atuando como ferramenta para a geração de riquezas e desigualdades, e de produção de práticas e padrões regulatórios.

É nesse contexto que os *standards* do Direito da Concorrência se colocam como fundamental instrumento para a manutenção (ou enfrentamento) da concentração econômica dos mercados e, em especial, dos mercados de trabalho. Em estudo realizado nos Estados Unidos, a correlação entre a elevada concentração de mercado e a redução de salários foi confirmada em pesquisas que utilizaram diferentes fontes de dados, períodos e definições de mercado relevante. Na verdade, são vários os estudiosos que apontam para o fato de que elevadas concentrações em mercados de trabalho impactam negativamente não apenas trabalhadores, mas também consumidores finais (POSNER, 2021, p. 21-23).

Apesar disso, o que se percebe é que o *enforcement* antitruste ao longo do tempo se centrou na dimensão produto dos mercados, embora efeitos concorrenciais em mercados de trabalho também sejam verificados. É justamente nesse cenário que diversos doutrinadores sustentam que o exame dos efeitos de um ato de concentração também deve abranger mercados de trabalho³ e que a autoridade antitruste deve atuar preventivamente diante da formação de poder de monopólio (i.e., poder de mercado do *player* empregador com relação à contratação de mão-de-obra) (RIVERA; DOMINGUES; SOUZA, 2018, p. 66).

A discussão toma ainda maior relevância, no Brasil, em razão dos princípios constitucionais que balizam a ordem econômica, que abrangem aspectos sociais voltados à valorização do trabalho humano, à redução da desigualdade social e à busca do pleno emprego (BRASIL, 1988). Além disso, o tema tem ganhado cada vez mais destaque: (i) nos Estados Unidos, em agosto de 2022, pela primeira vez houve o bloqueio de operação em razão de seus potenciais efeitos concorrenciais em mercado de trabalho⁴; e, em julho de 2023, houve o lançamento de proposta de atualização do guia de análise de fusões que inclui pontos voltados à análise de impactos concorrenciais em mercados de trabalho (DOJ; FTC, 2023)⁵; e (ii) no Brasil, em julho de 2023, o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª

3 Em documento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre o tema, publicado em 2020, discute-se o fato de que a ausência de atenção a mercados de trabalho pode ter encorajado empresas a se coordenar ou a se concentrar no sentido de reduzir salários (OECD, [2020]).

4 USA. United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA *et al*, 1:21-cv-02886, 2022.

5 Embora não sejam focadas no controle de estruturas, outras jurisdições também já publicaram guias ou diretrizes voltados a impactos concorrenciais em mercados de trabalho, como as autoridades do Japão (2018), Hong Kong (2018, 2022), Portugal (2021), Reino Unido (2023), Canadá (2023). O Brasil, embora tenha feito menção, em 2019, que estaria trabalhando em guia sobre o tema (*Labor Antitrust Guideline*), ainda não disponibilizou orientações voltadas a mercados de trabalho (OECD, 2019, p. 2).

Região determinou que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) leve em consideração impactos de suas decisões sobre trabalhadores e nível de emprego⁶.

Mostra-se imprescindível, portanto, o avanço no debate a respeito de impactos de concentrações econômicas sobre trabalhadores.

O problema que este artigo pretende enfrentar pode ser sintetizado da seguinte forma: no Brasil, como o Direito da Concorrência brasileiro pode analisar efeitos concorrenciais decorrentes de ato de concentração em mercados de trabalho, na perspectiva do controle de estruturas? Mais especificamente, há a necessidade de adaptações no sistema jurídico atualmente vigente para que se tenha uma análise antitruste capaz de abordar aspectos que digam respeito ao mercado de trabalho e, em última instância, ao trabalhador?

Reconhece-se que muitos são os desafios enfrentados em discussões envolvendo antitruste e mercados de trabalho. Esses desafios passam pela necessidade de avanço na análise antitruste atual em relação ao paradigma neoclássico, em especial se considerados os princípios constitucionais que preveem a valorização do trabalho humano atrelada à ordem econômica; pela avaliação das próprias características das operações, abrangendo a análise de eficiências, definição de mercado relevante, bem como o desenho de eventuais remédios a serem implementados; e pela proporcionalidade de cláusulas de não-concorrência.

Ao longo deste trabalho, não se propõe uma mudança na legislação de defesa da concorrência, tampouco a alteração do método clássico de análise antitruste para que o controle de estruturas do Cade passe a abranger a avaliação de mercados de trabalho. Ao contrário, a redação e a prática antitruste já enfrentam preocupações relacionadas ao poder de monopólio. Parte-se, portanto, da análise clássica de atos de concentração detalhada no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal e do entendimento comum à autoridade e a estudiosos sobre conceitos importantes para se avançar na avaliação de efeitos concorrenciais decorrentes de operações em mercados de trabalho.

Nesse pano de fundo, o Capítulo 2 deste artigo apresenta as causas, o racional econômico e potenciais prejuízos resultantes do exercício do poder de monopólio para, por fim, apresentar a teoria do dano que fundamenta a análise de impactos concorrenciais também em mercados de trabalho.

No Capítulo 3, entra-se na parte prática da análise de atos de concentração. Partindo das etapas da análise clássica apontadas no Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade, busca-se discutir os principais pontos a serem considerados na avaliação de casos concretos, bem como mapear possíveis desafios a serem enfrentados. Os pontos avaliados perpassam a definição de mercado relevante, a avaliação de fatores capazes de influenciar a probabilidade do exercício de poder de mercado (i.e., poder de monopólio) no cenário pós-operação e o debate sobre eventuais eficiências econômicas da operação.

Por fim, no Capítulo 4, apresentam-se as conclusões deste artigo e propostas a serem consideradas no sentido de se avançar na discussão e de incluir a avaliação dos impactos concorrenciais em mercados de trabalho, no âmbito do controle de estruturas.

6 Recurso Ordinário Trabalhista nº 0012149-49.2014.5.15.008. 6ª Câmara da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Desembargadora Relatora Maria da Graça Bonança Barbosa. Julgado em 6/7/2023.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MERCADO DE TRABALHO NO CONTROLE DE ESTRUTURAS

São inúmeros os *papers* e estudos publicados acerca da necessidade de se passar a incluir a análise de mercados de trabalho no âmbito do controle de estruturas, não apenas no Brasil, mas em outras jurisdições⁷.

No intuito de brevemente contextualizar a discussão e o cenário em que ela se coloca, serão apresentadas considerações a respeito do exercício de poder de monopólio, que sustenta a teoria do dano aplicada à análise de mercados de trabalho. É justamente nesse contexto que se verifica que – ao contrário do que pode parecer – não é necessária alteração na atual legislação antitruste nem mesmo significativas mudanças do ferramental analítico para que o Cade possa avaliar efeitos concorrenciais voltados a mercados de trabalho no âmbito do controle de estruturas, como se passa a detalhar.

2.1. Poder de monopólio é espelho do poder de monopólio

Monopólio e monopólio são os polos opostos de uma competição perfeita, sendo que empresas que atingem quaisquer de tais posições por meio de práticas anticompetitivas violam a legislação antitruste (POSNER, 2021, p. 3). Como destacam Hovenkamp e Marinescu (2019), Naidu, Posner e Weyl (2018, p. 2), o exercício do poder de monopólio é espelho do exercício de poder de monopólio no mercado de venda. Explica-se: enquanto o monopólio se refere a um mercado em que há apenas um vendedor e muitos compradores, o monopólio é justamente o contrário, pois há um comprador e muitos vendedores.

O termo “monopólio” foi cunhado pela economista britânica Joan Robinson em 1933 (ROBINSON, 1933). Antes disso, os economistas que escreviam sobre a estrutura industrial focavam, principalmente, no poder de monopólio. Robinson percebeu que, além da monopolização de bens e serviços, as grandes corporações também exerciam poder de mercado no lado da compra – isto é, em compras de insumos, o que inclui a aquisição de bens, serviços e mão-de-obra. Notou-se, assim, que o poder de monopólio das corporações era tão comum quanto seu poder de monopólio (quicá mais comum, mas mais difícil de se detectar) (POSNER, 2021, p. 11).

É nessa linha que o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade aponta que a autoridade “considera a possibilidade de um AC entre grandes compradores de insumos constranger o mercado à montante por meio de discriminação ou imposição de preços de compra”. Explica-se ainda que o poder de monopólio “leva à redução dos preços de compra abaixo do nível competitivo, pressionando demasiadamente os fornecedores”, o que “pode ser prejudicial à concorrência” (BRASIL, 2016b, p. 41). A conclusão a que se chega é a de que, se há incentivos para o exercício de poder de monopólio como consequência da operação, deve-se aprofundar a análise do caso, no intuito de aferir potenciais efeitos anticompetitivos (BRASIL, 2016b, p. 41).

Sendo assim, na medida em que empregadores (e.g., produtores) adquirem força de trabalho

7 A título de exemplo: Naidu, Posner e Weyl (2018), Posner (2021), Marinescu e Hovenkamp (2019) e Marinescu e Posner (2020), Azar, Marinescu e Steinbaum (2022), Hafiz (2020), Rivera, Domingues e Souza (2022), Rivera, Domingues e Souza (2018), Guimarães, Couto e Munhoz (2022) e Marques (2021).



(e.g., insumo), a teoria econômica aplicável passa a ser a de poder de monopólio. Nos mercados de trabalho, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) destaca que o termo “monopólio” é utilizado para se referir a “qualquer cenário em que as empresas tenham algum poder de mercado na dimensão trabalho que lhes permita determinar salários” (OECD, [2020], p. 7). Isto é, do lado da demanda, empregadores com grande poder de mercado podem ser capazes de remunerar trabalhadores abaixo do nível competitivo ou ainda piorar os termos e condições empregatícias (OECD, [2020], p. 7).

Ao passo que a redação da legislação antitruste abrange a proteção da concorrência em todos os mercados de bens ou serviços impactados por determinada operação – seja na perspectiva da compra ou da venda – o que se viu no passar dos anos foi que o *enforcement* concorrencial centrou-se na dimensão produto dos mercados⁸. Deixou-se de lado, nas análises de atos de concentração, eventuais impactos concorrenciais voltados à contratação (i.e., aquisição) de mão-de-obra (GUIMARÃES; COUTO; MUNHOZ, 2022, p. 115).

Considerando que a teoria do monopólio é essencial para que se compreenda o fundamento econômico que embasa efeitos concorrenciais voltados a mercados de trabalho, é necessário melhor compreendê-la. Tendo como pano de fundo importantes *papers* e livro publicados por Marinescu (2019), Posner (2021), Naidu, Posner e Weyl (2018), serão explorados brevemente, nos tópicos seguintes, as principais causas (Tópico II.2.1) e a teoria econômica (Tópico II.2.2) que sustentam o poder de monopólio, bem como os potenciais prejuízos a trabalhadores e a consumidores (Tópico II.2.3).

2.2. As causas do poder de monopólio referentes à dimensão trabalho

Existem diversas causas para o poder de monopólio. Assim como para o poder de monopólio, há aspectos capazes de favorecer o exercício de poder de monopólio, como o nível de concentração do mercado, os atritos de busca (*search frictions*), a diferenciação de empregos (*job differentiation*) e o grau de elasticidade pelo lado da oferta dos serviços (explorados no Capítulo III). Isso porque um mercado de trabalho depende, em larga medida, da possibilidade de mobilidade dos profissionais entre diferentes *players*, em busca de novas e melhores oportunidades de emprego.

Em maior detalhe, Eric Posner, em livro de referência sobre o tema, explica que as principais fontes de poder de monopólio na dimensão trabalho são, nesta ordem de importância: atritos de busca, diferenciação de empregos e concentração do mercado. Em resumo, (i) os atritos de busca referem-se às dificuldades inerentes à procura por novos empregos (como a elaboração de currículos, participação em processos seletivos e entrevistas); (ii) a diferenciação de empregos envolve elementos qualitativos e, por vezes, subjetivos da vaga de trabalho; e (iii) a concentração no mercado de trabalho se refere à limitada quantidade de empregadores que ofertam certos tipos de vagas (POSNER, 2021, p. 14-19; MARINESCU, 2019, p. 1349).

Outro ponto de grande relevância quanto às causas do exercício de poder de monopólio se refere à elasticidade da oferta. A oferta será “tanto mais elástica quanto os trabalhadores forem sensíveis a variações no salário. Isto é: se uma empresa pudesse diminuir salários indefinidamente,

8 Conforme será explorado no Tópico III.1.1, este trabalho divide os mercados relevantes envolvidos na operação em duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão trabalho.

sem acumular demissões de seu pessoal, então a elasticidade seria zero e a oferta seria absolutamente inelástica” (GUIMARÃES; COUTO; MUNHOZ, 2022, p. 117). Eric Posner explica o conceito de elasticidade voltado a mercados de trabalho:

Economists use the word ‘elasticity’ to refer to the sensitivity with which one economic variable changes in response to a change in another. ‘Labor supply elasticity’ refers to the sensitivity with which workers react to changes in wages. Suppose that wages across the economy decline a tiny amount, and everyone quits. Then labor supply elasticity is (at the limit) infinity or, in other words, very high. Suppose instead that no one quits; then labor market elasticity is zero. Elasticity can range from zero to infinity (POSNER, 2021, p. 21).

Verifica-se, portanto, que diversos são os fatores que podem influenciar o exercício de poder de monopólio por empregadores em relação a determinado mercado de trabalho. Principalmente no âmbito do controle de estruturas, uma vez constatados incentivos para o exercício de poder de monopólio, deve-se analisar mais detidamente tais aspectos, para que se possa avaliar a probabilidade desse exercício e aferir potenciais efeitos negativos a consumidores e a trabalhadores.

2.3. Teoria econômica por trás do poder de monopólio

A teoria econômica por trás do poder de monopólio é bastante similar à teoria aplicada ao poder de monopólio. No exercício de poder de monopólio, para obter maior lucratividade, o monopolista aumenta os seus preços e, conseqüentemente, reduz volume de vendas. A maior lucratividade pelo monopolista se verifica na escolha de um preço ótimo (i.e., preço de monopólio), em que há um equilíbrio entre o volume de vendas perdidas e o aumento nos lucros por unidade⁹.

Lógica bastante similar é aplicada ao poder de monopólio – aqui considerada especialmente a aquisição de mão-de-obra (*labor monopsony*)¹⁰. Em um mercado de trabalho competitivo, as empresas tendem a igualar o salário dos trabalhadores à quantidade de receita adicional que tal trabalhador é capaz de gerar. Quando um empregador é monopsonista, considera-se o fato de que, para contratar um trabalhador adicional, aumentam-se os custos trabalhistas gerais. De outro lado, ao reduzir salários, há redução da massa salarial geral dos seus empregados, embora o empregador perca alguns trabalhadores. A maior lucratividade se observa na escolha de um valor salarial ótimo, em que há um equilíbrio entre a redução da produção decorrente da saída de empregados e a diminuição de custos salariais (POSNER, 2021, p. 20).

Os efeitos econômicos decorrentes do exercício de poder de monopólio e de monopólio também apresentam semelhanças entre si. De acordo com a doutrina, o poder de monopólio possui dois efeitos principais: o distributivo e o alocativo. O primeiro diz respeito “à equidade na distribuição do produto social, ou, de outra forma, à capacidade de redução, pela concorrência ou regulação, da

9 Como explica a cartilha do Cade, “A concorrência é um processo empreendido por determinados agentes econômicos que se caracteriza pela busca de vantagens (diferenciação) obtidas por meio de estratégias deliberadas com o objetivo de gerar ganhos excepcionais (lucros de monopólio), ainda que temporários” (BRASIL, 2016a).

10 Como explica Eric Posner, “*this phenomenon - the power of employers to suppress wages below the competitive rate - is known among economists as labor monopsony, or simply labor market power. [...] When a small number of employers hire from a pool of workers of a certain skill level within the geographic area in which workers commute, the employers have labor market power*” (POSNER, 2021, p. 1-2).



apropriação de excedentes econômicos pelo produtor” (GEOFFROY, 2010, p. 85) (i.e., no cenário de monopólio, os consumidores pagarão mais caro pelos produtos, de modo que as empresas obterão maiores lucros em detrimento do consumidor). O segundo se refere ao “desperdício de recursos na economia” (GEOFFROY, 2010, p. 85) (i.e., parcela de consumidores que deixarão de adquirir produtos em razão do aumento de preços, resultando em “peso morto”).

O poder de monopólio em mercados de trabalho também decorre nos mesmos dois efeitos. Com relação ao efeito distributivo, verifica-se a transferência de valores dos trabalhadores aos empregadores¹¹; e com relação ao alocativo, nota-se que a redução salarial resulta em desperdício econômico, visto que trabalhadores deixarão empregos por conta da menor remuneração¹² (i.e., igualmente se cria um “peso morto”). Uma das consequências, portanto, é o aumento no desemprego, já que trabalhadores podem considerar os salários vigentes inaceitáveis e se recusarem a aceitar as oportunidades disponíveis¹³.

Cenário já analisado pelo Cade em outras oportunidades apresenta racional similar ao que ora se estuda: investigações envolvendo cartéis de compra. Embora se trate de conduta, tais casos são capazes de ilustrar preocupações relacionadas ao poder de monopólio. A título de exemplo, serão apresentadas considerações realizadas no âmbito do cartel conhecido como “cartel das laranjas”, que era o processo administrativo do Cade mais antigo à época de seu julgamento, em 2018. Trata-se de Processo Administrativo nº 08700.000729/2016-76¹⁴, instaurado em 1999 para investigar alegado conluio no mercado de produção de laranja para processamento de suco.

Ao analisar o caso, a Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade) explicou justamente que “o monopsonista, por um lado, paga menos pelos insumos, mas, por outro, adquire uma quantidade menor de produtos do que seria socialmente ótimo e do que adquiriria se houvesse concorrência perfeita”. Como consequência, apontou-se que “há um problema alocativo perverso de ‘peso morto’ social análogo ao que acontece em um monopólio”. Do ponto de vista distributivo, argumentou-se que “o excedente do produtor diminui na presença de um monopólio, pois a redução no preço e nas vendas implica perda de receita para os vendedores”, que é apenas parcialmente capturada pelo comprador na forma de um aumento no excedente do monopsonista”. Esse aumento do excedente, no entanto, “não é necessariamente repassado para o consumidor final”¹⁵⁻¹⁶⁻¹⁷.

11 Há, portanto, transferência de riqueza dos empregados para empregadores de maneira indireta, visto que os trabalhadores receberam menor remuneração do que receberiam em um cenário de livre concorrência pela contratação de mão-de-obra (ROBINSON, 1933, p. 218).

12 Como explica Eric Posner, é possível que muitos trabalhadores optem por deixar empregos com baixos salários e viver de auxílios governamentais, o que resultará em menor arrecadação tributária e maiores gastos com desemprego (POSNER, 2021, p. 1).

13 Somado aos efeitos distributivo e alocativo mencionados, Eric Posner aponta ainda que o poder de monopólio teriam o potencial de se desdobrar nas seguintes formas: levaria a prejuízos quanto à alocação de profissionais, ao corte de benefícios ofertados aos empregados, ao aumento de preços ao consumidor e ao reforço e intensificação do poder de mercado (POSNER, 2021, p. 22-23).

14 Conselho-Relator Paulo Burnier da Silveira, julgado pelo Tribunal em 28.2.2018.

15 Nota Técnica nº 93/2017 (SEI 0381703) proferida pela SG/Cade, Processo Administrativo nº 08700.000729/2016-76, que encaminhou os autos do caso para o Tribunal do Cade.

16 Nota editorial: todos os processos do Cade mencionados neste artigo podem ser consultados na página <https://tinyurl.com/y7obr4z5>.

17 Da mesma forma, a redução de custos trabalhistas em razão do exercício de poder de monopólio, por empregadores, tende a não ser repassado aos consumidores finais (POSNER, 2021, p. 23). O repasse de eventual redução de custos depende da concorrência e da elasticidade do mercado a jusante – que influem no volume do “peso morto” social.

Por fim, a SG/Cade destacou que, na maioria das hipóteses de monopólio, os grandes compradores não são consumidores finais, sendo apenas um intermediário na cadeia logística. Com isso, seria possível que, “ao comprarem menos insumos, empresas monopsonista passarão a ofertar menos produtos para os consumidores finais” – o que tende a resultar na elevação de preços de produtos para o consumidor final¹⁸.

A existência de um poder de monopólio, portanto, pode ter efeito não apenas alocativo, mas sobretudo distributivo, como em razão da redução de salários de trabalhadores e do aumento de preço dos produtos comercializados. Assim, transfere-se renda de consumidores e de trabalhadores para as empresas monopsonista, detentoras de poder de mercado.

No caso do cartel das laranjas, a SG/Cade faz importante destaque que é igualmente aplicável à lógica envolvendo a aquisição de mão-de-obra¹⁹. A autoridade ressalva que não se pode presumir que “uma empresa ou um grupo de empresas detenham, necessariamente, um poder de monopólio a montante, com efeitos distributivos nocivos a jusante em relação a consumidores finais simplesmente porque os primeiros são comparativamente maiores do que seus fornecedores”. Segundo a SG/Cade, “é necessário que a empresa seja responsável por uma parcela substancial de compras no mercado *upstream*, devendo haver também barreiras à entrada no mercado descendente”. Assim, para o exercício do poder de monopólio, deve existir também poder de mercado no *downstream*²⁰ (i.e., na dimensão produto do mercado – vide Tópico III.1.1)²¹.

Entende-se, portanto, que as variáveis necessárias para caracterizar o poder de compra das empresas como um oligopólio/monopólio são, em resumo: (i) mercado *upstream* possuir muitos fornecedores sem poder de mercado; (ii) mercado *downstream* possuir poucos compradores com poder de mercado; (iii) os grandes compradores não são consumidores finais, apenas intermediários; (iv) há elevadas barreiras à entrada no mercado *downstream*; e (v) não há compradores alternativos ao grupo que forma o oligopólio²².

A partir das considerações elencadas pela SG/Cade no caso apresentado, verifica-se que (i) trabalhadores são frequentemente numerosos e não possuem poder de mercado; (ii) há mercados de trabalho concentrados em que se verificam poucos empregadores com poder de mercado; (iii) os empregadores não são consumidores finais, sendo a força de trabalho utilizada para a produção de produtos ou oferta de serviços; (iv) aspectos de rivalidade são importantes na análise, como a avaliação sobre barreiras à entrada nos mercados de produtos (i.e., barreiras à entrada podem afetar o número de empregadores); e (v) não há empregadores alternativos ao grupo que forma o oligopólio (i.e., os trabalhadores com certo conjunto de habilidades, naquela área, poderão ofertar serviços a poucas empregadoras).

18 Nota Técnica nº 93/2017 (SEI 0381703) proferida pela SG/Cade, Processo Administrativo nº 08700.000729/2016-76, que encaminhou os autos do caso para o Tribunal do Cade.

19 Análises semelhantes são apresentadas nas análises do Processo Administrativo nº 08700.004404/2016-62 (mercado de compras de resíduos animais - graxarias e transporte de cargas relacionadas); e do Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16 (cartel de compra dos frigoríficos).

20 Isto é, verifica-se que há “peso morto” social e que a redução de custo do trabalho não é repassada para o consumidor final do produto e/ou serviço.

21 Nota Técnica nº 93/2017 (SEI 0381703) proferida pela SG/Cade, Processo Administrativo nº 08700.000729/2016-76, que encaminhou os autos do caso para o Tribunal do Cade.

22 Nota Técnica nº 93/2017 (SEI 0381703) proferida pela SG/Cade, Processo Administrativo nº 08700.000729/2016-76, que encaminhou os autos do caso para o Tribunal do Cade.



Sendo assim, o que se percebe é que a avaliação sobre poder de monopólio de empregadores em relação a trabalhadores e potenciais prejuízos à concorrência daí decorrentes nada mais é do que a análise que se faz em relação ao exercício de poder de compra, na perspectiva do adquirente de mão-de-obra (i.e., insumo produtivo). Considerações nessa mesma linha sobre poder de monopólio de empresas em relação a trabalhadores, e sobre a proximidade dos efeitos gerados por monopólio e monopólio são apresentadas, pela própria SG/Cade, em nota técnica de instauração de processo administrativo, publicada em 2021, no âmbito de investigação de práticas anticompetitivas envolvendo mercado de trabalho na indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde²³; e em parecer, publicado em 2018, no âmbito ato de concentração envolvendo a operação entre a Suzano Papel e Celulose S.A. e a Fibria Celulose S.A.²⁴, por exemplo.

Entende-se que, na análise de impactos concorrenciais de operações em mercados de trabalho, a lógica aplicada é baseada nos mesmos critérios já elencados na jurisprudência do Cade para se concluir sobre a existência (ou não) de poder de monopólio em condutas anticompetitivas e em atos de concentração econômica.

2.4. Potenciais prejuízos a trabalhadores e a consumidores decorrentes de poder de monopólio

Diversos estudiosos têm argumentado que discussões sobre o bem-estar do consumidor e do trabalhador estão alinhadas. Embora o argumento de defesa mais utilizado para justificar a redução de salários seja no sentido de apontar que a redução nos custos trabalhistas seria repassada aos consumidores por meio de redução de preços, isso não se verifica em concreto (POSNER, 2021, p. 23). Na verdade, a redução dos valores pagos a título de remuneração leva à perda de trabalhadores e à redução na produção e na oferta dos produtos, o que naturalmente resulta no aumento de preços aos consumidores finais (vide Tópico II.2.2)²⁵.

São no mesmo sentido as conclusões da OCDE sobre o tema. Como resultado de *roundtables on competition issues in labour markets*, realizados nos últimos anos²⁶, apontou-se que o poder de monopólio cria ineficiência econômica e redução na produção, o que leva à diminuição nos salários, a piores condições de trabalho e ao aumento nos preços dos produtos aos consumidores:

Em resumo, as conclusões da discussão dos eventos da OCDE foram as seguintes: (i) o poder de monopólio é análogo ao poder de monopólio na medida em que cria ineficiência econômica e uma redução na produção da empresa, levando a salários mais baixos ou piores condições de trabalho para os trabalhadores e a preços mais altos para os consumidores; (ii) estudos recentes conduzidos em países da OCDE

23 Nota Técnica nº 36/2021 (SEI 087869) proferida pela SG/Cade, Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61, que instaurou o processo administrativo.

24 Parecer nº 19/2018 (SEI 0536544) proferido pela SG/Cade, Ato de Concentração nº 08700.004085/2018-57.

25 Há parte da doutrina que levanta observações a respeito dessa conclusão: primeiro, o aumento do poder de monopólio pode prejudicar trabalhadores sem causar danos a consumidores na hipótese de a dimensão mercado do produto ser competitiva ou se houver alguma compensação com relação à redução de vendas dos produtos; segundo, tal conclusão assume que não há discriminação de salários entre empregados (HAFIZ, 2020, p. 47).

26 Vide documentos e contribuições disponibilizados no website da OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>. Acesso em 15 mai. 2023.

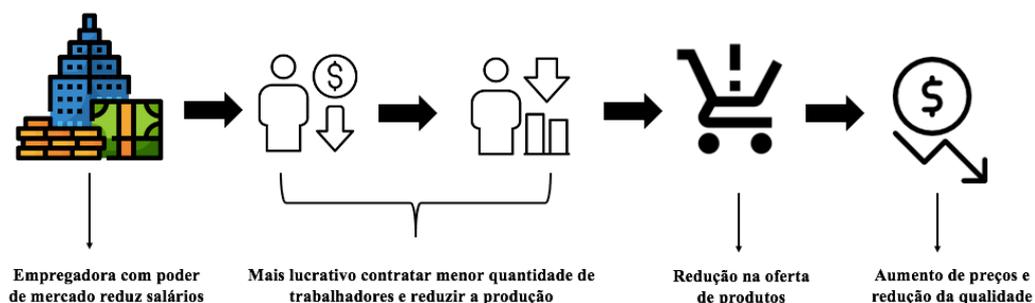
(Estados Unidos, Reino Unido, França e Portugal) sugerem que pode haver altos níveis de concentração do lado do empregador em certos mercados de trabalho. Além disso, pesquisas conduzidas nos Estados Unidos sugerem que operações societárias que levam a maiores níveis de concentração podem levar a uma redução no nível de salários ou no aumento de salários para certas categorias de trabalhadores envolvidas [...] (RIVERA; DOMINGUES; SOUZA, 2022, p. 45).

Nota-se, portanto, que o exercício de poder de monopólio torna mais lucrativo contratar menor quantidade de trabalhadores a menores salários e reduzir a produção do que empregar maior quantidade de funcionários a salários mais elevados e manter o volume produtivo. Como consequência da opção pela redução de empregados, portanto, haverá menor oferta de produtos aos consumidores, o que tende a aumentar preços e/ou reduzir investimentos na qualidade de produtos e serviços.

Posner e Marinescu explicam que, como alternativa ao aumento de preços, os *players* empregadores podem reduzir a qualidade do produto ou serviço comercializado ao consumidor. Pode-se, por exemplo, comercializar o produto em embalagem mais frágil, reduzir o período de garantia ou aumentar o tempo de espera para eventual suporte técnico. (MARINESCU, POSNER, 2020, p. 1381). Outro fator relevante é que menores salários tendem a gerar menores incentivos para que os próprios trabalhadores invistam no seu aprimoramento (NAIDU; POSNER; WEYL, 2018, p. 2).

A ilustração a seguir demonstra a teoria do dano referente ao exercício do poder de monopólio em mercados de trabalho:

Imagem 1 - Teoria do dano a trabalhadores e a consumidores



Fonte: elaboração própria.

No cenário que se coloca, portanto, o exercício de poder de monopólio de empregadores em relação a empregados decorre em prejuízos tanto para os trabalhadores (que terão seus salários reduzidos) quanto para os consumidores finais (que adquirirão produtos mais caros e/ou de menor qualidade). Como bem destaca Eric Posner, “o monopólio e o monopólio compõem dois lados da mesma moeda, sendo que ambos prejudicam os mercados de trabalho e de produto” (POSNER, 2021, p. 23).

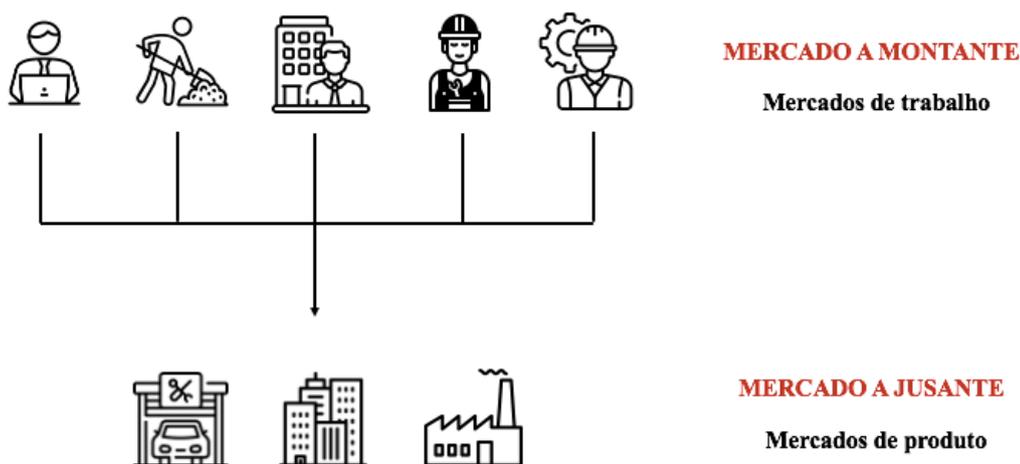
3. ANÁLISE DA DIMENSÃO TRABALHO EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Mercados de trabalho são, portanto, objeto do controle de estruturas do Cade, de acordo com artigos publicados por estudiosos do tema e com teoria do dano baseada no poder de monopólio, há anos empregada pela autoridade antitruste brasileira. De todo modo, é inegável que a análise de impactos concorrenciais de atos de concentração relacionados à dimensão trabalho exige, em um primeiro momento, o empreendimento de algum esforço a fim de identificar as estruturas, justificativas e possíveis problemáticas específicas a esses mercados.

Partindo das etapas apontadas no Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, a análise clássica de operações realizada pelo Cade compreende os seguintes passos: (i) definição do mercado relevante; (ii) análise do nível de concentração; (iii) avaliação da probabilidade de uso de poder de mercado adquirido por meio da operação, considerando variáveis como a possibilidade de entrada tempestiva, provável e suficiente e o nível de rivalidade restante no mercado; (iv) avaliação do poder de compra existente no mercado ou criado pela operação; e, por fim, (v) ponderação das eficiências econômicas inerentes ao ato de concentração (BRASIL, 2016b, p. 9-10).

É a partir daí que se pretende avaliar a dimensão trabalho dos mercados em operações submetidas à prévia aprovação do Cade. Partindo da premissa de que há uma relação vertical entre as atividades desempenhadas por prestadores de serviços (i.e., trabalhadores) e pelas empresas adquirentes de tais serviços (i.e., mão-de-obra como insumo), deve-se analisar os potenciais efeitos concorrenciais de uma operação sob trabalhadores. Os *players* do mercado, portanto, concorrem pela aquisição de mão-de-obra – ou seja, os agentes são considerados concorrentes não apenas quanto à oferta de produtos/serviços, mas também quanto à compra do que se entende verdadeiro insumo produtivo:

Imagem 2 - Relação vertical entre os mercados produto e trabalho



Fonte: elaboração própria.

Vale esclarecer que o objetivo deste artigo não é o de esgotar os conceitos-chave nem mesmo abranger todas as nuances que existem em relação à análise de atos de concentração, o que apenas a

experiência prática e as avaliações de casos concretos pela autoridade antitruste poderão propiciar. O que se pretende é discutir e mapear os principais pontos a serem levados em consideração na análise de impactos concorrenciais relacionados a mercados de trabalho, bem como colocar desafios a serem enfrentados pelo Cade. Afinal, trata-se de questão ainda muito pouco estudada, mesmo que protegida pela Constituição Federal e provida de inegável importância econômica.

3.1. Definição da dimensão trabalho do mercado relevante

A delimitação do mercado relevante é passo inicial para a análise de atos de concentração²⁷, de modo que vale fazer esclarecimentos conceituais. Como se sabe da análise clássica²⁸, a definição do mercado relevante envolve dois aspectos complementares e indissociáveis: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante produto (FORGIONI, 2015, p. 223). Essas duas categorias comumente utilizadas na análise clássica serão, daqui em diante, denominadas “*dimensão produto do mercado*”.

Para que se possa avaliar os efeitos de uma operação no mercado de trabalho, deve-se somar, à dimensão produto do mercado, uma segunda perspectiva: a “*dimensão trabalho do mercado*”. Alinhada à dimensão produto, a definição do mercado relevante, na sua dimensão trabalho, envolve os seguintes dois aspectos: o *mercado relevante geográfico* e o *mercado relevante ocupação*. Tal adaptação conceitual se faz necessária porque, obviamente, há diferenças entre a definição da dimensão produto e da dimensão trabalho dos mercados relevantes objeto de determinada operação²⁹. A OCDE explica que um determinado mercado de trabalho pode compreender *players* que não concorrem na dimensão produto dos mercados envolvidos na operação (OECD, [2020]).

Entende-se que a análise da autoridade antitruste deve, portanto, levar em consideração potenciais efeitos concorrenciais tanto na dimensão produto quanto na dimensão trabalho dos mercados relevantes envolvidos em um ato de concentração³⁰. Nesse pano de fundo, apresenta-se, a seguir, considerações a respeito da definição da dimensão trabalho do mercado relevante.

3.1.1. Teste do Monopsonista Hipotético como ferramenta para a definição do mercado relevante

Partindo da ideia de que a contratação de trabalhadores em muito se assemelha à relação

27 A definição do mercado relevante também é o primeiro passo de análise dos Estados Unidos (DOJ; FTC, 2023) e na Comissão Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 1997), por exemplo.

28 Para fins de transparência e completude, entende-se como “análise clássica” a metodologia atualmente adotada pelo Cade na análise de atos de concentração, conforme denominação adotada no próprio Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (BRASIL, 2016b, p. 9).

29 Tanto é assim que há casos em que empresas não-concorrentes na dimensão produto do mercado são investigadas por práticas de *no-poaching agreements*, justamente porque concorrem na dimensão trabalho (i.e., concorrem pela contratação de profissionais). A título de exemplo, pode-se mencionar investigações instauradas, nos Estados Unidos, em face do eBay e do Intuit (USA. United States v. eBay, Inc., 12-CV-05869-EJD-PSG, 2014) e, no Brasil, em face de empresas da indústria de *healthcare* para se averiguar supostos acordos de *no-poaching* (Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61).

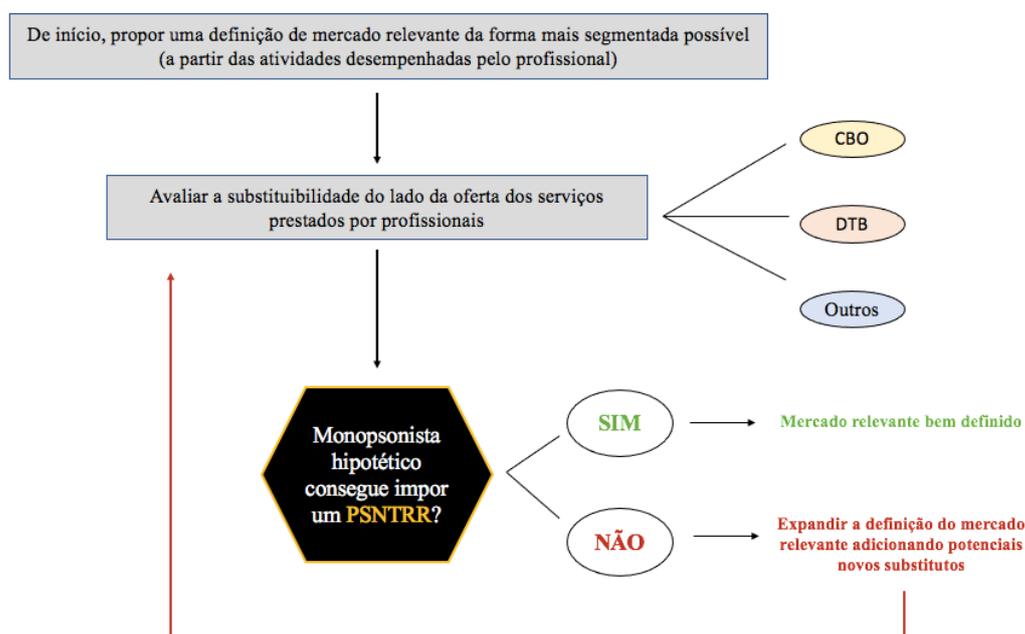
30 A diferença estabelecida para a dimensão produto e trabalho dos mercados é utilizada para fins conceituais. Como destaca Eric Posner, “a partir de uma perspectiva econômica, os prejuízos ao bem-estar público decorrentes do poder de mercado na dimensão produto e na dimensão trabalho são os mesmos”. Eric Posner cita, ainda, Adam Smith para explicar que empresas lucram tanto por meio da exploração da dimensão produto quanto da dimensão trabalho dos mercados – a partir do aumento de preços (no primeiro caso) ou redução de custos salariais (no segundo caso) (POSNER, 2021, p. 3-4, tradução nossa).

vertical referente à aquisição de insumos, por determinada empresa, de *players* a montante, a ferramenta mais adequada para se pensar a definição do mercado relevante na dimensão trabalho é o Teste do Monopsonista Hipotético (OECD, [2020], p. 32). É esse o teste que se propõe a avaliar efeitos concorrenciais relacionados ao exercício de poder de compra.

Nessa perspectiva, portanto, o Teste do Monopsonista Hipotético visa a investigar se um *player* detentor de poder de monopsonio, no cenário pós-operação, seria capaz de reduzir remunerações de empregados em um pequeno, mas significativo e não transitório, valor (i.e., pequena, mas não transitória, redução na remuneração – PNTRR) (NAIDU; POSNER; WEYL, 2018, p. 27). A conclusão do teste leva ao menor conjunto de ocupações profissionais no qual a diminuição de um significativo e não transitório percentual nas remunerações seria lucrativa para o hipotético monopsonista. Isto é, tal conjunto corresponde ao grupo de profissionais que provavelmente não passariam a desempenhar outras atividades em razão de uma permanente e significativa redução salarial por parte do empregador (i.e., adquirente da força de trabalho).

Para facilitar, segue ilustração sobre o raciocínio a ser realizado no Teste do Monopsonista Hipotético, bastante similar ao aplicado no tradicional Teste do Monopolista Hipotético para definir a dimensão produto de mercados relevantes:

Imagem 3 - Teste do Monopsonista Hipotético para definição da dimensão trabalho do mercado relevante



Fonte: elaboração própria.

A partir do resultado do Teste do Monopsonista Hipotético, portanto, a ideia é que a dimensão trabalho do mercado relevante abranja empresas empregadoras, localizadas em certa região, que concorram na contratação de empregados com determinado conjunto de habilidades profissionais.

Embora a discussão tenha ganhado maior destaque nos últimos anos, autoridades estadunidenses já se valeram do teste para delinear mercado relacionado à contratação de mão-

de-obra em oportunidades do passado³¹. O teste foi também utilizado para se definir o mercado afetado no âmbito da primeira operação bloqueada por conta de potenciais efeitos concorrenciais no mercado de trabalho, em agosto de 2022. A operação, avaliada em USD 2,175 bilhões, envolvia a fusão de duas das maiores editoras de livros do mundo e foi proibida após longa instrução e julgamento, pela United States District Court for the District of Columbia³².

O fundamento para a proibição da operação cingiu potenciais efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho, em razão de significativo incremento no poder de monopsonio das requerentes em relação ao mercado de aquisição de direitos de publicação dos autores mais vendidos (*relevant market for the acquisition of U.S. publishing rights to anticipated top-selling books*), no cenário mundial. A metodologia adotada pelo Department of Justice (DOJ) para definir o mercado relevante ocupação e geográfico envolvido na operação³³ cingiu justamente a análise de substitutibilidade pelo lado da oferta, por meio do Teste do Monopsonista Hipotético³⁴.

Tendo isso como pano de fundo e partindo de sugestões apontadas em relevantes *papers* e livro publicados nos Estados Unidos sobre o tema³⁵, serão apresentadas adiante classificações que podem auxiliar na definição de mercado relevante, especialmente se aplicado o Teste do Monopsonista Hipotético.

3.1.2. Definição do mercado relevante ocupação

O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), em conjunto com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), elaborou a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO). A estrutura básica da CBO foi elaborada em 1977, com base na Classificação Internacional Uniforme de Ocupações, de autoria da Organização Internacional do Trabalho. A CBO foi aprimorada ao longo de diversos anos até que se chegasse à categorização atual, sendo hoje uma “ferramenta fundamental para as estatísticas de emprego-desemprego” (BRASIL, 2010, p. 6), estudo sobre o desenvolvimento das ocupações no país, elaborações de currículos e rastreamento de vagas.

31 Há diversos casos, nos Estados Unidos, que já discutiram – ainda que tangencialmente – a definição de mercado relevante relacionada à dimensão trabalho. Exemplos: USA. *United States and State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corp.*, c V07-1030-PHX, 2007; USA. *Eichorn v. AT&T Corp.*, 99-5791, 2001; USA. *Todd v. Exxon Corp.*, n. 01-7091, 2001; USA. *Mooney v. AXA Advisors, L.L.C.*, Civil Action No. 13-3093, 2014. USA. *Cason-Merenda v. Detroit Med. Ctr.*, Case No. 06-15601, 2012; USA. *Hanger v. Berkley Grp., Inc.*, Civil Action No 5:13-cv-113, 2015.

32 USA. *United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al*, 1:21-cv-02886, 2022. Vale destacar que a ação foca nas alegações de poder de monopsonio – e não em eventual poder de mercado relacionado à venda de livros ao público – e visa a proteger principalmente os autores de livros *best sellers*, embora também aponte para o fato de que a operação, em última instância, também prejudica os leitores (i.e., consumidores) ao reduzir a “quantidade e variedade de livros publicados” (vide *Complaint* do *United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al*, no original: “*the quantity and variety of books published*”).

33 Para fins de transparência, vale mencionar que o *Memorandum Opinion* denominou os mercados como “produto”, e não como “ocupação”, conforme proposto pela autora neste artigo.

34 Vide *Memorandum Opinion* do *United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al*. Em breve resumo, após identificadas as características das atividades envolvidas, passou-se ao Teste do Monopsonista Hipotético. A ideia foi responder à seguinte questão: se toda a concorrência entre os participantes no mercado fosse eliminada – ou seja, se todos as grandes editoras se juntassem e formassem uma única monopsonista – os adiantamentos (*advances*) seriam significativamente reduzidos? O ponto chave é saber se um número suficiente de autores de livros *best sellers* optariam pela auto-publicação (*self-publishing*) ou passariam a trabalhar com editoras menores caso enfrentassem uma pequena, mas significativa e não transitória redução na remuneração, de tal forma que não seria rentável para o hipotético monopsonista impô-la.

35 Hovenkamp e Marinescu (2019), Marinescu e Rathelot (2018), Mellman (2019); Marinescu e Posner (2019) e Azar, Marinescu e Steinbaum (2022).



De acordo com material explicativo publicado pelo MTE, “ocupação é a agregação de empregos ou situações de emprego similares quanto às atividades realizadas”³⁶. A CBO “contém as ocupações, organizadas e descritas por famílias”, sendo que “cada família constitui um conjunto de ocupações similares correspondente a um domínio de trabalho mais amplo que aquele da ocupação” (BRASIL, 2010, p. 4). Para fins ilustrativos, segue exemplo de classificação de determinada ocupação de acordo com o código CBO, em seus diversos níveis³⁷:

Quadro 1 - Exemplo de classificação de ocupação por código CBO

Código CBO	Detalhamento
Grande grupo: 2	Profissionais da ciência e das artes
Subgrupo principal: 22	Profissionais das ciências biológicas, da saúde e afins
Subgrupo: 223	Profissionais da medicina, da saúde e afins
Grupo de base (ou família): 2232	Cirurgiões-dentistas
Ocupação: 2232-08	Cirurgião-dentista – clínico geral
Sinônimos do CBO 2232-08	Dentista, odontologista, odontólogo

Fonte: elaboração própria, com base no Livro 1 da CBO³⁸.

Diante desse contexto, o que se tem é que um código da CBO não necessariamente corresponde a um mercado relevante específico, podendo ser muito restrito ou muito abrangente. De todo modo, entende-se que a definição do mercado relevante ocupação, segundo a classificação por códigos CBO, é pertinente e consiste em uma presunção razoável a respeito da composição de determinado mercado, ao menos até que análises mais aprofundadas sobre o tema comecem a ser realizadas pelas autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo. Além disso, como um código CBO provavelmente se refere a uma definição de mercado ampla (abrangendo diversas ocupações específicas, por exemplo), tal classificação tende a ser uma suposição pró-requerentes, na medida em que provavelmente subestimar o grau de concentração do mercado (MARINESCU; POSNER, 2020, p. 5).

3.1.3. Definição do mercado relevante geográfico

No Brasil, há uma lista de subdivisões municipais preparada pelo IBGE, que é atualizada de acordo com eventuais alterações na divisão político-administrativa do país. A chamada Divisão Territorial Brasileira (DTB) “detalha a estrutura territorial, enumerando as macrorregiões, unidades da

³⁶ Emprego ou situação de trabalho é “definido como um conjunto de atividades desempenhadas por uma pessoa, com ou sem vínculo empregatício” (BRASIL, 2010, p. 7).

³⁷ Vale destacar que, como explicado no material publicado pelo MTE, “[o] primeiro ponto é a confusão estabelecida entre ocupação e formação. A CBO é uma classificação ocupacional e não uma classificação educacional, de formação ou de diplomas, visto que indivíduos de formação idêntica podem exercer ocupações distintas. Um engenheiro que trabalha como analista financeiro de um banco será classificado como analista financeiro e não como engenheiro. Um médico que trabalha na função de diretor de um hospital será classificado como diretor de um hospital e não como médico. Também será classificado como diretor de hospital o administrador que ocupar essa posição. Portanto, a relação formação-ocupação não é necessariamente uma relação biunívoca” (BRASIL, 2010, p. 13).

³⁸ As classificações das ocupações por código CBO podem ser acessadas também em ferramenta disponibilizada pelo MTE. Disponível em: <https://www.ocupacoes.com.br>.

federação, mesorregiões, microrregiões e municípios, além de suas subdivisões internas, os distritos e subdistritos ou regiões administrativas” (BRASIL, 2023).

De acordo com a lista mais recente, a estrutura territorial brasileira é composta por 5.568 municípios, somados do Distrito Federal (Brasília) e um Distrito Estadual em Pernambuco (Fernando de Noronha), 10.649 distritos municipais e 683 subdistritos. Cada uma das divisões do território nacional é representada por um código, isto é, estados, regiões geográficas intermediárias, municípios, distritos e subdistritos são identificados por um conjunto de números.

Com relação aos dados populacionais correspondentes a cada uma dessas divisões, não há, até o momento, informações disponíveis em fontes públicas sobre o tamanho populacional em cada uma das divisões que constam no DTB. De todo modo, embora não tão segmentado como a classificação da DTB, o IBGE disponibiliza ferramenta com dados relevantes a respeito de todos os municípios brasileiros³⁹. Há, portanto, dados disponíveis em fontes públicas capazes de auxiliar na definição geográfica da dimensão trabalho do mercado relevante.

Reconhece-se que os limites municipais podem, em diversos casos, ser excessivamente restritos ou abrangentes e englobar áreas que não necessariamente estariam na mesma definição geográfica de um mercado. Todavia, a dimensão geográfica de mercados de trabalho tende a ser local (POSNER, 2021, p. 79), de modo que – ao menos neste primeiro momento – entende-se que a classificação por município segundo o IBGE é razoável para a análise de mercados relevantes envolvidos em atos de concentração. Ademais, argumentos e estudos mais aprofundados sobre a adequada definição do mercado podem ser realizados caso a caso, a depender das características da operação submetida ao Cade.

3.1.4. Estimativa do total dos mercados relevantes na dimensão trabalho

No Brasil, dados detalhados sobre as atividades trabalhistas integram a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), preparada pelo MTE. Anualmente, todos os estabelecimentos do setor público e privado têm a obrigação de submeter ao Ministério informações referentes a cada um de seus empregados, incluindo – além de dados cadastrais e menções a jornadas desempenhadas, remunerações e eventuais benefícios – referência ao cargo ocupado de acordo com a classificação CBO e à localidade do posto de trabalho (BRASIL, 2023, p. 26).

Dada a relevância dos dados coletados, a RAIS já é utilizada pelo Cade não apenas para identificação de cargo de pessoas físicas representadas no âmbito de processos administrativos sancionatórios⁴⁰, mas também como fonte de dados para cálculo de estimativas de participação de mercado dos agentes econômicos em sede de controle de estruturas⁴¹ e para avaliar a dinâmica

39 O sistema “Cidades@” agrega informações do IBGE sobre os municípios e estados do Brasil. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br>. Acesso em 13.3.2023. Os dados disponibilizados têm como base o resultado do Censo Demográfico de 2010 e englobam informações como o volume populacional de determinado município, densidade demográfica, pirâmide etária, valores referentes à quantidade de pessoas empregadas e ao salário médio mensal, taxa de escolarização, PIB *per capita*, área territorial, entre outros aspectos interessantes.

40 A título de exemplo, pode-se mencionar o Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51; Processo Administrativo nº 08012.002222/2011-09; Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51; Processo Administrativo nº 08700.004176/2020-15; Processo Administrativo nº 08012.007043/2010-79.

41 A título de exemplo, pode-se mencionar o Ato de Concentração nº 08700.010156/2022-37; Ato de Concentração nº 08700.000530/2021-13; Ato de Concentração nº 08700.003294/2020-06; Ato de Concentração nº 08700.005796/2019-



do mercado ao longo de um período de tempo⁴². Há ainda casos em que terceiras interessadas apresentaram estudos – elaborados com base em dados, inclusive, da RAIS – contendo informações capazes de subsidiar uma avaliação e acompanhar a evolução de mercados de trabalho⁴³.

Feito esse panorama, o que se nota é que o Cade em alguns casos já reconhece, avalia e calcula estimativas de *share* com base em número de empregados da RAIS, bem como que há estudos de mercado tecendo conclusões a respeito dos níveis de concentração na dimensão trabalho que partem das classificações segundo CBO e divisão municipal. Com essas informações em mãos, entende-se que o Cade – com auxílio do DEE/Cade, se necessário – poderá ser capaz de avaliar as características e estimar a participação dos *players* na dimensão trabalho dos mercados relevantes.

3.2. Avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado decorrente da operação

Na análise clássica de atos de concentração, após a definição do mercado relevante e de estimativas de participação dos agentes econômicos, a próxima etapa diz respeito à avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado obtido com a operação. Como destaca o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal publicado pelo Cade, os dois principais pontos a serem considerados nessa avaliação referem-se a questões envolvendo a possibilidade de uma entrada tempestiva, provável e suficiente do novo *player* e o nível de rivalidade restante no mercado (BRASIL, 2016b, p. 9).

É nesse contexto que se colocam as discussões a respeito de barreiras à entrada e de elementos de rivalidade importantes para a dinâmica dos mercados (NICHOLSON; SNYDER, 2008, 941)⁴⁴, apresentadas a seguir.

3.2.1. Barreiras à entrada na dimensão produto de mercados relacionadas à dimensão trabalho

A dificuldade para se contratar profissionais representa verdadeira barreira à entrada para novos concorrentes na dimensão produto de determinado mercado, tendo em vista haver diversas ocupações que são essenciais para que uma empresa possa desempenhar as suas funções⁴⁵. A força de

20; Ato de Concentração nº 08700.004550/2019-31; Ato de Concentração no 08700.003662/2018-93; Ato de Concentração nº 08700.003775/2018-99.

42 Vide Nota Técnica Pública nº 20/2018/ DEE/Cade, elaborada no âmbito do Ato de Concentração no 08700.003662/2018-93 (Requerentes: Prosegur Brasil S.A. Transportadora de Valores e Segurança e Transfederal Transporte de Valores Ltda.).

43 Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21 (Representada: Ambev S.A.) e Recurso Voluntário nº 08700.005936/2022-65 (Recorrente: HNK BR Indústria de Bebidas Ltda.) e Ato de Concentração nº 08700.006195/2016-91 (Requerentes: Top Service Serviços e Sistemas Ltda., GPS Predial de Segurança Ltda. - BA, TSR Participações Societárias S.A., Prosegur Brasil S.A. Transportadora de Valores e Segurança, Prosegur Sistemas de Segurança Ltda.), aprovada sem restrições em 21.9.2016.

44 O mero número de *players* atuantes em um determinado mercado não é elemento suficiente para se constatar a existência de poder econômico. Em verdade, um fator de grande relevância para o exercício de poder de mercado por meio da elevação de preços a um patamar acima do que se cobraria em um cenário de livre concorrência é a presença (ou não) de barreiras à entrada. Isso porque, em um cenário de baixas barreiras à entrada, novos concorrentes podem passar a atuar em tal mercado, caso visualizem oportunidade de competir com menores preços (NICHOLSON; SNYDER, 2008, p. 491).

45 Válido mencionar que não se trata aqui de barreiras à entrada de novos trabalhadores na dimensão trabalho do mercado, mas sim à entrada de concorrentes na dimensão produto. Isso se justifica porque cabe ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho

trabalho, portanto, é recurso produtivo, representando espécie de insumo (*input*) para o desempenho das atividades empresariais, de modo que a restrição de acesso a esse insumo configura barreira à entrada de novos *players*⁴⁶.

A depender de como for, o entrante pode contratar ex-empregados das empresas incumbentes ou deverá apresentar um diferencial competitivo (e.g., oferecer maior remuneração, menor carga horária, benefícios) capaz de atrair profissionais que já estejam trabalhando em empresas instaladas. Sendo assim, barreiras que impedem a mobilidade de trabalhadores, como cláusulas de não-concorrência e de não-aliciamento firmadas entre empregadores e empregados, atritos de busca (*search frictions*) e diferenciação de empregos (*job differentiation*) dificultam – sem dúvidas – a entrada de novos agentes capazes de rivalizar com incumbentes tanto na dimensão trabalho quanto na dimensão produto dos mercados⁴⁷.

São apresentadas, a seguir, breves considerações sobre as principais barreiras à entrada na dimensão produto de mercados relevantes relacionadas à dimensão trabalho:

humano. A conclusão, portanto, é que cabe ao Cade avaliar, a partir da concentração de estruturas econômicas que a ele são notificadas, potenciais efeitos concorrenciais de determinada operação visando também à proteção dos trabalhadores (e não apenas dos consumidores finais). De outro lado, barreiras à entrada de trabalhadores na dimensão trabalho estão principalmente relacionadas à organização social da sociedade alheias à competência do Cade.

⁴⁶ Tanto a contratação de profissionais pode configurar significativa barreira à entrada que o entendimento do Cade é, há alguns anos, pacífico no sentido de que a prática de unimilitância no setor de saúde configura violação à legislação antitruste, justamente porque impede que profissionais de uma determinada região prestem serviços para concorrentes. Entende-se que, por meio de tal prática, incumbentes impedem a entrada de novos *players* em mercados relacionados (vide, por exemplo, Processo Administrativo nº 08000.004961/1995-76).

⁴⁷ Como explica a autoridade de defesa da concorrência de Portugal sobre o tema, “[a]o restringirem as decisões de aquisição de um *input* por parte das empresas, os acordos de não-angariação podem ter efeitos nos mercados onde essas empresas concorrem” (PORTUGAL, 2021, p. 11).



Quadro 2 - Principais barreiras à entrada relacionadas à dimensão trabalho

Cláusulas de não-concorrência	Cláusulas de não-aliciamento	Atritos de busca e diferenciação de empregos
<p>- Acordos nos quais o empregador proíbe empregados de trabalhar para um de seus concorrentes ou iniciar um negócio concorrente.</p> <p>- Atualmente, cláusulas de não-concorrência são impostas a diversas categorias de empregados, incluindo generalistas e de baixa-qualificação (STARR; PRESCOTT; BISHARA, 2021, p. 5).</p> <p>- Em janeiro de 2023, o Federal Trade Commission (FTC) propôs regra visando a proibir os empregadores de impor cláusulas de não-concorrência (FTC..., 2023).</p> <p>- Nos EUA, tais cláusulas já foram consideradas barreiras à entrada⁴⁸ e, em 2023, foram objeto de ações para proibir a sua vigência⁴⁹.</p>	<p>- São utilizadas em contratos de modo a evitar que empregados e ex-empregados possam contratar e/ou persuadir funcionários do antigo empregador.</p> <p>- No entendimento do Cade, são, a princípio, legítimas, desde que sejam proporcionais ao negócio firmado entre as partes e observem certa limitação temporal⁵⁰.</p> <p>- Ao avaliar os pareceres proferidos pela SG/Cade ao longo dos últimos anos, verificou-se que não há discussão aprofundada sobre as categorias de empregados que podem ser abrangidas por essas cláusulas⁵¹.</p>	<p>- Atritos de busca referem-se às dificuldades dos trabalhadores em procurar e encontrar novos empregos quando são demitidos ou estão insatisfeitos.</p> <p>- Diferenciação de empregos envolve elementos qualitativos e, por vezes, subjetivos da vaga de trabalho.</p> <p>- Os atritos de busca e a diferenciação de empregos inibem a mobilidade dos trabalhadores, mitigando a rivalidade entre empregadores já estabelecidos no mercado ao mesmo tempo que representam barreiras à entrada.</p>

Fonte: elaboração própria.

Nesse contexto, observa-se que a discussão sobre barreiras à entrada nos mercados a jusante (i.e., dimensão produto) envolvem não apenas os tradicionais obstáculos avaliados na análise clássica de atos de concentração, mas abrange também dificuldades na contratação de pessoal para o desempenho das atividades comerciais e impasses para capturar, a depender do caso, uma parcela distinta dos profissionais⁵². Tais barreiras são capazes de prejudicar não apenas trabalhadores, mas também consumidores finais (PORTUGAL, 2021, p. 11).

48 USA. United States v. DaVita Inc. and Total Renal Care, Inc., n. 2110013, 2021.

49 O FTC interpôs ação contra as seguintes empresas: Prudential Security, Inc. e Prudential Command Inc.; O-I Glass, Inc.; e Ardagh Group S.A. Ao final, as três empresas representadas celebraram acordos (*Consent Agreements*) com o FTC se comprometendo a suspender a vigência de tais cláusulas, bem como a deixar de firmar cláusulas de não-concorrência com funcionários.

50 Vide Súmula nº 4 do Cade, que estabelece que “é lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de joint-venture, desde que guarde relação direta com o seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação”, e Súmula nº 5 do Cade, que estabelece que “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”. Ademais, na ausência de disposições expressas na Lei nº 12.529/2011 sobre o prazo de vigência de tais cláusulas, a jurisprudência do Cade consagra o prazo de cinco anos como razoável para sua admissibilidade também com fundamento no artigo 1.147 do Código Civil.

51 A metodologia utilizada para a pesquisa por posicionamentos da SG/Cade sobre o tema foi a seguinte: no sistema SEI de pesquisa, buscou-se por “parecer” proferidos em atos de concentração sumário e ordinário, a partir do termo de pesquisa “‘não-concorrência’ OU ‘não concorrência’ OU ‘não-aliciamento’ OU ‘não aliciamento’”. Como resultado, foram obtidos 62 resultados para atos de concentração sumário; e 23 resultados para atos de concentração ordinários. Vale destacar que a maior parte das informações sobre o tema são de acesso restrito às requerentes, de modo que a avaliação sobre o posicionamento do Cade se deu com base nos poucos pareceres que transcreveram a cláusula contratual nos autos públicos.

52 Nos EUA, ao analisar a operação entre a S&S e a PRH – que em agosto de 2022 foi bloqueada pela Corte Distrital em razão de efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho – barreiras à entrada foram consideradas na argumentação. Ao decidir o caso, concluiu-se que as requerentes teriam deixado de comprovar a possibilidade de efetivas entradas no mercado, no cenário pós-operação, e que nenhuma editora teria passado a competir com as Big Five nos últimos trinta anos (USA. United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al, 1:21-cv-02886, 2022).

3.2.2. Análise de rivalidade na dimensão trabalho dos mercados relevantes

Ao se analisar as variáveis capazes de caracterizar o grau de rivalidade de mercados na sua dimensão produto, nota-se que boa parte das mesmas variáveis podem também ser utilizadas para aferir o grau de rivalidade na dimensão trabalho. São apresentadas, a seguir, algumas variáveis capazes de auxiliar na avaliação dos níveis de rivalidade dos mercados e de que forma elas podem influenciar na análise de atos de concentração:

Quadro 3 - Variáveis que podem influenciar o nível de rivalidade na dimensão trabalho

Variável analisada	Em mercados com alta rivalidade
Concentração de mercado	Há baixa concentração de mercado.
Variância de <i>market share</i>	Há elevada variância de <i>market share</i> , em razão da contestabilidade do mercado por outras empresas empregadoras de mão-de-obra capazes de oferecer melhores oportunidades aos trabalhadores.
Elasticidade da oferta de trabalho	Há elevada mobilidade de profissionais entre diferentes ocupações (e.g., CBOs), na hipótese de variação salarial. Maior probabilidade de ser verificada em mercados relacionados a profissionais generalistas.
Capacidade de expansão da dimensão produto do mercado	Há capacidade ociosa na dimensão produto do mercado e expectativa de expansão da produção, o que tende a resultar em maior demanda por profissionais.
Necessidade de elevada qualificação para desempenho da atividade profissional	Não é necessária elevada qualificação do empregado para o bom desempenho da atividade profissional. A alta qualificação pode envolver a necessidade de licenças profissionais, especialização acadêmica e/ou profissional, muitos anos de experiência na área de atuação, conhecimento de idiomas, prévia atuação em posições de gerência/diretoria etc. Quanto menor o grau de qualificação necessário, mais homogêneo será o mercado.
Índices de imposição de cláusulas restritivas à concorrência no mercado	Baixo índice de imposição de cláusulas restritivas à concorrência, possibilitando a maior mobilidade de profissionais entre <i>players</i> concorrentes.

Fonte: elaboração própria.

Em mercados com intensa rivalidade, espera-se que exista efetiva competição, isto é, empresas capazes de contestar eventual exercício de poder de monopólio pela entidade combinada. Espera-se que, na hipótese de os trabalhadores se depararem com a redução de salários ou perda de benefícios, rivais já instalados no mercado ou novos entrantes possam assegurar oportunidades de emprego alternativas, com melhores condições trabalhistas.

3.3. Eficiências que impactam a dimensão trabalho dos mercados relevantes

Passada a análise do nível de concentração e da probabilidade do uso de eventual poder de mercado adquirido em decorrência da operação, a última fase da análise clássica compreende a



ponderação de eventuais eficiências econômicas⁵³. Considerando que a análise antitruste também deve considerar efeitos concorrenciais relacionados à dimensão trabalho do mercado, pode não ser adequada a aprovação sem restrições de um ato de concentração que resulte em prejuízos aos trabalhadores, ainda que aumente os lucros e gere benefícios aos consumidores finais. No entanto, “isso não significa dizer que operações que prejudicam trabalhadores não devem ser aprovadas” (POSNER, 2021, p. 85).

Ao se avaliar o efeito líquido da operação, deve-se verificar se eventuais prejuízos a trabalhadores podem ser compensados por ganhos em outras esferas econômicas. Atos de concentração propostos entre duas empresas que atuam em mercados de trabalho competitivos, por exemplo, podem não resultar em prejuízos aos trabalhadores mesmo que resultem em demissões. Isso porque, em um mercado de trabalho competitivo, os trabalhadores demitidos podem, com alguma facilidade, encontrar novos empregos igualmente bons (POSNER, 2021, p. 85).

Uma operação, no entanto, não pode se justificar tão somente com base no argumento de que o corte de empregos – por qualquer que seja o motivo – reduzirá custos e resultará em melhores preços de venda dos produtos aos consumidores finais. A legislação antitruste não permite tal entendimento a respeito da avaliação de eficiências, tampouco o repasse de tal economia aos consumidores finais costuma ocorrer, na realidade (AREEDA; HOVENKAMP, 2016, p. 971).

Como explicam Marinescu e Hovenkamp (2019, p. 132)⁵⁴, para que um ato de concentração se justifique em razão de argumentos de eficiência que impactam trabalhadores, deve-se demonstrar (i) que a entidade combinada diminuirá a demanda da empresa por funcionários – em razão de ganhos relacionados à produtividade, por exemplo; e (ii) que a entidade combinada não reduzirá o volume de produção total. Ambos os requisitos são essenciais (MARINESCU; HOVENKAMP, 2019, p. 1060-1062).

Os autores justificam o entendimento acerca de tais requisitos. Como consequência de uma operação, a entidade combinada pode diminuir a sua necessidade por trabalhadores não em razão de eficiências produtivas, de fato, mas em razão do exercício de poder de monopólio. Ao reduzir salários, o empregador pode ser capaz de obter maior margem e, por conseguinte, auferir maiores lucros mesmo em um cenário de menor produção. Diminuindo a produção, haverá menor oferta de produtos aos consumidores e, conseqüentemente, os preços tendem a subir. É justamente essa a situação, grosso modo, que se deseja evitar⁵⁵.

Conclui-se, portanto, que – tal como na análise da dimensão produto do mercado – argumentos de eficiência relacionados à dimensão trabalho podem ser levantados pelas requerentes para justificar a aprovação de um ato de concentração. No entanto, tal alegação não deve se limitar à redução de custos decorrentes da dispensa de pessoal, mas deve se fiar à verificação de maior

53 O artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 estabelece que o Cade deve ponderar as eficiências específicas de cada operação *vis-à-vis* seus efeitos negativos (BRASIL, 2011).

54 Outros autores também apresentam considerações similares, como Carl Shapiro (2019) e Naidu, Posner e Weyl (2018).

55 Há casos do passado em que o Cade ponderou a justificativa de demissões de pessoal, como no Ato de Concentração nº 16/1994 (Requerentes: Siderúrgica Laisa S.A. - Grupo Gerdau e Korf GmbH - Cia. Siderúrgica Pains), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD, em 29.5.1995; Ato de Concentração nº 2/1994 (Requerentes: Fosfertil- Fertilizantes Fosfatados S.A e Ultrafertil S.A Indústria e Comércio de Fertilizantes), aprovado sem restrições em 29.11.2000; Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12 (Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência e outros), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 29.3.2000. No Ato de Concentração nº 16/1994, por exemplo, as requerentes reconhecem que a operação gerará demissões (i.e., redução de custos fixos) e explicam que haverá incremento na capacidade produtiva, investimentos em melhorias tecnológicas a nível industrial, além de ganhos reais nos salários médios dos empregados. Os argumentos apresentados são, portanto, legítimos.

produtividade, de modo que os níveis de produção sejam mantidos.

4. CONCLUSÕES

Este artigo partiu da premissa defendida por diversos estudiosos do tema no sentido de que mercados de trabalho devem ser considerados na análise de atos de concentração. Isso levando em consideração, primeiro, que no Brasil a valorização do trabalho humano é princípio constitucional da ordem econômica; e, segundo, que se trata da mera aplicação da teoria de poder de monopólio, amplamente difundida no âmbito do atual controle de estruturas. Ao longo do estudo, partiu-se das etapas da análise clássica apresentada pelo Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal para se avaliar, de forma bastante prática e propositiva, como o Cade pode analisar impactos concorrenciais de atos de concentração em mercados de trabalho (e não apenas em mercados de produto).

Ao longo deste artigo, confirmou-se a hipótese de que não é necessária qualquer modificação na legislação concorrencial brasileira para que aspectos voltados a mercados de trabalho sejam considerados no controle de estruturas da análise antitruste. Apesar disso, algumas propostas podem ser consideradas para facilitar a abordagem do tema nos próximos anos (BRAGA, 2023, p. 147-160).

De início, é importante incluir pequeno ajuste na redação da Resolução Cade nº 33/2022 para esclarecer que a avaliação de atos de concentração não se restringe apenas à dimensão produto. Além disso, modificações no texto da Resolução seriam importantes para estabelecer os critérios de notificação obrigatória e possibilitar que o Cade analise em detalhe, em um primeiro momento, apenas mercados de trabalho (i) altamente concentrados, e (ii) envolvidos em operações que já seriam, de toda forma, submetidas à autoridade em razão do preenchimento dos atuais critérios de notificação obrigatória (MELLMAN, 2019, p. 40-42). A ideia seria que o Cade passasse a gradualmente enfrentar casos concretos que envolvam mercados de trabalho, no intuito de aprimorar o ferramental analítico, prover orientações e incrementar a jurisprudência no assunto.

A adição de quesitos adicionais no formulário de notificação – tanto submetidos no rito sumário quanto no rito ordinário, anexos à Resolução Cade nº 33/2022 (BRASIL, 2022) – também é importante. A solicitação de dados das requerentes relacionados à dimensão trabalho dos mercados envolvidos na operação é necessária para que o Cade possa avançar na análise antitruste.

Além disso, é de grande ajuda aos administrados e à própria autoridade a elaboração de guia específico ou a atualização de guias já publicados pelo Cade (i.e., Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal e o Guia para Remédios Antitruste), a fim de prover orientações a respeito da avaliação concorrencial voltada à dimensão trabalho dos mercados. Países como os Estados Unidos (FTC; DOJ, 2016, 2023), Japão (2018), Hong Kong (2018, 2022), Portugal (2021), Reino Unido (CMA, 2023) e Canadá (CANADA, 2023) já disponibilizaram guias e/ou orientações institucionais sobre o tema. O Brasil, por sua vez, embora tenha feito menção, em 2019, que estaria trabalhando em guia sobre o tema (*Labor Antitrust Guideline*) (OECD, 2019, p. 2), ainda não disponibilizou orientações voltadas a mercados de trabalho.

Outra recomendação refere-se à regulamentação de cláusulas restritivas à concorrência, no sentido de restringi-las ou melhor delimitar o seu conteúdo e abrangência. Com relação às cláusulas



firmadas entre empregador e empregado no âmbito de contratos de trabalho, o FTC propôs, em janeiro de 2023, uma nova regra visando a proibir que empregadores imponham cláusulas de não-concorrência a seus trabalhadores (FTC..., 2023)⁵⁶. Já com relação a cláusulas de não-aliciamento, a partir da análise da jurisprudência do Cade sobre o tema, percebeu-se que tais cláusulas demandam maior discussão no Brasil, em especial no que diz respeito à abrangência da restrição acordada entre as partes. Isso porque uma cláusula genérica que abarque uma obrigação de não-aliciamento de quaisquer categorias de empregados – ainda que sem posição estratégica ou acesso a informações sensíveis – pode ser desproporcional e demasiadamente restringir a mobilidade de trabalhadores.

Sugere-se ainda que o Cade celebre acordo de cooperação técnica com o Ministério Público do Trabalho e Emprego, para construir parceria estratégica visando ao aprimoramento da análise antitruste e do enfrentamento de efeitos anticompetitivos de operações em mercados de trabalho. É importante que, além da parceria colaborativa, o acordo inclua aspectos referentes ao intercâmbio de informações (como de declarações RAIS) e à promoção de diálogo interinstitucional na elaboração de estudos e pesquisas sobre o tema.

Por fim, como sugestão a título de *advocacy*, recomenda-se a promoção de maior publicidade de eventual operação que levante preocupação concorrencial a sindicatos, federações e confederações sindicais, por meio do envio de ofícios, por exemplo. Isso porque, em levantamento relacionado à participação dos sindicatos na análise de atos de concentração pelo Cade, verificou-se que são relativamente poucos os casos em que sindicatos/federações/confederações se habilitam na qualidade de terceiro interessado, e menos ainda são os casos em que há a sua participação ativa⁵⁷. Além disso, verificou-se que, na maior parte dos casos, as entidades não suscitam preocupações concorrenciais relacionadas à dimensão trabalho dos mercados relevantes.

O avanço na análise de casos concretos no âmbito do controle de estruturas, abordando impactos concorrenciais em mercados de trabalho, bem como a implementação dessas sugestões parece ser um bom caminho para a necessária adequação do controle de estruturas no Brasil. Como demonstrado ao longo deste artigo, são diversos os dados, pesquisas e *papers* que apontam para o fato de que a concentração do mercado leva à redução de salários, além de aumento de preços e/ou diminuição da qualidade de produtos, sendo a intervenção antitruste, portanto, imprescindível.

REFERÊNCIAS

AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application**. [S. l.]: Wolters Kluwer, 2016.

AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall. Labor Market Concentration. **Journal of Human Resources**, [s. l.], v. 57, supplement, abr. 2022. DOI: <https://doi.org/10.3368/jhr.monopsony.1218-9914R1>.

⁵⁶ Ao interromper tal prática, a agência estadunidense estima que os salários possam ser impactados em quase USD 300 bilhões por ano e expandir as oportunidades de carreira para cerca de 30 milhões de americanos. Entende-se, todavia, que essa regulamentação não seria de competência do Cade, embora a autoridade antitruste possa contribuir no debate de proposta legislativa sobre o tema.

⁵⁷ Como metodologia, em 28.3.2023, na "Pesquisa Avançada de Ato de Concentração" disponibilizada no website do Cade, pesquisou-se por menções a "sindicato" em "voto", "parecer" ou "nota técnica", filtrando por atos de concentração em que houve participação de terceiro interessado. Como resultado, foram encontrados 21 processos, sendo que 13 processos fogem ao escopo da pesquisa e não são relevantes para a avaliação da atuação de sindicatos em atos de concentração submetidos ao Cade.

Disponível em: <https://tinyurl.com/25vhpa4s>. Acesso em: 23 ago. 2023.

BRAGA, Julia Gonçalves. **Mercados de trabalho no controle de estruturas do Cade**: o direito da concorrência na consecução da valorização do trabalho humano. Orientadora: Amanda Athayde Linhares Martins Rivera. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/27vl6lbn>. Acesso em: 5 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/onpt6dq>. Acesso em: 5 nov. 2023.

BRASIL Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016b. Disponível em: <https://tinyurl.com/29xkgkep>. Acesso em: 23 ago. 2023.

BRASIL Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução Cade nº 33, de 14 de abril de 2022**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2agz9w9q>. Acesso em: 23 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do Cade**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016a. Disponível em: <https://tinyurl.com/23p5skpe>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). IBGE atualiza lista de subdivisões municipais do Brasil: levantamento, referente a 2019, acrescenta 111 novos distritos municipais. **Portal do Governo Federal**, [s. l.], 2023a. Disponível em: <https://tinyurl.com/298wmxwh>. Acesso em: 10 ago. 2023.

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://tinyurl.com/2o94bhj2>. Acesso em: 5 nov. 2023.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). **Classificação brasileira de ocupações**: livro 1: códigos, títulos e descrições. 3. ed. Brasília, DF: MTE, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/nclqkr7>. Acesso em: 23 ago. 2023.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual de orientação**: relação anual de informações sociais, ano-base 2022. Brasília: MTE, 2023b. Disponível em: <https://tinyurl.com/2aqqfclk>. Acesso em: 23 ago. 2023.

CANADA. Government of Canada. **Enforcement Guidelines on wage-fixing and no poaching agreements**. Quebec: Competition Bureau Canada, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dbflnzj>. Acesso em: 10 ago. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão Relativa à Definição de Mercado Relevante para Efeitos do Direito Comunitário da Concorrência. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Paris, n. C 372, 1997. Disponível em: <https://tinyurl.com/2a5ogp26>. Acesso em: 23 ago. 2023.

COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (CMA). **Employers advice on how to avoid anticompetitive behaviour**. London, 9 fev. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2zngvx37>. Acesso em: 10 ago. 2023.

DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ); FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **Antitrust Guidance for Human Resource Professionals**. Washington, D.C.: DOJ, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/23mmcd3d>.



Acesso em: 10 ago. 2023.

DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ); FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **Draft Merger Guidelines**. Washington, D.C.: DOJ, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/24xx4rvm>. Acesso em: 23 ago. 2023.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOX, Eleanor M. Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization. In: CUCINOTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e BERGH, Roger Van Den (ed.). **Post-Chicago developments in antitrust law**. London: Edward Elgar, 2002.

FTC proposes rule to ban noncompete clauses, which hurt workers and harm competition. **Federal Trade Commission**, Washington, D.C., 5 jan. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2nypupex>. Acesso em: 23 ago. 2023.

GEOFFROY, Ricardo Corrêa. **Eficiências econômicas em atos de concentração**: rumo à incorporação das eficiências dinâmicas. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas) - Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bqnpvme>. Acesso em: 8 ago. 2023.

GUIMARÃES, Olavo Severo; COUTO, Victor Cavalcanti; MUNHOZ, João Ricardo Oliveira. Os Fundamentos do Antitruste para Mercados de Trabalho. **Revista do IBRAC**, São Paulo, n. 1, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/26uxemgw>. Acesso em: 23 ago. 2023.

HAFIZ, Hiba M. Interagency merger review in labor markets. **Chicago-Kent Law Review**, Chicago, IL, v. 95, n. 1, p. 37-66, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xvweuuf>. Acesso em: 23 ago. 2023.

HONG KONG. Competition Commission. **Competition Commission Advisory Bulletin**, Wong Chuk Hang, 9 abr. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xjvv2s9>. Acesso em: 10 ago. 2023.

HONG KONG. Competition Commission. **Competition Commission Advisory Bulletin**, Wong Chuk Hang, 29 ago. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xh9h8t8>. Acesso em: 10 ago. 2023.

JAPÃO. Japan Fair Trade Commission (JFTC). Competition Policy Research Center. Report of the study group on human resource and competition policy. **Japan Fair Trade Commission**, Tokio, fev. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/266hxwrx>. Acesso em: 10 ago. 2023.

MARINESCU, Ioana; HOVENKAMP, Herbert J. Anticompetitive mergers in labor markets. **Indiana Law Journal**, [s. l.], v. 94, n. 3, p. 1031-1063, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ycpdung>. Acesso em: 23 ago. 2023.

MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric A. Why has antitrust law failed workers? **Cornell Law Review**, [s. l.], v. 105, p. 1343-1394, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/24e3lm4k>. Acesso em: 23 ago. 2023.

MARINESCU, Ioana; RATHELOT, Roland. Mismatch unemployment and the geography of job search. **American Economic Journal: Macroeconomics**, [s. l.], v. 10, n. 3, p. 42-70, jul. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/29u7dnrb>. Acesso em: 23 ago. 2023.

MARQUES, Verônica do Nascimento. Concorrência nos mercados de trabalho: os desafios na delimitação do mercado relevante antitruste. In: ATHAYDE, Amanda *et al.* (org.). **Mulheres no Antitruste**. São Paulo: Singular, 2021. v. 4. p. 241-268. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ap8yq99>. Acesso em: 23 ago. 2023.

MELLMAN, Aryeh. Measuring the impact of mergers on labor markets. **Columbia Journal of Law and**

Social Problems, New York, v. 53, n. 1, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2aq33239>. Acesso em: 23 ago. 2023.

NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. Antitrust remedies for labor market power. **Harvard Law Review**, Massachusetts, EUA, v. 132, n. 2, p. 536–601, dez. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/244566s3>. Acesso em: 23 ago. 2023.

NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. **Microeconomic theory**: basic principles and extensions. 10. ed. Mason: Thomson South-Western, 2008.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Competition issues in labor markets**: note by Brazil. Paris: OECD, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/229go3zg>. Acesso em: 23 ago. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Competition in labour markets**. Paris: OECD, [2020]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2arqqfyf>. Acesso em: 23 ago. 2023.

PORTUGAL. Autoridade da Concorrência. **Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência**. Lisboa: Autoridade da Concorrência, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2acvjlwr>. Acesso em: 23 ago. 2023.

POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

RIVERA, Amanda Athayde Linhares Martins; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. 10 anos da lei 12.529/2011: os avanços no debate que resultaram na incontornável interface entre concorrência e trabalho. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 40-61, jun. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xk4vzc3>. Acesso em: 23 ago. 2023.

RIVERA, Amanda Athayde Linhares Martins; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 24, n. 2, p. 65-93, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2btg5mzj>. Acesso em: 23 ago. 2023.

ROBINSON, Joan. **The Economics of Imperfect Competition**. [S. l.]: Palgrave MacMillan, 1933.

SHAPIRO, Carl. Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets. **Journal of Economic Perspectives**, Pittsburgh, v. 33, n. 3, p. 69-93, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/279vray3>. Acesso em: 23 ago. 2023.

STARR, Evan; PRESCOTT, J. J.; BISHARA, Norman. Noncompete agreements in the U.S. labor force. **Journal of Law and Economics**, [s. l.], v. 64, n. 1, p. 53-84, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/25lhpmux>. Acesso em: 23 ago. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. Federal Trade Commission. **United States v. DaVita Inc. and Total Renal Care, Inc., n. 2110013**, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bjlrwhp>. Acesso em: 10 ago. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals. *Todd v. Exxon Corp.*, n. 01-7091, 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/27jwhpaa>. Acesso em: 10 ago. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. United States District Court for the District of Columbia. **United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al**, 1:21-cv-02886, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/23cx2g6h>. Acesso em: 23 ago. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. United States District Court for the Northern District of California. San



Jose Division. **United States v. eBay, Inc., 12-CV-05869-EJD-PSG**, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/26tox9z2>. Acesso em: 10 ago. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. United States District Court for the Western District of Virginia Harrisonburg Division. **Hanger v. Berkley Grp., Inc., Civil Action No 5:13-cv-113**, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/24m9zzkt>. Acesso em: 10 ago. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. United States District Court, S.D. New York. **Mooney v. AXA Advisors, L.L.C., Civil Action No. 13-3093**, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/27v5dhmp>. Acesso em: 10 ago. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. United States District Court. District of Arizona. **United States and State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corp., c V07-1030-PHX**, 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2a82c42z>. Acesso em: 10 ago. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. United States District Court. Eastern District of Michigan. **Cason-Merenda v. Detroit Med. Ctr., Case No. 06-15601**, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yw23js3>. Acesso em: 10 ago. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Third Circuit. **Eichorn v. AT&T Corp.**, 99-5791, 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/2arwp34j>. Acesso em: 10 ago. 2023.

10

NOVOS DESAFIOS, NOVOS REMÉDIOS: AS OBRIGAÇÕES NEGOCIADAS PELO CADE NOS TCCs CELEBRADOS COM GYMPASS E IFOOD EM INVESTIGAÇÕES ENVOLVENDO ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE¹

New challenges, new remedies: the commitments negotiated by Cade in the settlement agreements signed with Gympass and iFood in exclusive dealing agreements investigations

Danielle Kineipp de Souza²

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – Brasília/DF, Brasil

Priscilla Craveiro³

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – Brasília/DF, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: há muito tempo, o Cade investiga abuso de poder dominante por meio da adoção de acordos de exclusividade, mas recentemente a análise antitruste desse tipo de prática ganhou novos contornos. O direito da concorrência não considera acordos de exclusividade ilícitos per se, pois reconhece que podem apresentar eficiências importantes, como evitar o efeito carona nos investimentos feitos no parceiro e reduzir custos de transação. Historicamente, precedentes do Cade em que houve assinatura de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) ou proibiram tais acordos ou estabeleceram, como obrigação central, limites para sua adoção. Os TCCs recentemente celebrados

Editor responsável: Prof. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 01/12/2023 **Aceito em:** 11/06/2024 **Publicado em:** 19/06/2024

2 Mestre em Economia pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-Graduada em Direito Concorrencial e Econômico (FGV). Economista pela UnB. Coordenadora de Análise Antitruste na Superintendência-Geral do Cade. Servidora pública, carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

E-mail: danielle.souza@cade.gov.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1813526185448725>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-0499-0169>

3 Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV – Brasília). Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). Servidora pública da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental desde 2011, com atuação no Cade desde 2016. Já trabalhou na persecução a carteis e condutas unilaterais, como Coordenadora no Programa de Leniência e, atualmente, atua na análise de atos de concentração.

E-mail: priscilla.campos@cade.gov.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9435780300982606>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7178-7080>



com Gympass e iFood, *players* de mercados digitais, incluíram um elemento a mais: o compromisso de desempenho.

Objetivo: este artigo objetiva apresentar as mudanças na abordagem de compromissos de exclusividade pelo Cade e as razões que justificaram as inovações trazidas pelos TCCs do Gympass e do iFood.

Método: usando o método comparativo, traçou-se um paralelo entre os TCCs recentemente firmados com as duas plataformas digitais e aqueles celebrados na década passada com Souza Cruz e Ambev

Conclusões: verificou-se que a adoção de compromissos de desempenho nos novos TCCs significou avanço e inovação importantes na abordagem de acordos de exclusividade. Tais compromissos estabelecem metas claras e objetivas de crescimento dos parceiros exclusivos como resultado dos investimentos realizados pelas compromissárias, de modo a garantir que as eficiências decorrentes da exclusividade superem os efeitos da restrição. Sua adoção dissipa os riscos concorrenciais inerentes à prática sem trazer prejuízos à capacidade de inovação dos mercados envolvidos.

Palavras-chave: antitruste; acordos de exclusividade; mercados digitais; termo de compromisso de cessação; compromisso de desempenho.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: abuse of dominant power through the adoption of exclusive dealing agreements has long been investigated by Cade, but recently the antitrust analysis of this type of practice has gained new contours. Competition law does not consider exclusive dealing agreements illegal per se, as it recognizes that they can provide important efficiencies, such as avoiding the free-riding on investments made in the exclusive partner and reducing transaction costs. Historically, Cade's precedents in which a Settlement Agreement (TCC, in its acronym in Portuguese) was signed either prohibited such agreements or established, as a central obligation, a *cap* for its adoption. The TCCs recently signed with Gympass and iFood, digital market *players*, included an additional element: the performance commitment.

Objective: this article aims to present the changes in Cade's approach to exclusive dealing agreements and the reasons that justified the innovations brought by the recent TCCs.

Method: using the comparative method, a parallel was drawn between the TCCs recently signed with the two digital platforms and those signed in the last decade with Souza Cruz and Ambev.

Conclusions: it was possible to verify that the adoption of a performance commitment in the TCCs recently signed by Cade with Gympass and iFood brought important progress and innovation in the approach to exclusive dealing agreements. Such commitments establish clear and objective growth targets for the exclusive partners as a result of the investments made by the Party, in order to ensure that the efficiencies resulting from exclusivity outweigh the effects of the restriction. Its adoption dissipates the competitive risks inherent to the practice without harming the innovation capacity of the markets involved.

Keywords: antitrust; exclusivity agreements; digital markets; settlement agreement; performance commitments.

Classificação JEL: K21 – Antitrust Law; L40 – General; K40 – General

Sumário: 1. Introdução; 2. Exclusividade em geral

e em plataformas digitais; 3. Precedentes do Cade com assinatura de TCCs; 4. Os TCCs mais recentes e os compromissos antitruste acordados; 5. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem desempenhado um papel fundamental na promoção da concorrência e na prevenção de práticas anticompetitivas que prejudicam o mercado e os consumidores. Condutas unilaterais têm sido alvo de atenção especial na atuação recente do órgão, em resposta ao aumento em volume e relevância de casos investigados e em atenção a recomendações exaradas em *Peer Review* publicado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴.

Tais condutas, como infrações à ordem econômica, possuem como característica a complexidade da análise e maior dificuldade de comprovação, dado que são consideradas ilícitos por efeitos e não por objeto e, por conseguinte, sopesadas pela ótica da regra da razão.

A análise se torna mais complexa quando envolve, a exemplo de casos recentes que serão apresentados neste artigo, condutas de exclusividade em mercados de plataformas digitais. Investigações nesses mercados tendem a envolver aspectos não triviais, como a existência de significativas externalidades de rede, que podem indicar que um aumento no nível de concorrência não necessariamente irá significar uma estrutura de preços mais eficiente ou maior excedente para todos os lados da plataforma (WRIGHT, 2004). Além disso, esse tipo de conduta requer uma análise caso a caso para os efeitos da exclusividade - contratual e “de fato” - no bem-estar e na concorrência, uma vez que pode gerar tanto eficiências quanto prejuízos ao mercado (KATZ, 2017).

Nesse contexto, a adoção de instrumentos consensuais, como os termos de compromisso de cessação (TCC)⁵ do direito antitruste, pode se mostrar como alternativa mais célere e menos dispendiosa para que a administração pública seja capaz de atingir seus objetivos de prevenir e/ou reprimir esse tipo de infração.

Os TCCs negociados com as plataformas Gympass e iFood - recentemente homologados pelo Tribunal do Cade - representam, na opinião das autoras, avanços na abordagem de condutas de exclusividade quando comparados a outros acordos firmados no passado pela autarquia em investigações de mesma natureza. Isso não só pelo fato de envolverem plataformas digitais - e portanto, mercados de inovação, com relevantes externalidades de rede, barreiras naturais à entrada de novos *players* - como também pelo fato de ter sido empreendida uma análise mais pormenorizada em relação às eficiências decorrentes da prática de exclusividade, especialmente no que concerne às contrapartidas ofertadas aos parceiros para que estes limitassem suas transações comerciais às plataformas das Requerentes.

4 O *Peer Review* da OCDE recomendou que o Cade priorizasse investigações de condutas de abuso de posição dominante, por meio da criação de equipes dedicadas a esse tipo de prática e da contratação de mais PhDs em Economia. Além disso, recomendou que o Cade celebrasse menos Termos de Compromisso de Cessação (TCCs), de modo a gerar jurisprudência relacionada a condutas de abuso de posição dominante (OCDE, 2019, p. 165).

5 Previstos na Lei nº 12.529/2011 em seu artigo 85 (BRASIL, 2011).



Como contraponto da análise, foram escolhidos dois precedentes que envolvem acordos de exclusividade, que culminaram com a assinatura de TCC: as investigações que tinham como representadas a Souza Cruz e a Ambev. A escolha desses dois *cases* deveu-se ao fato de serem dois exemplos de intervenções distintas do Cade em âmbito de solução negociada, para endereçar riscos concorrenciais semelhantes de fechamento de mercado a partir da utilização de acordos de exclusividade.⁶ No primeiro, conforme se verá adiante, o Cade adotou postura mais conservadora, decidindo pela proibição total das cláusulas de exclusividade de *merchandising* (a vedação à exclusividade de venda já fora adotada em processo anterior envolvendo a Representada). No segundo precedente, por sua vez, a autarquia limitou sem, contudo, impedir completamente esse tipo de acordo, reconhecendo eventuais eficiências decorrentes de sua adoção.

Diante do exposto, vamos apresentar o presente artigo em três seções, além da introdução e da conclusão, demonstrando como a análise de condutas relacionadas a acordos de exclusividade pela autoridade antitruste evoluiu ao longo da última década e o impacto disso no estabelecimento de obrigações em sede de TCCs. A primeira seção detalhará aspectos da conduta de adoção de acordos de exclusividade de forma geral e no escopo de plataformas digitais. A segunda seção apresentará dois precedentes (Souza Cruz e Ambev) mais antigos em que o Cade celebrou TCCs em investigações dessa natureza⁷. Já a terceira, discutirá dois TCCs recentes (Gympass e iFood) que endereçaram a exclusividade em plataformas digitais, e abordará os compromissos acordados e as inovações trazidas em relação a precedentes mais antigos.

2. EXCLUSIVIDADE EM GERAL E EM PLATAFORMAS DIGITAIS

A Resolução nº 20/1999 do Cade (BRASIL, 1999)⁸ define, em seu Anexo I, acordos de exclusividade como aqueles em que “os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais”. Ao adotar cláusulas ou acordos de exclusividade de vendas, uma das partes de uma relação contratual de negócios (vendedor ou comprador) impõe, portanto, condições à liberdade do outro para: escolher o que compra ou vende; com quem faz negócios ou; onde opera.

A adoção de exclusividade é comum em relações comerciais e, usualmente, só é considerada

6 Em 20.03.2013, o Cade homologou TCC com o Sistema Unimed, obrigando que as UnimedS compromissárias retirassem de seus estatutos cláusulas que impunham a exclusividade do médico cooperado e vedando a adoção de quaisquer práticas que pudessem ter esse efeito. Vide, por exemplo, Processo Administrativo (PA) nº 08012.008737/2007-28 (Representada: Unimed Londrina). Em 2000, no âmbito do PA nº 08012.003303/1998-25, o Cade celebrou TCC com a Souza Cruz proibindo a imposição de exclusividade de venda de produtos a varejistas, exceto com estabelecimentos noturnos. Outros precedentes do Cade trataram da prática da exclusividade, porém não culminaram na assinatura de TCC: PA nº 08012.005009/2010-60 (Representada: PST Eletrônica), com decisão de condenação da Representada, trânsito em julgado em 22.09.2020; PA nº 08012.007423/2006-27 (Representadas: Unilever e Nestlé), com decisão de condenação da Unilever e de arquivamento em relação à Nestlé, trânsito em julgado em 12.02.2019; PA nº 08012.003805/2004-10 (Representada: Ambev), com decisão de condenação da Representada em 22.07.2009; PA nº 08012.003212/98-71 (Representada: Unimed Vales do Taquari e Rio Pardo), com decisão de condenação da Representada em 14.03.2001.

7 Mais recentemente, em 23.10.2023, o Cade celebrou, no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21, novo TCC com a Ambev, em que limitou a adoção de contratos de exclusividade com PDVs, estabelecendo diferentes *caps* a depender da localidade. Pelo fato de sua celebração ter sido posterior à homologação dos TCCs de Gympass e iFood, optou-se por deixá-lo de fora dos *cases* analisados para fins de observação das soluções negociadas do Cade em âmbito de processos envolvendo acordos de exclusividade.

8 A Resolução nº 20/1999 foi revogada parcialmente pela Resolução nº 45/2007, mas seu Anexo I continua vigente.

ilegal quando prejudica substancialmente a concorrência. Noutras palavras, a exclusividade não é considerada um ilícito *per se* ou presumivelmente ilegal, sendo, assim, sujeita à regra da razão.

Ao realizar essa análise de regra da razão, a autoridade antitruste considera se o acordo de exclusividade em questão possui quaisquer benefícios pró-competitivos que superem seus efeitos restritivos à concorrência. Além disso, avalia se esses efeitos pró-competitivos poderiam ser alcançados por meio de um arranjo menos restritivo.

No campo dos efeitos pró-competitivos, a literatura econômica cita a redução de custos de transação; maior segurança para realizar investimentos em inovação e publicidade sem o risco de efeito carona; aumento da qualidade do produto/serviço, tendo em vista o alinhamento de incentivo reputacional entre as partes envolvidas no acordo; dentre outros.

Por outro lado, no campo dos efeitos restritivos à concorrência, os acordos de exclusividade podem ser capazes de (i) provocar fechamento de mercado, (ii) aumentar barreiras à entrada, (iii) elevar os custos dos rivais ao restringir sua atuação naquele mercado ou relegá-los a fornecedores, distribuidores ou revendedores mais caros ou menos eficientes e (iv) facilitar a coordenação de cartéis. Essas estratégias de negócios podem levantar preocupações concorrenciais, dado que seu efeito prático pode ser anticompetitivo, e podem não ter uma justificativa de negócios objetiva além da exclusão de concorrentes.

Kharmandayan e Morais (2018) elencam alguns métodos para apuração do fechamento de mercado decorrente de acordo de exclusividade. O primeiro deles seria o cálculo do índice de fechamento de mercado, que envolve a ponderação do volume de vendas atingido pelo acordo em relação ao total de vendas ou do número de agentes econômicos atingidos pelo acordo em relação ao total de agentes existentes no mercado em análise. Outras ferramentas para apurar o grau de fechamento de mercado seriam (i) a análise dos prazos dos compromissos de exclusividade, (ii) a previsão de multas contratuais por rescisão, (iii) o nível de *enforcement* dos compromissos de exclusividade, (iv) a variação da participação de mercado dos agentes beneficiados pela exclusividade em comparação com os demais *players* do mercado; e (v) as próprias características do mercado, como rivalidade, barreiras à entrada, existência de canais de distribuição alternativos, grau de maturidade do mercado, etc.

Para Gaban, Domingues e Silva (2019), demonstrar os efeitos de uma prática – seja ela coordenada ou unilateral – nunca foi fácil, porquanto requer técnica e conhecimento dos mercados, cada qual com suas peculiaridades, de modo que qualquer generalização é indesejável. Em mercados de inovação, o desafio é ainda maior, posto que o ferramental historicamente utilizado no antitruste pode não ser suficiente.

Nesse sentido, a análise de arranjos de exclusividade se torna mais complexa no caso das plataformas digitais. Quando se pensa em plataformas de dois lados, os agentes podem aderir a uma única plataforma (ou seja, fazem *singlehoming*) ou a mais de uma plataforma concorrente (ou seja, fazem *multihoming*). Quando há adoção de instrumentos de exclusividade, considera-se que seu uso impede que os agentes façam *multihoming* (ARMSTRONG; WRIGHT, 2007).

Segundo OCDE (2020), dado que podem ser usados para impedir que os concorrentes obtenham uma base de usuários suficiente para gerar efeitos de rede, os acordos de exclusividade podem ter o condão de aumentar os custos dos concorrentes e reduzir a contestabilidade do



mercado⁹. Adicionalmente, ao impedir que os consumidores façam *multi-homing*, as estratégias de exclusividade podem exagerar a tendência dos mercados a "inclinarem-se" para um monopólio. Assim, há que se ter cautela especial quanto ao efeito dessa conduta em mercados digitais e avaliar se existe uma justificativa econômica para a conduta além da exclusão de concorrentes.

Shapiro (1999) já alertava para o fato de que a associação entre arranjos de exclusividade e efeitos de rede pode levar a substanciais barreiras à entrada. Suas conclusões vão além e apontam no sentido de que tal associação pode inibir o surgimento de tecnologias superiores ou, ao menos, propiciar que a firma incumbente possa, por meio do uso de arranjos de exclusividade, atrasar ou frustrar o surgimento de novas tecnologias que possam contestar sua dominância. Como exemplo, o autor cita o caso da Nintendo, em que houve a associação dos efeitos de rede (os jogadores valorizavam as trocas de experiências com os jogos entre seus amigos) com práticas de exclusividade (os desenvolvedores de jogos para o sistema da Nintendo tinham que ofertar com exclusividade para a marca nos dois primeiros anos após o lançamento do jogo; e o sistema da Nintendo tinha travas para evitar que jogos não autorizados rodassem em seu sistema). Segundo o autor, a dominância da Nintendo no mercado de jogos de videogame apenas diminuiu depois que a empresa abandonou essas práticas após enfrentar um processo antitruste.

A exclusividade pode aparecer na forma de cláusulas contratuais explícitas ou na forma de arranjos de preços, condições contratuais secundárias ou políticas de desconto com base em volume total ou *share* transacionado que possam induzir a uma "exclusividade de fato" ¹⁰. Segundo Rochet e Tirole (2003), de maneira mais geral, a prática de *multi-homing* de um lado da plataforma intensifica a competição de preços do outro lado, à medida que as plataformas utilizam preços baixos na tentativa de "guiar" os usuários finais desse último lado em direção a um relacionamento exclusivo. No caso, por exemplo, de uma plataforma online de venda de imóveis que cobra taxas por transação, caso os consumidores tenham o hábito de procurar por opções de compra em mais de um canal, os vendedores de imóveis tenderiam a listar as ofertas apenas na plataforma mais barata. Esse comportamento levaria as plataformas a adotarem uma postura mais agressiva nos preços para atrair mais anúncios, que por sua vez atraem mais compradores e essa dinâmica se retroalimenta, intensificando os efeitos de rede.

Para compreender os efeitos de uma conduta anticompetitiva em mercados de plataformas de dois lados, é necessário avaliar como os efeitos no excedente se desdobram para os três seguintes grupos: plataformas, vendedores (que anunciam seus produtos/serviços na plataforma) e compradores. Segundo Belleflamme e Peitz (2019), há alguns *insights* interessantes, dentre os quais, dois serão destacados: (i) o resultado de mercado pode ter a característica de que os três grupos estejam todos em melhor situação quando os vendedores são autorizados a fazer *multihoming*; e (ii) sempre que as plataformas se beneficiam ao impor exclusividade, fazê-lo pode beneficiar ou prejudicar o lado que inicialmente faz *multihoming*, mas definitivamente prejudica o lado que faz *singlehoming*, ou seja, pode ocorrer que o lado sujeito a uma restrição contratual se beneficia dessa restrição, mas o outro lado é prejudicado. Como resultado, em um ambiente com a possibilidade de

9 Jullien e Sand-Zantman (2021) apresentam um apanhado teórico sobre exclusividade em plataformas nas páginas 12 e 13. Alertam, inclusive, para a possibilidade de um tratamento assimétrico da exclusividade, uma vez que, segundo os autores, a oferta de exclusividade pode facilitar que empresas entrantes superem questões de coordenação decorrentes de externalidades de rede.

10 Para maior detalhamento sobre a criação de barreiras ao *multi-homing*, ver Katz (2017).

vendedores fazerem *multihoming*, uma agência antitruste deve proibir o uso de exclusividade do lado do vendedor se seu objetivo for maximizar o excedente do comprador.

Doganoglu e Wright (2010) apresentam modelo aplicado a mercados de dois lados, nos quais as plataformas buscam atrair compradores e vendedores. O modelo permite que as plataformas façam ofertas diferentes para compradores e vendedores, resultando em uma forma natural de discriminação de preços e foca no caso em que apenas os vendedores podem receber ofertas exclusivas. Quando ofertas exclusivas não são oferecidas, a plataforma incumbente perde para entrante que tenha rede superior. Portanto, a incumbente oferece acordos exclusivos na primeira fase, inscrevendo vendedores exclusivamente para evitar o *multihoming* e extrai todos os benefícios da rede dos compradores. A entrante mais eficiente é excluída e o bem-estar é menor¹¹. No entanto, ao contrário do caso de um único lado, os vendedores podem acabar em situação melhor como resultado dos acordos exclusivos. Isso decorre da capacidade da incumbente de executar estratégia de "dividir e conquistar"¹² na fase de competição.

Outras situações descritas na literatura envolvendo a utilização de modelos também trazem reflexões interessantes. Teh et al. (2023) descreve estudos que começam com uma configuração de *singlehoming* em ambos os lados e mostram que o *multihoming* de um lado leva a um estrangulamento competitivo, em que as plataformas não precisam mais competir pelo lado de *multihoming* devido ao poder de monopólio sobre o fornecimento de acesso exclusivo a cada usuário (*singlehoming*) do outro lado. Assim, o *multihoming* do lado do comprador deslocaria a estrutura de taxas a favor dos vendedores, eliminando a competição no lado do comprador.

Em suma, a literatura sugere cautela, por parte da autoridade antitruste, ao permitir exclusividade em plataformas, especialmente devido aos prejuízos ao bem-estar do consumidor, aumento de barreiras à entrada, elevação de custos dos rivais, potenciais prejuízos à inovação, ainda que os vendedores (especialmente os incumbentes) possam, em alguma medida, se beneficiar dessa prática.

3. PRECEDENTES DO CADE COM ASSINATURA DE TCCs

Conforme já descrito, a análise antitruste tem avaliado arranjos de exclusividade sob a luz da regra da razão. O Cade vem estabelecendo alguns parâmetros para analisar os benefícios e os malefícios à concorrência decorrentes da adoção de exclusividade, tais como: (i) existência de posição dominante dos *players* e percentual de fechamento de mercado; e mais recentemente (ii) duração e condições de renovação das cláusulas de exclusividade.

A seguir, serão apresentados dois precedentes não tão recentes de celebração de TCCs em investigações envolvendo exclusividade, com foco nas especificidades dos remédios antitruste adotados e na análise dos parâmetros elencados acima.

11 Corroborando a ideia de que o uso de exclusividade do lado do vendedor deve ser evitado se o objetivo for maximizar o excedente do comprador.

12 Tal estratégia é descrita por Jullien (2001) como uma situação em que a discriminação de preços cria um ambiente particular ao permitir estratégias agressivas que subsidiam alguns consumidores a participarem da plataforma e aproveitarem as externalidades de rede para recuperar tal subsídio por meio de outros consumidores (ou do outro lado da plataforma).



a. Souza Cruz

Em julho de 2012, o Cade homologou a proposta de TCC apresentada pela Souza Cruz (fabricante de cigarros). A empresa comprometeu-se a se abster de firmar todo e qualquer instrumento ou arranjo contratual que tenha por objeto a prática de exclusividade de *merchandising*, exposição ou venda do produto no ponto de venda (PDV).

A Souza Cruz, assim como sua concorrente Philip Morris¹³, figurava no polo passivo do Processo Administrativo (PA) nº 08012.003921/2005-10¹⁴, tendo a Secretaria de Direito Econômico – Ministério da Justiça (SDE) sugerido a condenação das Representadas. A investigação analisou possível infração à ordem econômica decorrente da celebração, por parte das Representadas, de acordos de exclusividade de *merchandising* e de exposição de produtos junto aos PDVs.

O referido processo teve início a partir do monitoramento de outro TCC celebrado pela Souza Cruz anteriormente, daquela vez no âmbito do PA nº 08012.003303/1998-25. Tal processo, que tinha a Philip Morris por representante, investigou possível infração à ordem econômica em decorrência da celebração de contratos de exclusividade junto aos pontos de venda. Em tal processo, o Cade celebrou TCC com a Souza Cruz no qual esta se obrigava a eliminar as cláusulas de exclusividade de vendas de todos os seus contratos com varejistas e atacadistas, exceto aqueles firmados com estabelecimentos noturnos.

Em momento de avaliação do cumprimento das obrigações do Termo, passou-se a questionar se a Souza Cruz teria descumprido uma das cláusulas do TCC, ao firmar contratos com redes varejistas que lhe garantiam exclusividade na exposição de seus produtos. Desse questionamento, seguiram-se investigações desenvolvidas na SDE, que resultaram na instauração de PA cujo objetivo era apurar ocorrência de infração à ordem econômica, consistente na celebração de acordos de exclusividade de *merchandising* e de exposição, diferentemente do processo anterior, que se referia a exclusividade de venda.

Segundo a análise empreendida, o mercado de produção e comercialização de cigarros teria as seguintes características: (i) limitação de competição por meio de disputa de preços; (ii) necessidade de ampla rede de distribuição; e (iii) necessidade de elevados investimentos em publicidade. A existência de fortes restrições legais à publicidade de cigarros na televisão e em outros meios de comunicação de massa, por meio de arcabouço normativo, tornou ainda mais estratégico para a geração de valor em sua atividade o acesso dos fabricantes aos pontos de venda. Por essas razões, a SDE entendeu que as cláusulas de exclusividade de *merchandising* e de exposição de produtos poderiam ter o condão de provocar o fechamento de mercado, a elevação das barreiras à entrada e a redução da concorrência inter-marca.

A SDE considerou que a Souza Cruz teria poder de mercado, tendo em vista (i) seu *market share* elevado no ano anterior à instauração do processo - e (ii) o altíssimo grau de fidelidade do consumidor em relação a seu portfólio de marca. Com base em índices apresentados pela Souza Cruz e pela Philip Morris, sobretudo para as regiões de São Paulo e do Rio de Janeiro, a SDE concluiu pela existência de elevado grau de fechamento de mercado.

13 A Philip Morris também celebrou TCC nos mesmos termos.

14 Nota editorial: todos os processos do Cade mencionados neste artigo podem ser consultados em: <https://tinyurl.com/y7obr4z5>.

A análise empreendida não focou nos detalhes de duração e condições de renovação das cláusulas de exclusividade, mas teve como resultado a proibição completa da implementação da exclusividade de *merchandising* e de exposição de produtos.

b. Ambev¹⁵

O PA nº 08012.002608/2007-26 teve início em dezembro de 2008 após uma denúncia feita pela Kaiser contra a Ambev. A denúncia alegava que a Ambev estaria praticando ações anticoncorrenciais no mercado de cerveja com o objetivo de dificultar o acesso de concorrentes aos PDVs, elevando artificialmente as barreiras já existentes no setor. Entre as ações atribuídas à Ambev, destacavam-se: (i) obstáculos ao ingresso da cerveja Sol Pielsen no mercado, e (ii) imposição de termos comerciais aos PDVs.

No que diz respeito a essas duas alegações, foi instaurado PA em desfavor da Ambev para apurar “ocorrência de infração à ordem econômica, consistente na celebração de acordos de exclusividade de vendas e na política de refrigeração adotada”¹⁶.

Segundo a SDE, dados do Ibope apresentados no processo indicavam um aumento nos contratos de exclusividade de vendas assinados pela Ambev nos dois anos anteriores à instauração do processo. Esses contratos eram predominantemente observados nos canais de bares e comércios tradicionais, como mercearias e padarias, e havia indícios de que a Ambev estava escolhendo PDVs estratégicos, mais lucrativos em termos de volume e visibilidade de marca, indicando a existência de pontos de venda *premium*. Isso poderia agravar ainda mais as restrições enfrentadas por outros concorrentes, ampliando o prejuízo relacionado a fechamento de mercado, considerando-se o poder de mercado da Ambev, com mais de 60% de *share*.

No que tange à política de refrigeração, foi observado que, ao fornecer refrigeradores para PDVs específicos, a Ambev estabelecia três condições: (i) um mínimo de vendas mensais, variável conforme o PDV; (ii) refrigeração por marca, ou seja, cada marca da Ambev precisava ter seu próprio refrigerador; e (iii) proibição de armazenar cervejas concorrentes nos refrigeradores.

A exigência de um mínimo de vendas não linear poderia gerar um fechamento de mercado aos concorrentes. Além disso, vincular o fornecimento de refrigeradores à venda de quantidades próximas à capacidade máxima do PDV poderia efetivamente garantir exclusividade à Ambev. Adicionalmente, a pressão para atingir esse mínimo poderia forçar os comerciantes a parar de vender a marca concorrente. Logo, considerou-se razoável presumir que uma política de distribuição de refrigeradores baseada em mínimos de vendas não lineares e excessivamente altos poderia ter um resultado excludente.

15 Recentemente, em 11.10.2023, o Cade homologou novo TCC com a Ambev, no âmbito do IA nº 08700.001992/2022-21, em que estabeleceu *caps* para a celebração de acordos de exclusividade pela Compromissária em relação ao quantitativo de pontos de venda e ao volume comercializado. Diferentes limites foram estabelecidos, considerando-se (i) as unidades da federação; (ii) as capitais e municípios com mais de um milhão de habitantes; e (iii) os municípios de São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília. É possível notar alguns avanços importantes em relação ao TCC celebrado em 2015 com a mesma empresa: o estabelecimento de duração máxima de 5 (cinco) anos para os contratos firmados, com proibição de renovação automática, além da previsão de que os contratos firmados isentem os PDVs de qualquer sanção pecuniária por rescisão antecipada e da vedação à imposição de cláusula de preferência em favor da Compromissária sobre PDVs futuros.

16 Despacho nº 913/2008. Processo Administrativo nº 08012.002608/2007-26, folha 710.



Considerando limitações de espaço físico e custos de energia elétrica, a exigência de um refrigerador separado para cada marca sugeria fortemente uma possível infração à ordem econômica, já que limitaria o acesso de concorrentes da Ambev aos PDVs.

Em junho de 2015, a Ambev celebrou TCC no âmbito desse processo. Diferentemente do já mencionado TCC da Souza Cruz, nesse caso, o objeto do TCC não se referia à abstenção total da utilização de instrumentos de exclusividade, mas estabelecia parâmetros para regular a celebração de contratos de exclusividade pela Ambev com PDVs do canal frio¹⁷.

Foram definidos *caps* para exclusividade em relação a (i) quantidade de PDVs (no máximo 8% por região) e (ii) volume de vendas de cerveja (no máximo 10% por região) do canal frio que tenham contrato de exclusividade ou que não tenham capacidade para refrigerar bebidas além do refrigerador Ambev¹⁸. A análise não focou nos detalhes de duração e condições de renovação das cláusulas de exclusividade, mas já teve avanços em relação à proibição completa da implementação da exclusividade adotada no caso apresentado anteriormente.

Constatou-se que a solução prevista no TCC impedia que a utilização de instrumentos de exclusividade fosse feita de forma desmedida, mas permitia a geração de eficiências que podem estar relacionadas a esse tipo de prática. A adoção de exclusividade pode reduzir o risco de efeito carona, incentivando a Ambev a realizar investimentos em determinado ponto de venda. Dessa maneira, o PDV poderia usufruir de melhorias em seu estabelecimento, assim como de eventuais descontos, o que poderia se reverter em benefícios aos consumidores.

Verifica-se que, comparativamente ao caso da Souza Cruz, em que o Cade adotou postura mais conservadora, decidindo pela proibição total das cláusulas de exclusividade que eram objeto do processo, o caso da Ambev já apresentou evolução, havendo uma limitação sem, contudo, impedir completamente os acordos de exclusividade, indicando que o Cade reconheceu eventuais eficiências decorrentes de sua adoção.

A seguir, serão apresentados os TCCs mais recentes e serão discutidas as principais inovações trazidas nos novos compromissos antitruste estabelecidos.

4. OS TCCs MAIS RECENTES E OS COMPROMISSOS ANTITRUSTE ACORDADOS

Recentemente, o Cade celebrou, com as plataformas digitais Gympass e iFood, acordos voltados a limitar a adoção de compromissos de exclusividade e suspender os efeitos negativos destes em seus mercados. Embora envolvessem *players* de mercados distintos – Gympass em plataformas agregadoras de academias, e iFood em *marketplaces* de *delivery online* de comida -, as investigações guardam semelhanças importantes, exploradas a seguir.

Os mercados de atuação de Gympass e iFood são caracterizados por efeitos de rede (uma maior quantidade e qualidade de *players* de um lado da plataforma atrai mais usuários para o outro lado, e vice-versa), que podem se configurar importante barreira à entrada. Se do lado dos prestadores de serviço (academias e restaurantes) há uma tendência natural ao *multihoming* – obstada em maior

17 Canal frio significa o canal de comercialização em que as cervejas são vendidas predominantemente geladas para consumo no local, compreendendo os canais de consumo denominados bar e tradicional.

18 TCC Ambev. Requerimento de TCC nº 08700.004578/2015-44.

ou menor grau pela exclusividade, nos casos em análise –, do lado dos usuários finais (empresas que buscam ofertar opções de academias a seus funcionários e consumidores de refeições) parece haver uma inclinação ao *singlehoming*¹⁹.

Há também nesses mercados uma dinamicidade muito grande, de modo que inovações são trazidas aos serviços ofertados com grande frequência. A elevada capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados subsidia o direcionamento de produtos e serviços para usuários nos distintos lados da plataforma (FERNANDES, 2022), o que acaba por prover vantagem competitiva aos que dominam o mercado, especialmente empresas incumbentes, num efeito denominado *feedback loop* (OCDE, 2021, p. 15). Dadas as suas especificidades, competição por ecossistemas e uma tendência à monopolização (*tipping*) também podem ser observados (BRASIL, 2020a).

Outras semelhanças podem ser apontadas. As duas plataformas foram first-movers, o que lhes deu a oportunidade de conformar portfólios de parceiros consideravelmente maiores e, por vezes, mais interessantes do que os de seus concorrentes. Essa vantagem do pioneiro, associada a uma série de aquisições de concorrentes e/ou empresas com atuação em negócios complementares, possibilitou a dominância de seus respectivos mercados. Estimou-se, durante as investigações, que tanto o iFood quanto a Gympass detinham mais de 80% de *market share*²⁰.

Ademais, ambas empresas adotaram, de maneira ampla, a política de exclusividade, com a justificativa de que seria necessária para viabilizar investimentos contínuos nos parceiros. De acordo com a instrução processual, a Gympass exigia exclusividade de todas as academias parceiras, independentemente de investimentos, em contratos com prazos de duração indeterminados²¹. O iFood, por sua vez, teria exclusividade absoluta com 41% e forte dominância em 18,8% das redes com 15 ou mais restaurantes no Brasil²², considerados os parceiros mais relevantes em termos de faturamento e atração de usuários. Seus contratos tinham prazo determinado, possibilidade de renovação e previsão de multa por rescisão²³.

Forgioni (2016) alude ao caso Michelin I, em que a Comissão Europeia entendeu que agentes em posição de domínio em seus respectivos mercados possuem responsabilidades especiais e estão sujeitos a maior escrutínio da autoridade da concorrência. Isso porque (i) a concorrência nesses mercados já se encontra reduzida pela própria existência de empresas com posição dominante e (ii) as ações de *players* dominantes têm maior potencial lesivo ao mercado do que aquelas empreendidas por empresas menores. Em mercados digitais, isso se mostra ainda mais relevante: *players* dominantes - como iFood e Gympass - podem alavancar-se em suas externalidades de rede e distorcer a competição por meio de práticas que restringem o acesso de concorrentes e reduzem transações econômicas, como os acordos de exclusividade.

Nesse espírito, antes de negociar os TCCs, o Cade adotou medidas preventivas em ambas

19 No caso do iFood, por exemplo, Nota Técnica da Tendências Consultoria Integrada, de 22/08/2022, acostada aos autos pelo Rappi, revelou que 48% dos entrevistados costumam usar só um aplicativo de delivery e 93% utilizam mais o iFood (Nota Técnica da Tendências Consultoria Integrada. Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47, p. 3).

20 Nota Técnica nº 14/2021/GAB-SG/SG/CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65.

21 Nota Técnica nº 39/2022/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19.

22 Ver manifestação do Rappi, de 17/11/2022, IA nº 08700.004588/2020-47 (p. 3), em que apresenta achados de estudo conduzido no mercado de redes de food service.

23 Ver voto vogal do Cons. Victor Oliveira Fernandes, em que afirma que “um importante indício do efeito lesivo dos acordos de exclusividade do iFood verificado ao longo do IA é o seu significativo grau de cobertura” (Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17, §39).



as investigações, intervindo no mercado para limitar a prática de exclusividade, considerada potencialmente prejudicial à concorrência. Para avaliar se estavam presentes os pré-requisitos para sua imposição, foram levados em conta a abrangência dos acordos, sua duração, as condições de renovação e rescisão e os impactos nos mercados. No caso específico dos mercados digitais, a literatura sugere que a adoção de medidas preventivas se justifica pelo fato de que sua natureza de rápida mudança pede respostas rápidas, sob risco de o *enforcement* antitruste se tornar inefetivo, ocasionando sub-punição, *tipping* e outras distorções (AZAMBUJA, 2022).

O Cade, ao estabelecer as obrigações das empresas em seus TCCs, não proibiu totalmente as exclusividades, como ocorreu no caso da Souza Cruz, reconhecendo suas potenciais eficiências. No entanto, considerou que cláusulas de *cap*, isoladamente, como no TCC da Ambev, não seriam suficientes para lidar com os efeitos negativos das exclusividades nos mercados digitais. Essas cláusulas limitam a exclusividade e evitam o fechamento do mercado a concorrentes, mas não abordam o impacto negativo na diminuição das transações para os parceiros exclusivos, como restaurantes e academias. Para esses parceiros, abrir mão de negociar em outras plataformas vai contra a tendência natural de *multihoming* e resulta em ineficiências alocativas, reduzindo as vendas.

Para compensar essas ineficiências, entendeu-se necessário que as contrapartidas à exclusividade resultem em benefícios reais e significativos, que possam ser usufruídos tanto pelos parceiros exclusivos quanto pelos consumidores finais, ou seja, pelos dois lados da plataforma, gerando um resultado líquido positivo ao final. Desse modo, nos TCCs firmados com o iFood e o Gympass, o Cade estabeleceu um novo tipo de remédio, o chamado compromisso de desempenho: as Compromissárias obrigaram-se a garantir, por meio de investimentos, que os negócios dos parceiros exclusivos cresçam acima das médias de crescimento dos mercados-alvo, de maneira que se justifique a exclusividade. Essa cláusula endereça, ainda, o fato de que as contrapartidas à exclusividade ofertadas, a depender de sua natureza, podem gerar eficiências por um tempo, mas muito provavelmente não por tempo indefinido. Assim, buscou-se assegurar que a parceria exclusiva só exista enquanto gere retorno acima da média ao parceiro exclusivo, sob pena de a Compromissária ter que indenizá-lo.

Mas o que mudou em relação ao precedente em que foram adotados *caps* como remédio antitruste? Por que foram necessários novos compromissos nos casos mais recentes? Além das características peculiares dos mercados digitais (em especial as externalidades de rede), as contrapartidas ofertadas aos parceiros exclusivos mereceram atenção. No caso da Ambev, as contrapartidas eram bem definidas (cessão de equipamentos de refrigeração e sua manutenção) e havia clareza de que seus benefícios aos PDVs se protraíam no tempo. Nos casos da Gympass e do iFood, as contrapartidas, quando existentes, com raras exceções, eram pouco claras quanto ao impacto nos parceiros em termos de geração de benefícios²⁴. Sendo a *capacidade* de as contrapartidas gerarem eficiências justamente o que pode pesar a balança a favor da adoção da exclusividade em uma análise antitruste, sua avaliação ganhou protagonismo nesses dois casos, conforme será detalhado a seguir.

²⁴ No caso do iFood, a SG-Cade destacou que “grandes redes ou grandes marcas de restaurantes pouco ou nada têm a se beneficiar das contrapartidas à exclusividade eventualmente oferecidas pelo iFood. Isso porque, além de já contarem com o reconhecimento do público, já alcançaram tamanha maturidade e expertise de atuação que decisões sobre investimentos a serem priorizados, bem como seu financiamento, são realizados de maneira independente” (Nota Técnica nº 3/2023/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17, §59).

a. Gympass

Em 2021, a SG-Cade instaurou Inquérito Administrativo (IA) nº 08700.004136/2020-65 contra a Gympass, com base na representação das concorrentes Total Pass e Yoooup, para investigar suposto abuso de posição dominante materializado pela adoção de cláusulas de exclusividade com academias parceiras da Gympass e com alguns clientes corporativos; e cláusulas de paridade de preços com academias.

Quando da instauração do IA, a SG-Cade adotou medida preventiva que proibia a Gympass de celebrar novos contratos de exclusividade, tornando sem efeito eventuais cláusulas de paridade de preços e de quarentena, bem como multas a elas relacionadas. Mantinha-se, entretanto, a possibilidade de que a Gympass renovasse os contratos de exclusividade já firmados, por igual período, devendo estes estar limitados a uma duração máxima de dois anos. A Total Pass, então, interpôs recurso voluntário ao Tribunal do Cade para que a medida preventiva suspendesse as obrigações de exclusividade então vigentes com academias e empregadores cadastrados, o que foi deferido.

Antes da medida preventiva, Gympass impunha exclusividade a todas as academias parceiras, sem necessariamente oferecer contrapartidas, de modo que a SG-Cade entendeu que não havia justificativa econômica para a adoção de tal política de maneira generalizada. A esse respeito, aduziu que

[...] tais parceiros, ao menos potencialmente, poderiam estar sendo alvo de captura pelos acordos de exclusividade junto à Requerente com o intuito de tornar o portfólio de academias dos outros aplicativos concorrentes menor e menos atrativo para os potenciais clientes, prejudicando, assim, seu desenvolvimento no mercado em referência.²⁵

Quando a exclusividade não está atrelada a investimentos, ela pode ser instrumento de “captura” de agentes econômicos (ARAÚJO, 2023), deixando de contribuir para o alcance da eficiência econômica.

Foi diante desse cenário que se celebrou TCC em que a Gympass se obrigou não só a limitar a exclusividade a 20% (vinte por cento) da base total de academias parceiras por município, mas também a garantir que todo contrato de exclusividade firmado com academias tenha como contrapartida a realização de investimentos.²⁶ Os investimentos devem assegurar à academia parceira “o pagamento de um determinado valor de repasse mínimo durante a vigência do contrato, baseado em uma meta de aumento do volume de frequentadores associados à plataforma nas academias parceiras”.²⁷ O compromisso de desempenho foi considerado “novidade positiva”, que impõe um ônus a mais para a adoção de exclusividade.²⁸

25 Nota Técnica nº 39/2022/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19.

26 Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19

27 “Ao menos duas vezes a média da taxa de crescimento anual do mercado brasileiro de academias verificada com base nos cinco últimos relatórios da *International Health, Racquet & Sportsclub Association* (“IHRSA”)” (Nota Técnica nº 39/2022/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19).

28 Voto Vogal - Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19, § 13.



Percebe-se que, neste caso, o Cade optou por limitar, e não proibir, os acordos de exclusividade, reconhecendo sua importância para o modelo de negócios da Gympass e para parceiros que de alguma forma deles se beneficiavam. Entretanto, inovou ao atrelar a possibilidade de contratar a exclusividade a um compromisso de desempenho, ou seja, para justificar a exclusividade, deve-se garantir retorno econômico às academias parcerias exclusivas. Nesse sentido, considerou-se que o TCC manteve o “espírito da medida preventiva e da jurisprudência do Cade, quanto à necessidade de justificativa econômica para a adoção de cláusulas de exclusividade, com ganhos de eficiência repassáveis ao consumidor”.²⁹

Além dos compromissos de *cap* e de eficiência, o TCC limitou a duração dos contratos de exclusividade a dois anos, renováveis; proibiu a imposição de período de carência para que a academia contrate com outra plataforma após o término da parceria com a Gympass; e vedou a adoção de cláusulas de paridade de preços em relação a outras plataformas.

b. iFood

Em março de 2021, o Cade instaurou IA nº 08700.004588/2020-47 contra o iFood, a partir das representações do concorrente Rappi e da Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (Abrasel), para investigar se a plataforma abusava de sua posição dominante, fechando parcela importante do mercado de restaurantes a concorrentes, por meio da adoção de compromissos de exclusividade. Dentre os restaurantes fidelizados pelo iFood estavam marcas com grande apelo junto aos consumidores, as quais as plataformas concorrentes consideravam imprescindíveis para atrair usuários e, conseqüentemente, fazer frente à dominância do iFood.

Por ocasião da instauração do IA, o Cade adotou medida preventiva contra o iFood³⁰, que proibiu a celebração de novos contratos de exclusividade, mas permitiu que aqueles então em vigor fossem renovados pelo prazo de um ano, sem limites de renovações. A negociação de TCC teve início em julho de 2022, portanto, mais de um ano após a adoção da medida preventiva, e foi concluída em fevereiro de 2023, com o envio ao Tribunal do Cade da sugestão de homologação do TCC pela SG-Cade.

O acordo foi estruturado em 3 eixos: o primeiro buscava endereçar as “dificuldades extraordinárias que a celebração de compromissos de exclusividade pelo iFood - em especial com aqueles restaurantes considerados chave ou estratégicos - vem gerando para ingresso e operação de *marketplaces* no mercado”³¹; o segundo, garantir que as contrapartidas ofertadas pelo iFood ao parceiro exclusivo gerem de fato eficiências durante todo o período de parceria; e o terceiro, abordar questões complementares que surgiram durante a instrução do IA³².

O primeiro conjunto de compromissos do TCC partiu do reconhecimento de que os acordos de exclusividade, aliados às externalidades de rede da plataforma, serviriam para fortalecer a posição de dominância do iFood. Assim, o Cade estabeleceu *caps* para a quantidade de restaurantes exclusivos

29 Voto Vogal - Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19, § 11.

30 Nos termos do art. 84, *caput* e § 1º da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) e art. 212 do Regimento Interno do Cade (BRASIL, 2020b).

31 Nota Técnica nº 3/2023/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17.

32 Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17.

(no máximo 8% do total de restaurantes ativos) nos municípios com mais de 500 mil habitantes e, também, nacionalmente, para o volume de negócios transacionado pelos parceiros exclusivos (no máximo 25% do total do GMV transacionado na plataforma).

Adicionalmente, o TCC proibiu terminantemente a adoção de compromissos de exclusividade com marcas que possuam 30 ou mais restaurantes e determinou que os compromissos vigentes com esse grupo específico deveriam se encerrar até 30 de setembro de 2023. De modo análogo à investigação da Ambev, em que havia a percepção clara da existência de pontos de venda *premium*, reconheceu-se, neste caso, o caráter estratégico das grandes marcas para o faturamento dos *marketplaces* de *delivery online* de comida e para formação do portfólio e a consequente atração de usuários. A SG-Cade ponderou:

*[...] ao celebrar compromisso de exclusividade com restaurantes considerados estratégicos ou “chave” para composição de portfólios de marketplaces, alavancando-se para isso em sua superior externalidade de rede, o iFood transformou a dinâmica da concorrência no mercado de marketplaces de competição por pedidos em competição por celebração de exclusividade com principais restaurantes, o que não tem se mostrado o arranjo mais eficiente de prestação deste serviço*³³.

Para o segundo conjunto de compromissos, a SG-Cade observou que (i) grande parte das contrapartidas ofertadas pelo iFood tem eficiência marginal decrescente, ou seja, ao ganharem expertise no *delivery*, os restaurantes passam a prescindir cada vez mais de investimentos do iFood, razão pela qual não se justifica a possibilidade de renovações sequenciais ilimitadas da exclusividade; e (ii) o compromisso de exclusividade, ao inviabilizar o *multihoming*, limita a quantidade de transações efetivadas pelos restaurantes e isso deve ser compensado por investimentos do iFood, de modo a gerar eficiências que superem os efeitos da restrição.

Diante disso, o Cade estabeleceu duas cláusulas inovadoras. A primeira foi a chamada **quarentena**: após um máximo de dois anos de contrato de exclusividade, o restaurante deve ser desobrigado do compromisso de exclusividade com o iFood pelo período de um ano. Segundo a SG-Cade, tal compromisso visa a “liberar de tempos em tempos os restaurantes para contratarem com outra(s) plataforma(s), abrindo espaço para outras parcerias no mercado”³⁴. A cláusula de quarentena foi considerada “importante novidade [...] para dinamizar o setor”, na medida em que estimula “a competição entre as plataformas rivais para a obtenção da exclusividade” com restaurantes desobrigados do compromisso com o iFood e a obtenção de escala³⁵.

A exceção a essa regra de quarentena constitui a segunda inovação. Trata-se da obrigação que estabelece *meta de desempenho* para o parceiro exclusivo, a ser garantida pelo iFood: poderão ser renovados (até um limite de 50% dos contratos de exclusividade) aqueles compromissos de exclusividade que possuam como contrapartida investimentos na operação do restaurante exclusivo que garantam um aumento da receita obtida por meio da Plataforma iFood que seja, no mínimo, 40% superior ao crescimento do mercado de *delivery* de comida no ano anterior. O não atingimento da meta gera consequências ao iFood: a obrigação de indenizar o restaurante exclusivo no valor do lucro

33 Nota Técnica nº 3/2023/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17, §55.

34 Nota Técnica nº 3/2023/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17, §68.

35 Voto Vogal – Conselheiro Victor Oliveira Fernandes. Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17, §42.



correspondente aos pedidos não recebidos, considerando-se, para o cálculo, uma margem de lucro de no mínimo 10%.

Um terceiro conjunto de compromissos diz respeito a preocupações que surgiram ao longo da instrução, relacionadas à adoção de cláusulas de paridade de preço em contratos celebrados pelo iFood com restaurantes; práticas comerciais que estariam sendo empregadas pelo iFood que poderiam levar à exclusividade de fato; e à necessidade de fomentar o *multihoming* de restaurantes, que muitas vezes, por dificuldades técnicas de gerenciar pedidos de múltiplas plataformas de delivery, acabam por contratar somente a plataforma dominante.

Assim, o TCC proibiu a exigência de paridade de preços pelo iFood em relação a outras plataformas e vedou medidas comerciais que possam levar à exclusividade de fato, tais como (i) condicionar incentivos a restaurantes não exclusivos à meta de manter a maior parte do seu volume de negócios na plataforma; (ii) restringir promoções comerciais do restaurante não exclusivo em outras plataformas; (iii) conceder descontos personalizados por aumento de volume a restaurantes não exclusivos. Por fim, estabeleceu compromisso de abertura de APIs (*Application Programming Interface*) do iFood para desenvolvedores externos, para facilitar a integração da plataforma com *softwares* de gestão de pedidos utilizados pelos restaurantes e facilitar sua presença em diferentes *marketplaces* de delivery de comida.

Em suma, verifica-se que em ambos os casos de TCCs mais recentes analisados nesta seção, a atuação da autoridade antitruste foi além do estabelecimento de compromissos de limites máximos para a adoção de arranjos de exclusividade. Houve uma análise mais pormenorizada em relação às eficiências decorrentes da prática de exclusividade, especialmente no que concerne às contrapartidas ofertadas aos parceiros (compromissos de desempenho) para que estes atuem em exclusividade com plataformas das Requerentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acordos de exclusividade são comuns em relações comerciais, sendo considerados ilegais somente quando prejudicam substancialmente a concorrência. À luz da regra da razão, as autoridades antitruste avaliam se os efeitos pró-competitivos do acordo superam seus efeitos restritivos e se os mesmos resultados poderiam ser alcançados por outros meios menos gravosos.

O Cade tem estabelecido parâmetros para avaliar os efeitos positivos e negativos desse tipo de acordo, como a posição dominante dos envolvidos e o percentual de fechamento de mercado, além de recentemente considerar a duração e as condições de renovação das cláusulas de exclusividade. A cautela é necessária, especialmente em mercados digitais, nos quais a exclusividade pode aumentar os custos dos concorrentes e favorecer o surgimento de monopólios, sendo crucial avaliar justificativas econômicas para tais práticas. Em plataformas digitais de dois lados, a exclusividade pode impedir o *multihoming* dos usuários, afetando a competição, e resultar em ineficiências alocativas nos mercados-alvo. A análise dessa prática deve considerar os efeitos sobre todos os agentes: plataformas, vendedores e compradores.

O presente artigo buscou ilustrar como a análise de condutas relacionadas a acordos de exclusividade pela autoridade antitruste evoluiu ao longo da última década e o impacto disso na

negociação de obrigações em sede de TCCs. O TCC da Souza Cruz, precedente mais antigo dentre os analisados, impôs uma vedação total à adoção de mecanismos de exclusividade. Já o TCC da Ambev, celebrado alguns anos mais tarde, reconheceu a necessidade de preservar a geração de eficiências relacionadas a essa prática e estabeleceu *caps* para sua utilização.

Os TCCs mais recentes da Gympass e do iFood trouxeram ainda mais inovações com relação à proibição irrestrita à adoção de exclusividade. Além dos *caps*, implementaram compromissos de desempenho, para garantir que as contrapartidas à exclusividade gerem, de fato, eficiências. Tais compromissos estabelecem metas claras e objetivas de crescimento dos parceiros exclusivos como resultado dos investimentos realizados pelas compromissárias.

Nota-se, portanto, que uma nova abordagem foi adotada, em virtude tanto dos novos desafios colocados pelo mercado de plataformas digitais quanto da percepção da necessidade de calibrar a intervenção nesses mercados. Nesse sentido, nos TCCs celebrados com iFood e Gympass, o Cade tomou o cuidado de preservar eficiências ligadas à política de exclusividade das compromissárias e de não gerar impactos negativos à capacidade de inovação desses agentes. Ao mesmo tempo, buscou dissipar os riscos concorrenciais inerentes à adoção dessa prática, por meio do estabelecimento de limites à sua abrangência e duração, bem como da imposição de compromissos de desempenho às compromissárias.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tatiana. Como o Cade se posiciona sobre o uso de contratos de exclusividade por plataformas? **Jota**, São Paulo, 21 fev. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/229dq8m8>. Acesso em: 14 fev. 2024.

ARMSTRONG, Mark; WRIGHT, Julian. Two-sided markets, competitive bottlenecks and exclusive contracts. **Economic Theory**, Cambridge, v. 32, n. 2, p. 353-380, ago. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ayyusa8>. Acesso em: 13 fev. 2024.

AZAMBUJA, João Felipe Achcar de. Interim Measures Applied to Digital Platform Exclusivity Cases: The Brazilian Recent Experience. **Competition Policy International**, [s. l.], 30 set. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2awdlk9f>. Acesso em: 28 jun. 2023.

BELLEFLAMME, Paul; PEITZ, Martin. Platform Competition: Who benefits from *multihoming*? **International Journal of Industrial Organization**, [s. l.], v. 64, p. 1-26, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2018.03.014>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ch26vc8>. Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados: Documento de Trabalho nº 005/2020**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020a. Disponível em: <https://tinyurl.com/yf59gcy8>. Acesso em: 14 fev. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020b. Disponível em: <https://tinyurl.com/233ys4op>. Acesso em: 16 fev. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 20/1999, de 9 de junho de 1999**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/233ys4op>.



com/27mzcfmo. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2o94bhj2>. Acesso em: 4 ago. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/295bpyhk>. Acesso em: 28 jun. 2023.

DOGANOGLU, Toker; WRIGHT, Julian. Exclusive dealing with network effects. **International Journal of Industrial Organization**, [s. l.], v. 28, n. 2, p. 145-154, mar. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2009.07.00>. Disponível em: <https://tinyurl.com/25o6rae2>. Acesso em: 28 jun. 2023.

FERNANDES, Víctor Oliveira. **Direito da Concorrência das plataformas digitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda e. Direito antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). **Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, 2019. p. 169-171.

JULLIEN, Bruno. Competing in Network Industries: divide and conquer. **IDEI Working Papers**, Toulouse, n. 112, jul. 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ybaa7hx>. Acesso em: 14 fev. 2024.

JULLIEN, Bruno; SAND-ZANTMAN, Wilfried. The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy. **Information Economics and Policy**, [s. l.], v. 54, art. 100880, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100880>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2734pj7n>. Acesso em: 28 jun. 2023.

KATZ, Michael. Exclusionary Conduct in Multi-Sided Markets. In: OECD. **Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**. Paris: OECD, 2018. p. 103-129. Disponível em: <https://tinyurl.com/2849esn2>. Acesso em: 14 fev. 2024.

KHARDAMAYAN, Luiza; MORAIS, João Carlos Nicolini de. Cláusulas de Exclusividade como Conduta Anticompetitiva: metodologia de análise sob a ótica da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 24, n. 2, p. 116-141, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xjwuy6x>. Acesso em: 28 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil**. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yngtnq2>. Acesso em: 17 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Abuse of Dominance in Digital Markets**. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2629eq9m>. Acesso em: 28 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD Competition Committee Discussion Paper, 2021.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform Competition in Two-Sided Markets. **Journal of the European Economic Association**, [s. l.], v. 1, n. 4, p. 990-1029, jun. 2003. DOI: <https://doi.org/10.1162/154247603322493212>. Disponível em: <https://tinyurl.com/yxow64gk>. Acesso em: 14 fev. 2024.

SHAPIRO, Carl. Exclusivity in Network Industries. **George Mason Law Review**, Arlington, v. 7, n. 3, p. 673–683, 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/22ajg3pd>. Acesso em: 17 fev. 2024.

TEH, Tat-How et al. *Multihoming* and oligopolistic platform competition. **American Economic Journal: Microeconomics**, Pittsburgh, v. 15, n. 4, p. 68-113, nov. 2023. DOI: 10.1257/mic.20210324. Disponível em: <https://tinyurl.com/2a2zf4mh>. Acesso em: 17 fev. 2024.

WRIGHT, Julian. One-sided Logic in Two-sided Markets. **Review of Network Economics**, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 44-64, mar. 2004. DOI: <https://doi.org/10.2202/1446-9022.1042>. Disponível em: <https://tinyurl.com/28ys92lj>. Acesso em: 14 fev. 2024.

