

Seae

Secretaria de Acompanhamento Econômico

Comunidade Virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência

Introdução ao Direito da Concorrência





Conteudista

Roberto Domingos Taufick

Dezembro 2014

Roberto Domingos Taufick

Mestrando em Direito, Ciência e Tecnologia pela Universidade de Stanford, Califórnia. Postgraduate Diploma em Direito Concorrencial Comunitário Europeu pelo King's College London. Especialista em Defesa da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito, com concentração em Direito da Empresa, pela Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco). Extensão em Defesa da Concorrência pela Universidade de Brasília. Autor do Livro Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei nº 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da concorrência – avaliação crítica, jurisprudência, doutrina, estudo comparado (Forense: 544 pp., 2011). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental de carreira, foi consultor da US Federal Trade Commission e o seu 1º International Fellow com acesso a informações sigilosas; Conselheiro do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos; Assessor da Presidência e Assessor-Chefe de Conselheiros no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, assim como Assessor Técnico e Coordenador-Geral substituto na Coordenação-Geral de Indústrias de Rede e Setor Financeiro da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Atou, ainda, na área de telecomunicações e societário do escritório Tozzini, Freire, Teixeira e Silva, em São Paulo. Corresponsável pela concepção e gerência do Programa Nacional de Promoção da Concorrência do Ministério da Fazenda.



TITULO I: TEORIA GERAL
Introdução, regência e competências

1 Introdução

O Direito da Concorrência é o ramo do Direito que analisa, sob a ótica econômica e legal, como se comportam, concorrencialmente, as pessoas e empresas¹ que atuam em um dado mercado.

Embora pareça um tanto sofisticado, o Direito da Concorrência é, na maioria das vezes, bastante intuitivo. Toda vez que analisamos os preços de mercadorias que consideramos concorrentes para verificar a conveniência de substituir o mais caro pelo mais barato, estamos delimitando um mercado (mercado relevante sob a ótica do produto). Toda vez que optamos pela compra na mercearia do bairro, ao invés de recorrer ao super, ou hipermercado mais distante, estamos delimitando geograficamente o mercado (mercado relevante geográfico). Toda vez que decidimos viajar somente nas férias escolares, estamos definindo temporalmente um mercado (mercado relevante temporal).

Todas as nossas escolhas delimitam o grau de concorrência entre produtos. E quanto menor for o apego a um determinado produto, ou quanto menores forem as restrições a que acessemos outros produtos, menor o poder que um fabricante, ou que um revendedor exerce sobre nós. O apego à marca, por exemplo, reduz a nossa capacidade de substituir um produto por outro. A falta de informações reduz a nossa propensão a experimentar produtos novos. A vida em lugares ermos não nos dá acesso a determinadas tecnologias, como a TV e a internet a cabo – chegando os sinais por meio de satélite (antenas parabólicas e tecnologia direct-to-home – DTH). Todas essas restrições, ou falhas de mercado (concorrência imperfeita, informação incompleta, mercados incompletos), ao reduzirem a concorrência que um produto sofre, conferem poder de mercado ao fabricante e ao revendedor do produto preferido pelo consumidor, ou do único produto que está disponível para o seu consumo. Quando há poder de mercado, os preços tendem a ser mais altos (pois o fabricante e o revendedor não têm a preocupação de baixar o preço para conquistar a clientela), a qualidade tende a ser mais baixa (pois não há incentivos a inovar, ou a levar o produto inovador para aquela localidade, já que o fabricante não enfrenta uma competição que exija o aprimoramento do produto) e o abastecimento do produto, ou do serviço fica comprometido (pois não há preocupação em que o seu lugar seja tomado por um concorrente e o ponto de equilíbrio está em vender a preços mais altos e em menor quantidade do que em situação de concorrência). É intuitivo dizer

¹ Para fins didáticos, usaremos o termo *pessoa* para identificar indivíduos, ou pessoas físicas. Já o termo *empresa* será utilizado para identificar pessoas jurídicas, ainda que a terminologia não seja tecnicamente a mais adequada.

que menos concorrência equivale a menor variedade de produtos e serviços, a preços mais altos, a uma piora na qualidade e a falhas no abastecimento.

Há, porém, um lado mais técnico da análise concorrencial. É do seu desconhecimento que decorre, muitas vezes, a incompreensão, inclusive por parte de autoridades públicas e dos meios de comunicação em massa, quanto aos efeitos – positivos e negativos – de determinados comportamentos do mercado. Um dos objetivos centrais a este material é precisamente esclarecer esses equívocos.

Diversamente do senso comum, não é objeto do Direito da Concorrência uniformizar as condições de competitividade nos diferentes mercados. Isso ocorre porque, segundo a teoria econômica, as estruturas concentradas, como monopólios e oligopólios, são mais eficientes que as atomizadas (com vários competidores) em determinados cenários. Aliás, hoje é sabido que a maior parte dos mercados é oligopolizada e que segmentos intensivos em tecnologia, ainda que mundialmente dominados por uma mão de competidores, estão – justamente por conta da *destruição criativa* em um mercado dinâmico – entre os mais competitivos. Por *destruição criativa* entenda-se o processo² por meio do qual os produtos inovadores (criativos) substituem (destroem) modelos ultrapassados no modelo capitalista.

Apesar disso, a conexão do Direito da Concorrência com uma política de atomização do mercado não é desprovida de sentido. As suas origens estão ligadas à política antitruste, a qual, como sugere o próprio nome, está associada à política de combate aos trustes e cartéis introduzida entre o final do século XIX e o princípio do século XX nos Estados Unidos da América. Os cartéis, como teremos oportunidade de esclarecer, são acordos entre duas ou mais empresas e pessoas que interferem na lógica concorrencial de um, ou mais mercados. Os trustes, por sua vez, tinham uma estrutura mais complexa.

Diversamente dos cartéis, que são acordos entre empresas e pessoas com autonomia de decisão, os trustes ocorriam quando um grupo de empresas atuando na mesma linha de negócios abria mão da sua autonomia decisória em benefício de uma diretoria composta, em geral, pelos dirigentes de cada uma daquelas empresas³. Ou seja, os trustes funcionavam a partir da constituição de um grupo econômico formado por empresas atuando no mesmo mercado, ou em mercados

² Esse processo foi descrito por Schumpeter em *Capitalismo, Socialismo e Democracia* (1942).

³ Black's Law Dictionary, Centennial Edition (1990).

relacionados. Como o seu objetivo era dominar o mercado para poder definir as suas regras de funcionamento, o truste visava agregar o maior número de empresas, a fim de monopolizar os mercados. Como ele visava agregar tanto concorrentes, quanto outras empresas atuando ao longo da mesma cadeia produtiva, era possível, também, eliminar os concorrentes subsistentes e resistentes ao truste por meio do seu desabastecimento (não fornecimento de insumos), ou pelo fechamento de mercado (recusa de contratar) a quem não pertencesse ao grupo.

Apesar de hoje o Direito da Concorrência dar igual relevo aos controles de condutas (como os cartéis) e de estruturas (de que a monopolização pelos trustes era exemplo), o impacto da política antitruste foi tamanho que a terminologia Direito Antitruste ainda é utilizada, por muitos doutrinadores e aplicadores do Direito, como sinonímia de Direito da Concorrência.

O Direito da Concorrência, uma vez mais contrariando o senso comum, não estuda, apenas, as relações entre concorrentes. O seu objeto de estudo é, como expusemos ao introduzir o tema, o comportamento das pessoas e empresas que atuam em um dado mercado, analisado sob o viés concorrencial. Ou seja, avalia-se a concorrência (e não só os concorrentes) no mercado.

A análise do panorama concorrencial dos mercados reclama não só a avaliação da relação entre competidores (horizontal), mas também entre empresas situadas em diferentes etapas do mesmo processo produtivo (vertical) e, até mesmo, entre segmentos não diretamente relacionados (os chamados mercados conglomerados). Como veremos no momento oportuno, grupos econômicos – que, para diluir riscos, em geral atuam de forma conglomerada, ou seja, em diferentes mercados que não se relacionam de forma direta – muitas vezes ajustam as suas posturas em um dado mercado levando em consideração ameaças de retaliação em outro mercado.

Por ora, a fim de concluir a introdução ao tema e fazer uma conexão com o assunto a ser debatido no próximo capítulo, reputamos válido esclarecer certas associações bastante comuns que emergem toda vez que tratamos do princípio constitucional da livre concorrência - que representa o primeiro fundamento da tutela do Direito da Concorrência no Brasil. Os itens abaixo são dedicados a clarificar os pontos de aproximação e as diferenças entre institutos bastante próximos da tutela concorrencial, mas que com ela não se confundem.

Livre concorrência e livre iniciativa

Parte da doutrina entende que a livre concorrência e a livre iniciativa andam de mãos dadas. Esses autores argumentam que o abuso do poder econômico não se enquadra como exercício da liberdade de iniciativa, uma vez que ninguém pode lícitamente abusar de um direito. Desse modo, a imposição de restrições aos infratores das regras concorrenciais não poderia ser entendida como uma limitação à livre iniciativa, mas como garantidora dessa liberdade, na medida em que protege o mercado de abusos.

Esse entendimento, porém, tem sido rechaçado pela outra parte da doutrina, que vê a livre concorrência como um limitador da expressão absoluta do princípio da livre-iniciativa por parte de uma agente econômico, ou um grupo de agentes econômicos. Esse entendimento é mais apelativo, porque a defesa da concorrência não se limita à repressão de condutas que se qualificam abusos do poder econômico. No caso de reprovações de operações de aquisições societárias, como é o caso das fusões, o que existe é a coibição da concentração de mercado, em função da elevação da probabilidade de um futuro abuso do poder econômico. Em outras palavras, não se está restaurando nenhuma liberdade violada, mas limitando, preventivamente, a liberdade contratual das partes em prol da manutenção de uma estrutura mercado menos concentrada e com maiores incentivos à competição. Em última instância, está-se limitando a liberdade de iniciativa em razão de um dano apenas potencial à livre concorrência.

Livre concorrência e regulação

A defesa da concorrência não se confunde com a regulação dos mercados. O pressuposto de um mercado regulado é a existência de externalidades sociais que impeçam o seu adequado funcionamento sem a intervenção estatal. Por externalidades sociais devemos entender os efeitos que o exercício de uma atividade econômica podem, ainda que involuntariamente, surtir sobre toda a sociedade. Pode-se dizer que as externalidades sociais se fazem sentir em mercados cujos produtos, ou serviços sejam meritórios, ou quase-públicos e cujo provimento enseje elevados benefícios sociais. Ou seja, falamos de produtos, ou serviços cuja essencialidade demanda que o Estado promova a sua acessibilidade a toda a população (como água, luz, saúde e comunicações), ou de produtos, ou serviços que, embora não sejam essenciais, possuem características que demandam a intervenção estatal para a sua adequada



entrega e para a segurança da população (como é o caso dos brinquedos infantis, dos produtos radioativos e da informação nutricional dos alimentos industrializados). Desse modo, a fim de evitar que essas externalidades se façam sentir, o regulador atua, antecipadamente (*ex ante*), criando regras de como o mercado deve funcionar. Em suma, a regulação tem um viés proativo: criam-se regras que, uma vez violadas, ensejarão a punição dos infratores.

A defesa da concorrência opera-se de forma diversa. Aqui a regra é a liberdade de iniciativa e os órgãos governamentais que tutelam a concorrência só imporão restrições à atuação daqueles que tomarem iniciativas que atentem contra a concorrência. A defesa da concorrência tem, portanto, um viés reativo. Isso não significa que não haja espaço para a defesa da concorrência em mercados regulados. O Direito da Concorrência deve ser aplicado sempre que a regulação setorial não torne as regras de mercado inadequadas⁴. Ou seja, mesmo em um mercado monopolista, como o de saneamento básico, ou de distribuição de energia elétrica, seria possível identificar espaço para a atuação dos órgãos de defesa da concorrência na apuração de condutas anticompetitivas⁵, em particular com relação a mercados a jusante (situados mais abaixo na cadeia produtiva).

O que escapa à competência dos órgãos de defesa da concorrência é a possibilidade de interferir, ainda que de forma reativa, em desenhos regulatórios definidos pelo regulador que supervisiona ativamente o mercado sob a sua supervisão. Não seria possível, por exemplo, impedir, ou restringir a competência da Agência Nacional de Telecomunicações (“Anatel”) de definir as áreas de concessão para atuação das operadoras de telefonia fixa sob a alegação de divisão de mercados (*market sharing*), que é um ilícito concorrencial, tendo em mente que essa restrição geográfica foi imposta pelo regulador para atender a um propósito regulatório específico e bem delineado: incentivar os investimentos em rede pelas operadoras.

Não devemos nos esquecer de que, sendo a lei reguladora mais específica, deve ela prevalecer sobre a lei concorrencial sempre que não seja possível conciliar a aplicação de ambos os mandamentos.

⁴ TAUFICK, Roberto Domingos. Imunidade Parker v. Brown: releitura das doutrinas *state action* e *pervasive power* no ordenamento jurídico brasileiro. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, v. 3, p. 75-104, 2009. Também em Revista ANTT, v. 2, p. 124-139, 2010.

⁵ Há autores que defendem que as regras concorrenciais possam ser afastadas por completo em determinados mercados, ou em casos de concessão. Para tanto, v. SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001.

Livre concorrência e concorrência pública

O termo *concorrência* é bastante difundido no meio jurídico brasileiro dentro da roupagem do Direito Administrativo. Ele costuma ser adotado, nesse caso, como uma alusão ao próprio processo licitatório - que tem, dentre as suas modalidades, a *concorrência*, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Vale notar que, em qualquer caso, a licitação visa promover a competição entre os propostas das empresas interessadas no objeto do certame. A concorrência, enquanto modalidade de licitação, está disciplinada pela Lei nº 8.666/1993, ou Lei de Licitações.

Esse mesmo termo é bastante caro ao Direito da Concorrência - que, conforme antecipamos, não tutela apenas a relação entre concorrentes. Aqui, o termo *concorrência* é representativo da própria *rivalidade* entre empresas - inclusive, no caso das licitações, da *competição* pela outorga do objeto do certame. Ou seja, a concorrência disciplinada pelo Direito da Concorrência e tutelada pela Nova Lei Antitruste Brasileira (“NLAB”) é muito mais ampla e vai muito além de um processo de licitação pública; por outro lado, no processo de licitação pública, a análise concorrencial limita-se à avaliação do grau de autonomia decisória das empresas e pessoas envolvidas, direta, ou indiretamente, no resultado do certame.

Livre concorrência e concorrência desleal

O conceito de concorrência desleal está arraigado à noção de proteção da propriedade industrial. Não é à toa que a infração é tipificada criminalmente na Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996, ou Lei de Propriedade Industrial. Consta do art. 2º desse diploma legal que a repressão à concorrência desleal é um dos meios de proteger os direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

O art. 195 da Lei de Propriedade Industrial descreve o que se entende por concorrência desleal: (i) publicar, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; (ii) prestar, ou divulgar, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; (iii) empregar meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; (iv) usar expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imitar, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; (v) usar, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento, ou insígnia alheios, ou vender, expor, ou oferecer

à venda, ou ter em estoque produto com essas referências; (vi) substituir, pelo seu próprio nome, ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; (vii) atribuir-se, como meio de propaganda, recompensa, ou distinção que não obteve; (viii) vender, ou expor, ou oferecer à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado, ou falsificado, ou dele se utilizar para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constituir crime mais grave; (ix) dar, ou prometer dinheiro, ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; (x) receber dinheiro, ou outra utilidade, ou aceitar promessa de paga, ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; (xi) divulgar, explorar, ou utilizar-se, sem autorização, de conhecimentos, informações, ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio, ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público, ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; (xii) divulgar, explorar, ou utilizar-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou (xiii) vender, expor, ou oferecer à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou o mencionar, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; (xiv) divulgar, explorar, ou utilizar-se, sem autorização, de resultados de testes, ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. Apesar do valor concorrencial desses ilícitos, a prática da concorrência desleal não aflige, necessariamente, o mercado. O seu objetivo é tutelar o concorrente prejudicado por uma conduta comercialmente enganosa e que vise ludibriar a clientela.

O mesmo não ocorre com a defesa da concorrência. Como explicamos, o antitruste preocupa-se com a concorrência, não com o concorrente. E o objeto da tutela não é o recurso a práticas ardilosas para angariar clientes, em particular aquelas ludibriosas voltadas ao fundo de comércio (a boa reputação que capta clientela) e à propriedade industrial do concorrente – mas, sim, qualquer prática que tenha por objetivo, ou como resultado implicar danos à concorrência.

RESUMO

- O Direito da Concorrência é o ramo do Direito que analisa, sob a ótica econômica e legal, como se comportam, concorrencialmente, as pessoas e empresas que atuam em um dado mercado. O Direito da Concorrência não estuda, apenas, as relações entre concorrentes. O seu objeto de estudo é o comportamento das pessoas e empresas que atuam em um dado mercado, analisado sob o viés concorrencial. Ou seja, avalia-se a concorrência no mercado, e não só os concorrentes. A análise do panorama concorrencial dos mercados reclama não só a avaliação da relação entre competidores (horizontal), mas também entre empresas situadas em diferentes etapas do mesmo processo produtivo (vertical) e, até mesmo, entre segmentos não diretamente relacionados (os chamados mercados conglomerados);
- Ao não se restringir à repressão de condutas que se qualificam como abusos do poder econômico e, assim, limitar a liberdade de iniciativa em razão de um dano apenas potencial à livre concorrência, a defesa da concorrência é um limitador da expressão absoluta do princípio da livre-iniciativa;
- O pressuposto de um mercado regulado é a existência de externalidades sociais que impeçam o seu adequado funcionamento sem a intervenção estatal. Desse modo, a fim de evitar que essas externalidades se façam sentir, o regulador atua, antecipadamente, criando regras de como o mercado deve funcionar. Em suma, a regulação tem um viés proativo: criam-se regras que, uma vez violadas, ensejarão a punição dos infratores. A defesa da concorrência opera-se de forma diversa: os órgãos governamentais que tutelam a concorrência só imporão restrições à atuação daqueles que tomarem iniciativas que atentem contra a concorrência. Por ser reativa, a defesa da concorrência não se confunde com a regulação de mercados, que é proativa. Por ser mais específica, a regulação setorial prepondera sobre a defesa da concorrência nos casos em que não seja possível conciliá-las. Esse afastamento da concorrência deve ser excepcional e pontual, devendo ocorrer no estrito limite necessário;

- A concorrência pública das licitações é uma modalidade de processo licitatório e não se confunde com o Direito da Concorrência. Embora incorpore a competição pelo objeto da outorga, que é de interesse do Direito da Concorrência, ela também engloba formalidades específicas do Direito Administrativo que não interessam ao Direito da Concorrência. Ao Direito da Concorrência interessa, apenas, o lado concorrencial do processo licitatório e que se resume à avaliação do grau de autonomia decisória das empresas e pessoas envolvidas, direta, ou indiretamente, no resultado do certame;
- O conceito de concorrência desleal está arraigado à noção de proteção da propriedade industrial, estando a infração tipificada criminalmente na Lei de Propriedade Industrial. A repressão à concorrência desleal é um dos meios de proteger os direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Apesar do valor concorrencial desses ilícitos, a prática da concorrência desleal não aflige, necessariamente, o mercado. O seu objetivo é tutelar o concorrente prejudicado por uma conduta comercialmente enganosa e que vise ludibriar a clientela. O mesmo não ocorre com a defesa da concorrência, que se preocupa com a concorrência, não com o concorrente. Diversamente da concorrência desleal, o objeto da tutela do Direito da Concorrência não é o recurso a práticas ardilosas para angariar clientes, em particular aquelas ludibriosas voltadas ao fundo de comércio (a boa reputação que capta clientela) e à propriedade industrial do concorrente – mas, sim, qualquer prática que tenha por objetivo, ou como resultado causar danos à concorrência;



QUESTIONÁRIO

1. *É correto afirmar que o Direito da Concorrência protege os concorrentes?*

Não. O Direito da Concorrência tutela, ou protege a concorrência nos mercados. Isso exige não só que se avaliem as relações entre concorrentes, quanto os acordos que envolvam não concorrentes. Um exemplo disso é a relação entre fornecedor e revendedor. É possível, por exemplo, que um grande revendedor faça um acordo com um grande fornecedor para que esse não atenda aos seus concorrentes. Esse acordo entre fornecedor e revendedor (que não são concorrentes) que provoca o fechamento do mercado para os concorrentes é estudado pelo Direito da Concorrência.

Em um mercado muito competitivo as empresas mais eficientes costumam eliminar as empresas menos eficientes. Costumamos dizer que é como uma seleção natural - sobrevivem apenas os mais fortes e que são capazes de oferecer os melhores produtos a preços menores. Por isso, a eliminação das empresas menos eficientes e, por isso, piores para o consumidor, é vista como positiva pelo Direito da Concorrência. Não é tarefa do Direito da Concorrência socorrer quem não seja eficiente. Pelo contrário, a tarefa do Direito da Concorrência é primar por mercados altamente competitivos, o que naturalmente leva a que os menos eficientes sejam eliminados.

O Direito da Concorrência também não existe para socorrer uma empresa que esteja sendo prejudicada por outra. O Direito da Concorrência protege a concorrência, não o concorrente. Assim, o Direito da Concorrência só será acionado quando a concorrência no mercado estiver sendo afetada. Se a briga entre duas empresas não causar impacto suficiente na concorrência naquele mercado, ou seja, se o seu efeito não for difuso, não há intervenção do Direito da Concorrência naquela rixa que tem caráter estritamente privado.

2. *Segundo o senso comum, um mercado muito competitivo gera problemas de concorrência desleal. Você concorda com esse enquadramento?*

Não. A concorrência desleal é uma infração à propriedade industrial e o seu objetivo é prejudicar outra empresa por meio de uma conduta comercialmente enganosa que vise enganar a clientela. A deslealdade reside justamente em tentar angariar a clientela alheia por meio de uma prática ardilosa, e não por meio da oferta de um produto, ou serviço mais apelativo (melhor, ou mais barato).

Para o Direito da Concorrência, quanto maior a competição, melhor. Por isso, não existe concorrência desleal quando o mercado é altamente competitivo. Pelo contrário, quanto maior for a rivalidade, maiores são os incentivos para que as empresas ofereçam produtos, ou serviços melhores, o que é, justamente, o propósito final do Direito da Concorrência.



2 Regência

A defesa da concorrência é tutelada, no ordenamento brasileiro, por mais de uma norma. A mais relevante é, naturalmente, a **Constituição Federal (“CF”)**, cujo art. 170, IV define a livre concorrência como princípio norteador da ordem econômica. O art. 173, §4º da Constituição Federal ainda prevê que “[a] lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

O diploma legal que mais extensivamente aborda a temática concorrencial é a Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011, conhecida como NLAB, que se dedica integralmente ao assunto. Essa lei disciplina a tutela civil e administrativa das infrações concorrenciais contra a ordem econômica.

A tutela administrativa trazida pela NLAB, apesar de ser a mais ampla, não é a única, como veremos nos parágrafos seguintes. Trata-se da tutela por meio dos órgãos do SBDC, que foram apresentados mais acima. Já a tutela civil trazida pela lei deriva tanto das ações civis públicas, que, como veremos mais abaixo, são tuteladas por lei específica, mas utilizam como baliza as multas trazidas pelo art. 37 da NLAB, como das ações individuais e coletivas para a reparação de danos individuais, ou individuais homogêneos, nos termos do art. 47 da NLAB c/c art. 81 e 82 da Lei nº 8.078 de 11 setembro de 1990, conhecida como **Código de Defesa do Consumidor (“CDC”)**.

É, entretanto, a Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990 que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e, portanto, é utilizada pela esfera criminal. O seu art. 4º trata como crime apenas o ajuste entre empresas e/ou pessoas (cartel). Isso implica dizer que qualquer outra infração concorrencial contra a ordem econômica (incluindo os atos unilaterais, os preços predatórios e a venda casada - dos quais trataremos mais adiante) não é punível criminalmente.

Observemos que o art. 4º, I se refere, entretanto, a “qualquer forme de ajuste ou acordo”, o que torna inócua a previsão do inciso II, que especifica as seguintes modalidades de cartel:

- fixação de preços (*price fixing*): art. 4º, II, “a”;
- fixação de quantidades (*output control*): art. 4º, II, “a” *in fine*;
- divisão, ou repartição de mercados (*market sharing*): art. 4º, II, “b”;

- fechamento do mercado (*foreclosure*), seja em detrimento da empresa que deseje vender o produto, ou serviço (que ficaria sem distribuidor/revendedor), seja em detrimento de quem compra (que ficaria sem fornecedor): art. 4º, II, “c”.

Ou seja, apesar de a lista do art. 4º, II trazer as principais formas de cartel, essa lista não é exaustiva (*numerus clausus*), tendo em vista a previsão do art. 4º, I de que qualquer cartel - envolva ele apenas concorrentes, ou não - deverá ser punido criminalmente. A Lei nº 8.137/1990, ou **Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica e Tributária** prevê pena de reclusão de dois a cinco anos e multa para o indivíduo punido nos seus termos.

A Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, ou **Lei de Licitações** pune, criminalmente, nos arts. 89 e seguintes, atos que representem afrontas às normas licitatórias trazidas pela lei. Entre esses crimes ao processo licitatório encontra-se a formação de cartéis, ato que também podem ser caracterizado como crime concorrencial segundo a Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica e Tributária. Ou seja, embora os crimes licitatórios trazidos pela Lei nº 8.666/1993 sejam vários (descritos do art. 89 ao art. 99), há, dentre esses, artigos que descrevem comportamentos típicos da formação de cartel, condutas que também se enquadram como crimes concorrenciais à ordem econômica.

Tomemos, por exemplo, o art. 90, segundo o qual é crime, sujeito a detenção de dois a quatro anos e multa, “[f]rustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”. O ato que aí se subsume também é crime de acordo com o art. 4º, I da Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica e Tributária. Isso ocorre porque, em ambos os casos, existe um cartel. Trata-se, entretanto, de duas punições criminais distintas e complementares: a punição por restringir a concorrência da Lei nº 8.137/1990 e a punição por infringir as regras de licitações públicas da Lei nº 8.666/1993. É possível destacar outros artigos na Lei de Licitações que descrevem condutas que também podem ensejar a punição criminal por formação de cartel, ou cartelização pela Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica e Tributária: os artigos 90, 94, 95, 96, I e V, 98.

A formação de cartel para fraudar uma licitação pública, submetida à punição criminal por ambos os normativos acima descritos, é mundialmente conhecida como *bid rigging*, ou cartel em licitações. Como veremos, o cartel é a mais grave ofensa concorrencial, porque, diferentemente de



outras infrações, em que há uma transferência de bem-estar do ofendido para o infrator, no caso do cartel parte do bem-estar perdido por alguém não é apropriado por ninguém, havendo perda de riqueza (a denominada *perda de peso morto*).

Observe-se, porém, que, se, por um lado, os cartéis em licitações (*bid rigging*) são apenas uma parte dos crimes licitatórios, eles também representam apenas uma dentre as diversas possibilidades de cartel. A situação do *bid rigging* como um dentre os vários crimes licitatórios e uma dentre as várias modalidades de cartéis (que são a totalidade dos crimes concorrenciais contra a ordem econômica) pode ser visualizada no diagrama abaixo. O *bid rigging* está representado pela região sombreada:

Diagrama 1. *Bid rigging*, ou cartel em licitações vis-à-vis os crimes licitatórios e os crimes contra a ordem econômica

Notem, por fim, que o processo licitatório, quando tenha por objeto



a outorga da prestação de serviço público em regime de monopólio - como é o caso da distribuição de energia elétrica, da operação de aeroportos, ou de estradas de rodagem -, costuma ser rotulado pelos doutrinadores como um processo de *concorrência pela mercado* - em contraposição ao termo concorrência no mercado. Isso ocorre porque, naqueles certames, toda a concorrência ocorre no processo de licitação, quando da apresentação das propostas pelos concorrentes - tendo em vista que, após o certame, a condição de monopolista implica a ausência de concorrência.

A Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013, também conhecida como **Lei Anticorrupção**, foi promulgada para responsabilizar, administrativa e civilmente, as pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Um dos objetivos centrais à nova lei era

estender às pessoas jurídicas a punição que a Lei de Licitações já garantia às pessoas físicas quando infringissem regras de licitações públicas.

Tal qual a Lei de Licitações, a Lei Anticorrupção traz dispositivos que descrevem comportamentos típicos da formação de cartel, em especial o art. 5º, IV, “a”. Da mesma forma que a Lei de Licitações e a dos Crimes contra a Ordem Econômica e Tributária, a Lei Anticorrupção prevê o *bid rigging*, ou cartel em licitações como apenas um dentre os diversos ilícitos previstos no diploma legal.

À semelhança da NLAB, a **Lei Anticorrupção** prevê um sistema de punição e um programa de leniência. Tanto o sistema de punição, quanto o programa de leniência serão analisados mais adiante, ao tratarmos da disciplina dos cartéis. Mas importa esclarecer que, em contraposição à NLAB, que dá competência plena ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, a punição das empresas e a celebração do acordo na Lei Anticorrupção ficam a cargo da autoridade máxima de cada órgão dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Embora a competência possa ser delegada, a subdelegação é vedada. No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU - terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas, ou para avocar os processos instaurados, para exame da sua regularidade, ou para corrigir o seu andamento. Por sua vez, a lei atribuiu à CGU a competência para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. Como a lei menciona a possibilidade de delegação apenas no caso da competência para punir as empresas, deve-se entender que a competência da CGU para celebrar os acordos de leniência é exclusiva e não pode ser delegada.

A Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, ou **Lei da Ação Civil Pública**, rege as ações civis públicas (ACPs) – entre elas, as ações por danos morais e patrimoniais causados por infração concorrencial à ordem econômica (art. 1º, V). Por sua vez, a Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1995, ou **Lei da Ação Popular**, admite que qualquer cidadão pleiteie a anulação, ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público e o ressarcimento ao erário pelo dano causado. A Lei da Ação Popular traz alguns dispositivos que podem ser aplicados a casos de cartelização, em particular o art. 4º, III, “a”, “b” e “c”.

Há, ainda, a Lei nº 9008 de 21 de março de 1995, que cria o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD) e determina que o produto da arrecadação das multas da Lei nº 8.884/94 (que veio a ser substituída pela NLAB) e da Lei da Ação Civil Pública seja revertido para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) - que já havia sido criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1995. A Lei 9.008/1995 é por isso chamada de **Lei do Fundo de Direitos Difusos**.

Nos termos da lei, o FDD tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos. Os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionado com a natureza da infração, ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas cujos danos serão reparados.

Apesar de a lei prever que os recursos seriam aplicados em ações voltadas especificamente para a área em que houve a infração, a realidade aponta situação completamente diversa. Isso ocorre, essencialmente, porque o CFDD atua na análise de projetos apresentados por entidades privadas, ou governamentais e, apesar de quase a totalidade dos recursos (mais de 80%) derivar de multas por infrações concorrenciais à ordem econômica, raríssimos são os projetos voltados para a promoção da defesa da concorrência. Isso, aliás, auxilia a explicar o contingenciamento dos recursos do FDD, que acaba auxiliando no superávit primário da União: como quase a totalidade dos recursos deveria ser aplicada na promoção da concorrência e não surgem projetos nessa área, apenas uma pequena parte dos recursos deve ser liberada ano a ano, de acordo com a lei, para a execução dos projetos relativos às outras áreas (meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico).

Outra questão relevante está na natureza do valor arrecadado pelo FDD. Nos termos do art. 37 da NLAB, a prática de infração concorrencial à ordem econômica sujeita os responsáveis ao pagamento de multa – a qual, no caso da pessoa jurídica, nunca deverá ser inferior à vantagem auferida, quando possível a sua estimação. Por sua vez, nos termos do art. 1º, §1º da Lei do Fundo de Direitos Difusos, o valor arrecadado tem por finalidade a reparação dos danos causados pela infração.

Apesar de a Lei do Fundo de Direitos Difusos vincular o uso dos recursos arrecadados à *reparação dos danos causados*, esses recursos têm natureza de multa e não de reparação cível – o que fica mais claro em função de a vantagem auferida servir apenas como um parâmetro para a punição das pessoas jurídicas, que deve ser feita por um valor superior a essa mesma vantagem. A relevância dessa conclusão está em que a reparação cível deve ser feita por ação judicial à parte e que o seu ajuizamento não implica *bis in idem* com a punição administrativa, ou judicial pela NLAB.

Por fim, uma das grandes peculiaridades do Direito da Concorrência está no flerte com o modelo da *Common Law*, que se apoia em casos precedentes para construir a sua jurisprudência. Isso ocorre por dois motivos: primeiro, o leque de condutas anticompetitivas da NLAB é meramente descritivo, o que torna possível identificar novas possibilidades em cada caso submetido ao Cade. Segundo, mesmo nos casos em que as condutas são descritas nos diplomas legais - em especial no caso dos crimes, mas também no caso das condutas exemplificadas na NLAB e na Lei Anticorrupção -, a sua antijuridicidade depende da avaliação de que aquele ato é capaz de surtir efeitos.

Em princípio, a avaliação da capacidade de um ato surtir efeitos concorrenciais aproxima-se da caracterização, ou não da situação como crime impossível no Direito Penal - ocasião em que se verifica se há absoluta impropriedade do objeto, ou ineficácia absoluta do meio.

Ocorre que, se, no caso dos crimes impossíveis, existe uma análise empírica das características do objeto e do meio, no Direito da Concorrência existe uma análise quase sempre probabilística, realizada em todos os casos, para averiguar se o efeito anticompetitivo é esperado, embora não seja comprovado. Essa análise probabilística baseia-se, essencialmente, na avaliação de precedentes, inclusive transfronteiriços (experiências de outros países), e em projeções econométricas. Daí que a análise concorrencial busca identificar se existe, ao menos, o potencial para que determinada conduta gere efeitos anticompetitivos de repercussão social.

Outra distinção entre o crime impossível no Direito Penal e a incapacidade de gerar efeitos concorrenciais no Direito Concorrencial reside em que aquele, na esfera criminal, é um excludente de punibilidade, ao passo que a impossibilidade de surtir efeitos anticompetitivos é uma excludente de antijuridicidade no Direito da Concorrência. Essa diferença ocorre porque, no caso do Direito da Concorrência, o mesmo ato, quando



praticado por quem não tenha poder de mercado, costuma ser desejável sob o ponto de vista econômico - incluindo o acordo entre concorrentes para ter poder compensatório e poder de compra. Ou seja, o mesmo ato, a depender do poder econômico do sujeito, pode ter dois efeitos econômicos antagônicos. O mesmo não ocorre no caso das excludentes de imputabilidade criminal: o ato, ainda que o efeito não seja alcançado, mantém o seu traço vil.

A vinculação do Direito da Concorrência com a análise econômica é, portanto, um fator que torna a análise bastante fluida e as infrações, bastante dinâmicas. A definição de alguns tipos, como os preços predatórios (precificação abaixo dos custos para eliminar a concorrência) e a fixação dos preços de revenda (também conhecida por RPM - *resale price maintenance* -, que uniformiza os preços na rede revendedora, impedindo descontos), ou a tipificação de alguns atos como cartéis, em particular aqueles de exportação, varia bastante de acordo com o grau de sofisticação da análise econômica do órgão governamental responsável pela análise do caso em cada país e com o grau de abertura de cada economia. Ademais, a categorização do tipo varia de acordo com a evolução da análise econômica, de tal sorte que atos antes considerados sempre nocivos à concorrência e sujeitos à regra *per se* (que não admite a análise de justificativas, ou de excludentes) passem a ser reputados raramente nocivos à concorrência e a sujeitar-se à regra da razão (*rule of reason*, que admite a análise de justificativas e excludentes).

Do mesmo modo, por associar-se a considerações de ordem econômica, a aplicação do Direito da Concorrência no mundo está bastante suscetível à política econômica priorizada por determinado governo, ou arraigada à história de um país. No primeiro caso, cite-se que os governos republicanos nos Estados Unidos costumam ser muito menos intervencionistas na economia do que os governos democratas⁶. No segundo caso, vale destacar que as políticas de formação de campeões nacionais e de fortalecimento da indústria nacional podem ser sentidas em decisões antigas e recentes do Cade no Brasil - de que são exemplos as fusões entre Brahma e Antarctica, entre Oi e Brasil Telecom e entre Sadia e Perdigão.

Ou seja, apesar de a Economia ser uma ciência com linguagem universal - diferentemente do Direito, cujas regras variam de país para país -, as decisões no Direito da Concorrência variam muito no passar

⁶ ELHAUGE, Einer/GERADIN, Damien. Global Competition Law and Economics. 1st Edition. Hart Publishing, 2007.

do tempo, em função da dinâmica da economia, e de um órgão para outro, em decorrência da vertente econômica adotada pelo julgador. Mesmo entre autoridades concorrenciais parceiras, como é o caso da Comissão Europeia e dos dois órgãos concorrenciais norte-americanos (o Departamento de Justiça – DOJ – e a Comissão de Comércio - FTC), as diferenças são bastante amplas no tratamento de determinados temas.

Falando dos acordos verticais, a Comissão Europeia tem regras muitas mais rígidas que os órgãos concorrenciais estadunidenses. A Comissão tem, também, preocupações bastante nítidas com condutas que possam afetar a integração da União Europeia, como subsídios governamentais não autorizados (*state aid*, que conferem vantagem competitiva artificial a determinada região), grande diferenciação de preços entre regiões (*excessive pricing*, que comprometem o desenvolvimento de uma região em favor de outra) e barreiras comerciais (que afetam diretamente o próprio objetivo de coesão da União Europeia) – condutas que mais se assemelham a regras de comércio internacional e podem, eventualmente, repercutir na punição dos países membros. Ou seja, diversamente do que sugere parte da doutrina, a uniformização da **aplicação** do Direito da Concorrência, com em qualquer outro ramo do Direito, não é desejável, sob pena de engessar a adequação da norma à realidade social subjacente.

Se, por um lado, a uniformização da aplicação do Direito da Concorrência não é desejável, a priorização da análise técnica em detrimento de considerações de ordem política é imperativa para a segurança jurídica e para a redução dos riscos de investimento em cada país. Ademais, do mesmo modo que, em outros ramos do Direito, as regras que adotamos são adaptadas de outros ordenamentos (no caso do Direito Processual Civil, da processualística italiana), no Direito da Concorrência o ordenamento norte-americano, muitas vezes com adequações introduzidas pelo ordenamento europeu, serve de paradigma para todo o mundo. Desse modo, a tipologia dos ilícitos concorrenciais é semelhante em todos os países. E é, justamente, o recurso à análise econômica apurada, em paralelo, por tantos países para a quase universalidade das tipologias que, por si só, representa um fator de harmonização na aplicação do Direito da Concorrência em todo o globo.

A progressiva harmonização das soluções adotadas entre países tem sido, também, uma imposição da globalização dos mercados. Operações de concentração estrutural de mercado (como fusões) costumam depender dos resultados das análises em diferentes países;

do mesmo modo, condutas anticompetitivas (como os cartéis) praticadas em determinado país podem surtir efeitos em outros. Isso quer dizer que não só o nível de investimento em um país passa a depender da eficiência da análise do órgão governamental de outro país, como também que a defesa do consumidor de um país passa, muitas vezes, a depender do enfrentamento de práticas anticompetitivas pelo órgão governamental alienígena. Com o objetivo de enfrentar esses efeitos transfronteiriços, as autoridades concorrenciais do mundo inteiro têm-se reunido em fóruns para discussões de alto nível (em particular, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE) e em redes de cooperação, inclusive com o objetivo de fomentar capacitação técnica (*capacity building*).

Diante de todo esse espectro, torna-se bastante natural que as decisões do órgão de defesa da concorrência em um país cite as decisões do órgão de defesa da concorrência de outro país, seja para rechaçar, seja para encampar a análise econômica - que tem linguagem universal - ali adotada. A cooperação técnica internacional e o estudo de casos favorece essa penetração. Nesse sentido, o papel pioneiro dos Estados e da União Europeia favorece a sua adoção como parâmetros para sistemas de defesa da concorrência em desenvolvimento.

Antes, dado a tradição e a qualidade da fundamentação jurídica e econômica, as decisões norte-americanas ainda são citadas, seja aqui, seja na Europa e em outros lugares do mundo, como paradigmas para decisões a serem tomadas em situações análogas. As decisões da Comissão Europeia, em particular nos últimos anos, quando se verificou uma elevação na sintonia com as decisões norte-americanas e uma consolidação da autoridade da Comissão Europeia, também têm se afirmado como alternativas cada vez mais consistentes.



RESUMO

- A defesa da concorrência é tutelada, no ordenamento brasileiro, por mais de uma norma;
- A lista de condutas que podem ser enquadradas como cartel é uma lista aberta, ou meramente exemplificativa. Basta que haja acordo entre pessoas e empresas com repercussão sobre a concorrência, para que uma conduta possa ser enquadrada como cartel;
- Os cartéis são ilícitos administrativos e penais de acordo com diferentes leis. Não existe *bis in idem* na punição dos cartéis na esfera administrativa, criminal e cível. Mesmo dentro de cada esfera, existe a caracterização de ilícitos distintos, como as infrações concorrenciais à ordem econômica e contra a administração pública;
- O cartel é a única infração contra a ordem econômica punida criminalmente.



QUESTIONÁRIO

1. *Só o Cade pode julgar casos envolvendo infrações concorrenciais?*

Não. Leis federais específicas podem prever que outras autoridades sejam responsáveis pela punição de determinadas infrações. Segundo a Lei Anticorrupção, a punição das empresas e a celebração do acordo de leniência ficam a cargo da autoridade máxima de cada órgão dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No âmbito do Poder Executivo federal, a CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas, ou para avocar os processos instaurados, para exame da sua regularidade, ou para corrigir o seu andamento. Por sua vez, a lei atribuiu à CGU a competência para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. Como a lei menciona a possibilidade de delegação apenas no caso da competência para punir as empresas, deve-se entender que a competência da CGU para celebrar os acordos de leniência é exclusiva e não pode ser delegada.

O Cade é, entretanto, o único órgão autorizado a receber notificações das empresas para a análise de atos de concentração econômica (fusões e aquisições). Tenha-se ainda em mente que o Judiciário pode, a qualquer momento, julgar lides concorrenciais, sendo desnecessário que o caso passe, antes, pela esfera administrativa. A prévia avaliação administrativa pelo Cade é, porém, recomendável, em função da complexidade da análise e da especialização dos seus técnicos (*expertise*).

2. *Quais as principais fontes de aplicação do Direito da Concorrência no Brasil?*

Constituição Federal, NLAB, Lei de Licitações, Lei Anticorrupção, Lei da Ação Civil Pública, Lei da Ação Popular, Lei do Fundo de Direitos Difusos, jurisprudência nacional e internacional.

3 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Como vimos, a tutela da concorrência ocorre tanto via judicial, quanto pela via administrativa. O acesso ao Judiciário para a tutela da concorrência está prevista de forma abundante na legislação brasileira – o mesmo valendo para a tutela administrativa, que, respeitadas as devidas competências, pode ocorrer por meio de múltiplos órgãos.

Se o acesso judicial é garantido desde a sua forma mais ampla por meio do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a tutela administrativa mais ampla está prevista na Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011, também conhecida como Nova Lei Antitruste Brasileira (“NLAB”). A NLAB é uma decorrência direta do art. 173, §4º da Constituição Federal, segundo o qual “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Por força disso, a lei cria o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), ao qual atribui as seguintes funções:

- controle prévio das concentrações econômicas – competência que é exercida com exclusividade pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”);
- repressão das condutas anticompetitivas – função que compete por excelência ao Cade, que conta com pessoal especializado para o desempenho dessa função, mas que não pode ser afastada do Judiciário (art. 5º, XXXV da Constituição Federal) e pode, quando o ilícito concorrencial representar ilícito também de outra natureza, ser exercida também por outro órgão administrativo, e
- advocacia da concorrência – atividade que cabe, por excelência, à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae), mas que pode ser exercida, de forma concorrente, pelo Cade.

Do SBDC

A NLAB define a organização e as competências do SBDC. Segundo o seu art. 3º, o sistema é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“Seae”). Como afirmamos, compete ao Cade o controle prévio das concentrações econômicas, a repressão das condutas anticompetitivas e a advocacia da concorrência. À Seae compete o exercício da advocacia da concorrência.

Estrutura da Seae

A Seae é uma secretaria ministerial fazendária e, como tal, a sua organização é definida no decreto de estrutura do Ministério da Fazenda. Desde a sua criação em 1995, a Seae tem sido composta por coordenações-gerais setoriais que lidam com mercados regulados e não regulados, trabalhando desde a análise do varejo de supermercados até setores como telecomunicações, energia elétrica, saúde, sistema financeiro e transportes.

Estrutura do Cade

O Cade é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e composta pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (“Tribunal Administrativo”), pela Superintendência-Geral (“SG”), pelo Departamento de Estudos Econômicos (“DEE”) e pela Procuradoria Federal junto ao Cade (ProCade). É possível dizer que as atividades finalísticas do Cade são exercidas pelos quatro órgãos que o compõem: Tribunal Administrativo, SG, DEE e ProCade. De forma simplista, a SG investiga e analisa as condutas anticompetitivas e as operações de concentração de mercado; o DEE auxilia a SG e o Tribunal Administrativo na realização de estudos econômicos mais complexos; a ProCade auxilia a SG e o Tribunal Administrativo na realização de análises jurídicas mais complexas e representa o Cade judicialmente; o Tribunal Administrativo decide, em última instância administrativa, os processos para a apuração e a repressão de condutas anticompetitivas e para a análise de operações de concentração de mercado.

❖ **Tribunal Administrativo**

O Tribunal Administrativo tem como membros um presidente e seis conselheiros nomeados pelo presidente da República. O mandato do presidente e dos conselheiros é de quatro anos, não coincidentes, vedada a recondução – sendo os cargos de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

São condições para a nomeação de presidente, ou de conselheiro:

- ter mais de trinta anos de idade;
- ter notório saber jurídico, ou econômico;
- contar com reputação ilibada;
- ter a indicação pelo Presidente da República aprovada pelo Senado Federal.
- Ao presidente e aos conselheiros do Cade é defeso:
 - receber honorários, percentagens ou custas;
 - exercer profissão liberal;
 - participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto, ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie;
 - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa;
 - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério;
 - exercer atividade político-partidária;
 - utilizar informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo exercido e
 - por um período de cento e vinte dias, contado da data em que deixar o cargo, representar qualquer pessoa, física ou jurídica, ou interesse perante o SBDC, ressalvada a defesa de direito próprio.

❖ ***Superintendência-Geral***

A SG é composta por um superintendente-geral e dois superintendentes-adjuntos. Diferentemente do presidente e dos conselheiros, o superintendente-geral terá mandato de dois anos, permitida a recondução para um único período subsequente. As condições para a nomeação do superintendente-geral e os seus impedimentos são os mesmos dos previstos para os cargos de presidente e conselheiro. Os adjuntos são indicados pelo superintendente-geral.

❖ ***Departamento de Estudo Econômicos***

O DEE é dirigido por um economista-chefe, que será nomeado, conjuntamente, pelo superintendente-geral e pelo presidente do Tribunal Administrativo, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico. Aplicam-se ao economista-chefe as mesmas normas de impedimento dos conselheiros, exceto quanto ao comparecimento às sessões – uma vez que ele poderá participar das reuniões do Tribunal, mas sem direito a voto.

❖ ***Procuradoria Federal junto ao Cade***

A ProCade é um órgão de natureza híbrida – ao mesmo tempo em que é vinculado à Advocacia-Geral da União (“AGU”) e às suas funções institucionais, deve obedecer aos mandamentos hierárquicos específicos da NLAB. Embora o art. 5º da NLAB, ao tratar da constituição do Cade, mencione apenas a tríade Tribunal Administrativo, SG e DEE, a função de assessoramento ao Tribunal Administrativo e à SG desempenhada pela ProCade é hierárquica e equipara-se àquela desempenhada, na seara econômica, pelo DEE – razão pela qual a inserimos, materialmente, dentro da estrutura da autarquia.

A ProCade é chefiada pelo procurador-chefe, que, assim como os conselheiros e o presidente do Tribunal Administrativo, será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal, dentre cidadãos brasileiros com mais de trinta anos de idade, de notório conhecimento jurídico e reputação ilibada. Do mesmo modo que o superintendente-geral, terá mandato de dois anos, permitida a recondução para um único período subsequente.

Tal qual o economista-chefe, aplicam-se ao procurador-chefe as mesmas normas de impedimento dos conselheiros, exceto quanto ao comparecimento às sessões – uma vez que ele poderá participar das reuniões do Tribunal, mas também sem direito a voto.

Competência da Seae

Nos termos da NLAB, a Seae é o órgão de advocacia da concorrência (*advocacy*) por excelência. A NLAB traz, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, um artigo dedicado exclusivamente à discriminação de atividade de promoção da concorrência perante os órgãos de governo e perante a sociedade (art. 19). Mais do que isso, a NLAB também inova ao trazer uma regra de *accountability* no art. 19, §2º, visando, justamente, responsabilizar administrativamente a autoridade pública que se esquivar de cumprir a obrigação legal que o art. 19 impõe à Seae.

Como vem definindo a *International Competition Network* (“ICN”), a advocacia da concorrência é a atividade de cunho preventivo e não coercitivo que visa promover um ambiente econômico competitivo. Essa atividade é instrumentalizada por meio de interações:

- com órgãos públicos que possam estar impondo empecilhos à livre concorrência: todos os incisos do art. 19 referem-se, de forma exemplificativa, a ações de *advocacy* no setor público. A forma mais utilizada pela Seae têm sido os pareceres (i) sobre projetos de lei da Câmara dos Deputados, ou do Senado Federal, os quais são destinados à liderança do governo nas respectivas Casas e (ii) sobre consultas e audiências públicas das agências reguladoras, informando diretamente à agência reguladora os benefícios e prejuízos à concorrência que a regulação proposta traria.
- A Seae também tem realizado palestras, simpósios e cursos destinados aos servidores públicos. O Programa Nacional de Promoção da Concorrência (“PNPC”), no âmbito do qual este material foi confeccionado, teve como alvo, em um primeiro estágio, a instrução dos servidores públicos do Ministério Público e dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, quando aplicável.

- com o setor produtivo, visando esclarecer as condutas que possam ser reputadas anticompetitivas: a advocacia da concorrência junto ao setor produtivo visa conscientizar os empresários que atuam em um dado setor e as associações a que pertençam (sindicatos, em geral) a não entrarem em acordos que restrinjam a concorrência entre si, ou que prejudiquem as condições concorrenciais em outro setor. Em geral, a dificuldade dessa *advocacy* está em convencer os empresários de que não há *concorrência predatória*, mas, sim, empresas ineficientes. A advocacia da concorrência no setor produtivo visa, ainda, incentivar a criação de programas de instrução dos funcionários acerca de regras concorrenciais que devem ser obedecidas (programas de *compliance*). Entram aqui as palestras, as cartilhas e os materiais didáticos produzidos no âmbito do PNPC.
- com a sociedade civil, inclusive o meio acadêmico, visando esclarecer como identificar uma condutas anticompetitiva e como dela se proteger: os materiais didáticos disponibilizados pelo PNPC assumem um papel relevante na advocacia da concorrência realizada junto ao cidadão, em particular pelo meio acadêmico. A difusão do material didático nas universidades, nos institutos federais e nas redes sociais visa democratizar o conhecimento e permitir que o consumidor ofendido saiba identificar quando um dano é causado ao seu patrimônio, ou ao patrimônio público e como denunciar a infração.

A conscientização do consumidor gera três benefícios precípuos: (i) a elevação da proporção de casos meritórios, ou socialmente relevantes, reduzindo a necessidade de filtros; (ii) a elevação da proporção de denúncias fundamentadas, reduzindo o trabalho de instrução das autoridades, e (iii) a promoção de ações individuais e transindividuais por dano concorrencial, elevando a punição esperada pelo potencial infrator e, por subseqüente, o poder de dissuasão (*deterrence*).

Competências do Cade

O art. 9º da NLAB define as competências do Tribunal Administrativo, que podem ser resumidas pelos seus incisos II, X e XIV, que serão analisados abaixo. Registre-se, por oportuno, que as decisões do Tribunal Administrativo no controle de condutas (inciso II) e de estruturas (inciso X) não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo (art. 9º, §2º).



- **decidir sobre a existência de infração concorrencial** à ordem econômica e aplicar as penalidades **cabíveis**: nos termos do art. 36 *caput* e incisos da NLAB, constitui infração concorrencial à ordem econômica, independentemente de culpa, o ato sob qualquer forma manifestado que tenha por objeto, ou tenha o potencial de (i) limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros, ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Em outras palavras, as infrações concorrenciais à ordem econômica correspondem às condutas realizadas unilateral, ou coletivamente, que possam ter impacto negativo sobre a concorrência.

A redação do art. 36 *caput* e incisos é bastante criticada pela sua imprecisão: o inciso I abarca todas as demais opções, os incisos II e IV são contraditórios entre si e o inciso III trata de determinação constitucional (art. 173, §4º) aplicável a infrações à ordem econômica em mercados regulados (esse último problema redacional é discutido em um item específico mais abaixo dedicado a questões terminológicas).

Portanto, a melhor análise concorrencial consiste em, com relação aos incisos II e IV, interpretar que apenas o exercício abusivo de posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços represente ilícito concorrencial. Já o inciso I abarcaria as condutas anticompetitivas em geral, inclusive aquelas que propiciem que uma empresa sem poder de mercado venha a ilicitamente alcançar posição dominante – conceitos esses que serão explicados oportunamente.

Há quem interprete que o inciso II representaria a o alcance da posição dominante por quem não a tenha e o inciso IV, o abuso dessa posição dominante por quem já a tenha. Essa posição é, porém, digna de críticas. Primeiro, porque para dominar um mercado (inciso II) já é necessário deter a posição dominante. Segundo, porque essa interpretação levaria a que o alcance da posição dominante (inciso II) fosse punido ainda que essa conquista não representasse qualquer dano à concorrência – situação que contraditória com a necessidade de que houvesse abuso de posição dominante para que o detentor de poder de mercado fosse punido (inciso IV) e que vai de encontro com o art. 36, §1º, segundo o qual a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de uma empresa em relação aos seus competidores (o denominado *crescimento orgânico*) não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

Ao interpretar, como sugerimos, que a punição pelo alcance irregular da posição dominante esteja dentro do inciso I e que os incisos II e IV sejam lidos conjuntamente, resolvemos esses problemas – seja porque o inciso I só considera ilícito se a conduta prejudicar a livre concorrência, seja porque o inciso IV exige exercício da posição dominante, ou do poder de mercado seja abusivo.

Com relação ao inciso III, apesar dos esforços que alguns membros do Cade já fizeram para não enterrar em definitivo a sua aplicabilidade a quem não seja regulador setorial⁷, o comportamento dos preços e do lucro não é, em si, uma conduta anticompetitiva no ordenamento brasileiro.

O comportamento dos preços pode, sim, ser o meio, ou o resultado – e, como tal, até elemento de prova – de uma conduta anticompetitiva. Essa diferença de tratamento decorre da diferenciação entre preços exploratórios e preços exclusionários. Preços exclusionários são aqueles que são instrumentos ilícitos da redução da concorrência do mercado. Ocorrem no caso da compressão de margens (*margin squeeze*), por exemplo. A compressão de margens, como veremos mais adiante, pode ocorrer quando um fornecedor A verticalmente integrado (que atua no atacado e no varejo) oferece preços seletivamente mais altos para um ou mais clientes B e C, vendendo o produto no varejo a um preço tal que B e C não conseguirão competir. Desse modo, o objetivo dos preços exclusionários é provocar a exclusão das demais empresas (neste caso, clientes e concorrentes) do mercado a fim de auferir lucros extraordinários de monopolista. Outro exemplo de preço exclusionário está na recusa velada em contratar, que pode ocorrer pela elevação do preço a patamar tal que não se torne interessante contratar o serviço (por exemplo, pela impossibilidade de repassar esses custos para o consumidor final).

Diversamente, no caso dos preços exploratórios falamos dos preços praticados por uma empresa que detenha poder de mercado, sem que esses preços tenham por escopo, ou por efeito reduzir a concorrência. Nesse caso, a prática do preço não instrumentaliza qualquer ilícito, mas pode ser (embora não necessariamente seja) o resultado do ilícito, ou o meio para alcançá-lo. No caso de um cartel, um grupo de empresas ineficientes pode unir-se com o objetivo de excluir um concorrente eficiente e aumentar preços. É possível, ainda, que uma prática agregue tanto preços exploratórios, quanto exclusionários. No caso dos preços

⁷ Destaca-se, em particular, a discussão em sede da Averiguação Preliminar nº 08012.003648/1998-05 – na qual, apesar das amplas discussões, restou pacífico que o Cade nunca condenou qualquer agente por prática de preços exploratórios.



predatórios, por exemplo, uma empresa pode usar preços abaixo dos seus custos para excluir a concorrência (preços exclusionários) e, ao tornar-se monopolista, elevar os preços a fim de auferir lucros extraordinários (preços exploratórios).

Tanto no caso dos preços exclusionários, quanto no caso dos preços exploratórios, não é o comportamento do preço (elevação, ou redução), ou a lucratividade isoladamente que devem ser punidos. O que deve ser punido é o efeito que o comportamento do preço gera sobre a concorrência no mercado - como o fechamento do mercado aos concorrentes, que podem ficar sem fornecedor, ou sem comprador. É completamente lícito a um inovador auferir lucros extraordinários porque gerou uma inovação - sendo os lucros extraordinários um prêmio pela capacidade inovadora. A própria NLAB define, no art. 36, §1º que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de uma empresa em relação aos seus competidores não caracteriza o ilícito concorrencial.

Esclarecido isso, qualquer conduta que tenha por objeto, ou tenha o potencial de produzir um dos efeitos descritos nos incisos I-IV da NLAB deve ser reputada uma infração à concorrência. Exemplos dessas condutas podem ser encontrados no art. 36, §3º da lei.

Há quatro resultados esperados a partir de investigações acerca de infrações de ordem concorrencial: elas podem repercutir em punições, absolvições, arquivamento de inquérito administrativo por falta de prova e acordos. As punições implicam o reconhecimento de que há um ilícito e que ele é punível; as absolvições representam o reconhecimento de que não há um ilícito, ou de que aquele ato/fato não é punível; por sua vez, o arquivamento do inquérito por falta de provas é inconclusivo e admite a ulterior reabertura da investigação para a incorporação de novas provas.

- **apreciar processos administrativos referentes a operações de concentração do mercado:** de acordo com o art. 88 *caput* da NLAB, devem ser *obrigatoriamente notificados* ao Cade os atos de concentração econômica (fusões, incorporações, *joint ventures*) em que pelos menos dois grupos econômicos envolvidos tenham certa dimensão, medida em faturamento, independentemente da dimensão da operação em si (valor da transação, ou do negócio). Apesar de definidos em lei (art. 88, I e II da NLAB) como R\$ 400 milhões e R\$ 30 milhões, esses valores podem ser readequados por meio de portaria interministerial da Fazenda e da Justiça, a partir de solicitação deliberada pelos membros do Tribunal Administrativo

(art. 88, §1º da NLAB). Em 30 de maio de 2012 esses valores foram, portanto, modificados para R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões. Desse modo, devem ser obrigatoriamente notificados ao Cade todos os atos de concentração econômica em que pelo menos uma das partes (grupo econômico) tenha registrado faturamento, ou negócios total no Brasil no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões – desde que pelo menos outra parte (grupo econômico) tenha registrado faturamento, ou negócios equivalente ou superior a R\$ 75 milhões.

A análise pelo Cade visa proibir os atos de concentração que possam eliminar a concorrência em parte substancial de mercado, ou que possam criar, ou reforçar uma posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços. Esses atos poderão, entretanto, ser admitidos, desde que, concomitantemente:

1. sejam observados os limites estritamente necessários para:
 - aumentar a produtividade ou a competitividade, ou
 - melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou
 - propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.
2. e seja repassada aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Em outras palavras, sempre que a operação criar, ou reforçar posição dominante, ou eliminar a concorrência em parte substancial do mercado, o Cade fará uma análise dos efeitos líquidos da operação, avaliando os danos causados pela redução da concorrência *vis-à-vis* os benefícios discriminados no art. 88, §6º, I e II da NLAB. Se os efeitos não forem liquidamente negativos, a operação deverá ser aprovada. Como, até que o Cade decida sobre a operação, as partes não podem alterar as condições concorrenciais vigentes previamente à operação (art. 88, §4º da NLAB), a análise feita pela autarquia é considerada uma *análise prévia dos atos de concentração*.

Note-se que a lei conferiu ao Cade discricionariedade para, por meio dos *acordos em controle de concentrações (ACCs)*, negociar ajustes na operação proposta, a fim de que ela tenha condições de ser aprovada pelo Tribunal Administrativo.

Apesar de o art. 88 caput da NLAB definir quais atos de concentração são de *notificação obrigatória* e impor a *análise prévia (a priori)* dessas operações, a lei também admite que o Cade reveja, *a posteriori*, atos cuja notificação não seja obrigatória. Nesse sentido, art. 88, §7º da NLAB admite que o Cade, até um ano da consumação de uma operação que não preencha os requisitos de faturamento do art. 88, I e II, exija a sua submissão. Entendemos que essa submissão, entretanto, só seja admissível se houver fundada suspeita de que a operação que não seja de submissão obrigatória possa provocar a eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, ou possa criar, ou reforçar uma posição dominante em mercado relevante de bens, ou serviços.

Note-se, alfim, que o parágrafo único do art. 90 da NLAB traz uma isenção concorrencial para as *joint ventures* que tenham como *propósito específico* a participação em licitações promovidas pela administração pública direta e indireta. Nesses casos, mesmo se preenchidos os requisitos de notificação obrigatória, os atos de concentração não devem ser submetidos ao Cade. Eles também não se sujeitam ao controle *a posteriori* do art. 88, §7º da NLAB.

- **instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica:** nos termos do art. 9º, XIV da NLAB, compete ao Tribunal Administrativo instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica. Por sua vez, nos termos do art. 13, compete à SG orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento da lei (XIII), desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica (XIV) e instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão (XV). Isso implica dizer que, assim como à Seae, compete ao Cade promover a concorrência nos órgãos de governo e perante a sociedade.

A diferença no tratamento que a lei dispensou entre os papéis da Seae e do Cade na advocacia da concorrência está na exclusiva função de órgão de *advocacy* atribuída à Seae, ao passo que, para o Tribunal Administrativo e para a SG, a atividade de *advocacy* não é rotineira. Talvez, justamente por isso, o legislador tenha optado por exigir apenas da Seae a divulgação anual de relatório das suas ações voltadas para a promoção da concorrência.

É possível, à primeira vista, também questionar por que atribuir tanto ao Cade, quanto à Seae um papel que um dos dois poderia exercer sozinho. Essa questão é respondida pela OCDE no seu relatório *Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries*, quando a organização lista as características desejáveis para uma agência antitruste (como é o caso do Cade, mas não da Seae, que é um órgão ministerial) que faça advocacia da concorrência:

- usufruir de autonomia: a autonomia tem dois aspectos, o estrutural e o operacional. A autonomia estrutural decorre do fato de uma agência reguladora não fazer parte de um ministério e poder definir o seu próprio orçamento. Por sua vez, a autonomia operacional corresponde à capacidade de fazer comentários e tomar posições que não se filiem àquelas defendidas por outros órgãos públicos, ou privados. *Apesar do valor atribuído à autonomia estrutural, ela pode ter efeitos ambíguos sobre a advocacia da concorrência, ao restringir o acesso a tomadores de decisão nos poderes Executivo e Legislativo;*
- ter recursos financeiros suficientes para exercer a suas atividades coercitivas e de *advocacy* (não coercitivas) e
- gozar de credibilidade como promotor imparcial e efetivo da concorrência.

Ou seja, a presença da Seae na advocacia da concorrência no setor público facilita o acesso aos órgãos decisores. Desse modo, embora a Seae, ao menos em tese, usufrua de menor autonomia política que o Cade, que é uma autarquia, ela tem maior facilidade discutir, ainda que a portas fechadas, questões economicamente sensíveis e sujeitas ao sigilo legal da Lei nº 12.257 de 18 de novembro de 2011, ou Lei de Acesso a Informações (“LAI”).

A presença da Seae na advocacia da concorrência é, também, extremamente relevante por força da histórica carência de pessoal no Cade e em razão da precedência que a NLAB, ao tratar das atribuições do Cade, dá à análise de casos (*case handling*) em detrimento da advocacia da concorrência. Diversamente do art. 19, que prevê regra de *accountability* para o não exercício adequado da *advocacy* pela Seae, a NLAB prevê punições ao pessoal do Cade apenas em caso do descumprimento dos prazos processuais (art. 46, §3º, art. 68, art. 82 da NLAB). Não é à toa que a leitura da NLAB consagra à Seae o papel de ator principal da promoção da advocacia da concorrência no país.



- Questões terminológicas

A terminologia adotada pelo legislador não é a mais precisa e por isso algumas explicações se fazem necessárias. As terminologias “infração à (da) ordem econômica”, ou “crime contra a ordem econômica”, por exemplo, que estão presentes, entre outros, na NLAB e na Lei 8.137/1990, por mais que venham sendo adotadas, nesses diplomas legais, para indicar ilícitos concorrenciais, têm amplitude muito maior. O capítulo dedicado à ordem econômica e financeira na Constituição Federal abarca, entre outros, setores regulados, como os de telecomunicações, transportes, energia elétrica e hidrocarbonetos. Como é razoável entender que infrações às regras regulatórias desses setores sejam também infrações à ordem econômica – ainda que não estejam disciplinadas pela NLAB, ou pela Lei nº 8.137/1990 -, optamos por usar terminologia mais precisa: infrações, ou crimes concorrenciais à (contra) a ordem econômica.

Outra questão terminológica reside no repetido uso da expressão “(atos de) *concentração econômica*” pelos doutrinadores para identificar, apenas, operações de concentração estrutural, como fusões e incorporações. Ocorre que algumas condutas podem surtir o mesmo de concentração do mercado. É o caso dos cartéis, que promovem a convergência das decisões comerciais de empresas que guardam autonomia gerencial. Para evitar esse problema, optamos por recorrer a outro termo para identificar o caso específico das fusões e aquisições: operações de *concentração estrutural* de mercado. No caso do art. 9º, X da NLAB, porém, o recurso à expressão “atos de concentração econômica” é adequada, pois abarca não só a competência do Tribunal Administrativo para analisar operações estruturais, como acordos legais entre concorrentes, como *joint ventures*, que preservam a autonomia gerencial das empresas envolvidas.



RESUMO

- Compete aos órgãos do SBDC:
 - o controle prévio das concentrações econômicas – competência que é exercida com exclusividade pelo Cade;
 - a repressão das condutas anticompetitivas – função que compete por excelência ao Cade, que conta com pessoal especializado para o desempenho dessa função, mas que não pode ser afastada do Judiciário (art. 5º, XXXV da Constituição Federal) e pode, quando o ilícito concorrencial representar ilícito também de outra natureza, ser exercida também por outro órgão administrativo, e
 - advocacia da concorrência – atividade que cabe, por excelência, à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae), mas que pode ser exercida, de forma concorrente, pelo Cade.
- A oscilação dos preços dos produtos, ou dos serviços para cima, ou para baixo não representa, por si só, uma infração à concorrência. Mas essa oscilação pode ser o meio utilizado para causar um dano à concorrência, ou o próprio resultado da prática anticompetitiva;
- Apenas os preços exclusionários representam uma infração à concorrência. Preços exploratórios podem ser punidos apenas em mercados regulados sujeitos a controle de preços;
- Como, até que o Cade decida sobre a operação, as partes não podem alterar as condições concorrenciais vigentes previamente à operação (art. 88, §4º da NLAB), a análise feita pela autarquia é considerada uma *análise prévia dos atos de concentração*.



QUESTIONÁRIO

1. Qual o maior benefício da análise prévia dos atos de concentração?

Anteriormente à NLAB, as empresas notificavam o Cade da ocorrência de um ato de concentração somente após a sua consumação. Isso levava a que, quando da análise da operação pelo Cade, as informações comerciais sensíveis já tivessem vindo a conhecimento do concorrente adquirente. Ademais, como as partes se apressavam em alterar a estrutura de funcionamento da adquirida, mudando a sua gerência, modificando a marca, misturando ativos e fazendo investimentos, uma eventual objeção do Cade à operação teria de passar a considerar, também, os efeitos que o desfazimento do negócio geraria sobre a economia - já que, segundo uma expressão muito utilizada nos Estados Unidos, *não é possível separar os ovos depois de mexidos*. Com o advento da análise prévia, nenhuma alteração dos negócios pode ocorrer previamente ao aval do Cade, tornando mais simples optar pelo desfazimento do negócio sem ter de pensar nos *ovos mexidos*.

2. O que é a advocacia da concorrência e qual o seu principal promotor?

A advocacia da concorrência é a atividade de cunho não repressivo que visa instruir governo, sociedade civil e empresariado acerca das boas práticas concorrenciais. O seu promotor por excelência é a Seae.



TITULO II: TEORIA ANALÍTICA
**Padrão de prova, mercado relevante, dominância,
infrações e reparação do dano**



4 Atos que Tenham por Objeto, ou Possam Produzir Efeitos Anticompetitivos

Identificadas as competências dos órgãos do SBDC, as penas aplicáveis e a formas como o dano pode ser reparado, parece-nos relevante entrar nas partes mais densas do Direito da Concorrência. São elas a definição de mercado relevante, a diferenciação entre concentração de mercado e poder de mercado e a análise das principais condutas. Este capítulo é dedicado à identificação da melhor regra para a análise das condutas.

Segundo o art. 36 da NLAB, serão considerados infrações concorrenciais à ordem econômica os atos sob qualquer forma manifestados que, independentemente de culpa, tenham por objeto, ou possam prejudicar a livre concorrência.

- atos que *podem* prejudicar a livre concorrência: são todos aqueles atos que, uma vez praticados, poderiam ter tanto efeitos positivos, quanto negativos sobre a concorrência. Nesses casos, é necessário que o Cade levante provas de terem sido causado danos concorrenciais, ou de que haja elevado potencial de que danos à concorrência venham a ser causados naquele caso específico. Usa-se, aqui, a *regra da razão*;
- atos que *tenham por objeto* prejudicar a livre concorrência: são todos aqueles atos que a experiência comprova não gerar qualquer benefício à concorrência e que, uma vez praticados, podem impingir-lhe danos severos. Nesses casos, **não** é necessário que o Cade, caso a caso, levante provas de terem sido causado danos concorrenciais, ou de que haja elevado potencial de que danos à concorrência venham a ser causados naquele caso específico. Usa-se, aqui, a *regra per se*.

Chama-se *regra da razão* o recurso a provas de dano (atual, ou potencial) e de nexos causal para condenar os atos que *podem prejudicar a concorrência*. Por sua vez, chama-se *regra per se* a prática de condenar os atos que *tenham por objeto prejudicar a livre concorrência* sem que, nesses casos, seja necessário provar o dano atual, ou potencial e, portanto, o próprio nexos de causalidade. Em casos de ilegalidade *per se* em casos de cartéis, apenas se exige prova da existência de acordo entre as empresas e/ou pessoas, sendo presumidos os efeitos negativos sobre a concorrência.

A grande discussão em torno da ilicitude *per se* está na premissa de que haja atos que, por natureza, não gerem qualquer benefício à concorrência - quando, na verdade, há decisões que provam que, mesmo nos casos de cartéis clássicos (cuja definição veremos mais adiante, mas que incluem os acordos sobre preços, ou quantidades), é possível encontrar, excepcionalmente, acordos eficientes. Essa situação é particularmente recorrente na constituição das ligas esportivas (que criam restrições de quantidade) e na venda de direitos de transmissão dos seus jogos (que lida com acordos de preços)⁸. Nesses casos, acordos restritivos sobre quantidades e preços são essenciais para a viabilidade do negócio e para a promoção do bem-estar social: sem uma limitação ao número de clubes em cada divisão e sem uma regra de repartição de receita entre os clubes visitantes e aos times locais, a realização do Campeonato Brasileiro de Futebol, por exemplo, torna-se praticamente inviável.

Nos Estados Unidos, restrições diretas à concorrência (*naked restraints*), como acordos sobre preços e quantidades, costumavam ser objeto da regra *per se*. Mas, exceto pelos cartéis clássicos (*hardcore*), a regra *per se* caiu naquele país em função de os economistas virem progressivamente provando haver efeitos econômicos positivos em diversos arranjos sobre preços. A decisão da Suprema Corte no caso *Leegin* em casos de fixação de preços de revenda é paradigmática, nesse sentido. No caso dos cartéis, a regra *per se* foi mantida em função da excepcionalidade de restrições diretas à concorrência que sejam eficientes e em razão de boa parte desses casos já ter sido mapeada.

Na União Europeia, por sua vez, embora haja regras bastante rígidas acerca de acordos sobre preços, alocação de clientes e quantidades, não há regra *per se* equiparável à norte-americana em função do disposto no art. 101.3 do Acordo sobre o Funcionamento da União Europeia (*Treaty on the Functioning of the European Union* - "TFEU")⁹. A regra europeia, que nos parece a mais acertada, promove, em última instância, uma inversão do ônus da prova no caso dos atos que tenham por objeto prejudicar a livre concorrência. Embora muitos europeus¹⁰ digam que a regra europeia equivale ao uso da regra da razão, é possível enquadrar a regra europeia,

⁸ Nos Estados Unidos, o caso *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984), embora tenha repercutido na condenação da NCAA, foi analisado segundo a regra da razão. No Brasil, o caso Clube dos Treze (Processo Administrativo nº 08012.006504/1997-11), analisado sob a regra da razão, repercutiu na assinatura de TCC.

⁹ O art. 101.3 do TFEU assemelha-se ao art. 88, §6º, I e II da NLAB - que, aqui, porém, é previsto, apenas, para atos de concentração. Por sua vez, a redação do art. 36 *caput* da NLAB assemelha-se àquela do art. 101.1 do TFEU.

¹⁰ Citem-se aqui, em particular, os estudiosos do principal centro de estudos legais em matéria concorrencial na Europa - o King's College London -, destacando-se, dentre eles, o professor Richard Whish.

dentro da visão de Areeda¹¹, como uma forma de regra *per se*: em última instância, caso o acusado não se desincumba das acusações que pesem contra ele, ele será condenado sem que haja qualquer prova denexo causal.

No Brasil, embora o Cade tenha historicamente rejeitado a regra *per se* por considerar que ela não se adequava ao padrão de prova exigido em crimes contra o patrimônio na lei penal, a promulgação da NLAB - embora não tenha trazido nenhuma alteração material ao artigo destinado à condutas - repercutiu em uma guinada pela aplicação da regra *per se*. A implementação da regra *per se* coincide com um momento em que a necessidade de cumprir os prazos apertados para a instrução dos atos de concentração trazida pela NLAB, associada à carência de pessoal, demandam a racionalização do tempo e dos recursos dedicados à análise dos processos de apuração de condutas. No nosso entender, como já afirmamos acima, essa racionalidade poderia ser atingida pela simples inversão do ônus da prova em casos de cartéis clássicos. É essa a única regra *per se* admissível no nosso ordenamento jurídico.

Notem que, diversamente da posição adotada pelo Cade, regras *per se* não se associam ao completo e necessário abandono de toda análise que extrapole a verificação da existência de nexocausal. Como já afirmava Areeda, a terminologia *per se* é utilizada de forma confusa. Há casos em os tribunais discutem profundamente os vários possíveis danos advindos de uma alegada restrição e as várias justificativas disponíveis para o réu e concluem que a conduta é *per se* ilegal caso as justificativas estejam ausentes. Um tribunal usando esses termos traduz a terminologia *per se* para afastar necessidade de provar poder de mercado, ou a produção de efeitos deletérios, mas não para afastar a explicação, ou a justificativa.

Segundo o autor, o significado original do termo “ilegalidade *per se*” está na recusa dos tribunais em analisar um, ou mais fatores que poderiam levar à razoabilidade da conduta investigada. Há, por sua vez, muitos desses fatores: a análise dos efeitos sobre a concorrência, do poder de mercado e dos objetivos e alternativas possíveis. O termo *per se* é usado para expressar a regra de julgamento que defende que se ignore um desses fatores, ou que se ignorem dois, ou mais dentre esses fatores, ou, até mesmo, todos eles.

Isso implica dizer que uma regra de inversão do ônus da prova - tal qual o modelo europeu e boa parte das decisões dos tribunais norte-

¹¹ AREEDA, Phillip E./HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Law – an analysis of antitrust principles and their application. Vol. VII. Aspen: New York, 2004, pp. 404/405.

americanos -, ao inverter o ônus de prova quanto ao poder de mercado e ao nexo de causalidade e atentar-se, apenas, para existência, ou não de um acordo entre as empresas e/ou pessoas, permitindo uma punição sem que haja prova de dano concorrencial, enquadra-se como regra *per se*. Mas representa uma regra *per se* melhor, porque, embora reconheça a hipossuficiência do Estado na coleta de informações que os infratores buscam esconder e, por isso, inverte o ônus da prova, está atenta à busca da verdade material.

A busca da verdade material passa pela identificação da capacidade de uma empresa impor danos concorrenciais à ordem econômica. Para tanto, é preciso identificar, na maioria dos casos, se uma empresa detém poder de mercado em determinado mercado relevante. As definições de mercado relevante e de poder de mercado, centrais para a análise concorrencial, seja na análise de condutas, ou no controle de estruturas, serão analisadas a seguir.



RESUMO

- A leitura do art. 36 da NLAB permite que se interprete ser aplicável, no Brasil não só a regra da razão, mas também a regra *per se*;
- A regra *per se* representa uma presunção absoluta, ou relativa (que admite a inversão do ônus da prova) de que um determinado ato gera efeitos negativos sobre a concorrência;
- A regra *per se* assenta-se no histórico de casos envolvendo aquela conduta e na verificação de que, raras exceções, não há indícios de que ela gere efeitos concorrenciais positivos;
- A regra *per se* como presunção absoluta gera um ganho de tempo por parte do Cade, que não precisará dedicar recursos para definir mercado relevante e avaliar o efeito líquido de uma determinada conduta sobre a concorrência;
- A regra *per se* como uma presunção relativa representa a inversão do ônus da prova em desfavor do administrado e, diversamente da presunção absoluta, casa-se com a apuração da verdade material.



QUESTIONÁRIO

1. Onde se lê, no art. 36 da NLAB, que o Direito Concorrencial brasileiro admite a regra *per se*?

Segundo o art. 36 da NLAB, serão considerados infrações concorrenciais à ordem econômica os atos sob qualquer forma manifestados que, independentemente de culpa, tenham por objeto, ou *possam* prejudicar a livre concorrência. Atos que *tenham por objeto* prejudicar a livre concorrência são todos aqueles atos que a experiência comprova não gerar benefícios à concorrência e que, uma vez praticados, podem impingir-lhe danos severos. Eles surgem em contraposição aos atos que *possam* prejudicar a concorrência, com relação aos quais é necessário provar os seus *efeitos esperados* (não necessariamente comprovados, já que a defesa da concorrência trabalha com estimativa de cenário) sobre a concorrência.



5 Mercado relevante

Estamos habituados a falar em mercados. Há um senso comum na população de que o *mercado* pode ser tomado como sinonímia de *setor*. Essa percepção é correta e está em pleno acordo com a análise concorrencial. Mais do que isso, essa percepção é essencial para compreender a definição de *mercado relevante* - expressão que, na análise concorrencial, substitui o recurso ao menos preciso conceito de mercado.

Ocorre que, quando falamos em *mercado relevante*, trazemos uma qualificação ao termo mercado: o adjetivo *relevante*. O termo relevante altera substancialmente a definição de mercado: ele pode tornar-se mais, ou menos abrangente que a percepção de setor. Na essência, porém, continuamos falando de um setor. O que a definição de mercado relevante faz é elevar a precisão do termo *mercado*, para torná-lo instrumental à análise concorrencial. Por isso, quando se fala de mercado, liderança de mercado, participação de mercado, poder de mercado, ou qualquer outra expressão a que se recorre na análise concorrencial (inclusive neste trabalho), a medida é sempre o *mercado relevante*.

Peguemos o caso de chocolates, por exemplo. É possível falar em mercados de doces, mercados de balas, mercados de coberturas, mercados de ovos de Páscoa e tantos outros. Apesar de utilizarmos diferentes agrupamentos ao tratar de um mesmo produto (chocolate), temos uma percepção natural de que um ovo de Páscoa não é a mesma coisa que uma bala. E que a aquisição de um ovo de Páscoa não faz sentido em certas épocas do ano, ainda que estejam baratos, ou não possam ser perfeitamente substituídos em certa época do ano, apesar de substancialmente mais caros que outras opções de chocolate. É essa percepção de substituíbilidade que define um mercado relevante.

A definição de substituição que interessa para a defesa da concorrência é aquela que permita identificar o conjunto de produtos que ofereçam uma pressão competitiva sobre os preços dos demais. Quanto maior a percepção de substituíbilidade entre dois produtos pelo consumidor, menor a diferença de preço que ele admitirá para trocar um produto pelo outro. No limite, quando o consumidor identifica dois produtos como *substitutos perfeitos*, ele leva o que for mais barato. Esse é, em geral, o caso dos produtos *in natura*, ou não industrializados sem marca e denominação de origem que encontramos nas feiras. Ali, observados dois produtos (por exemplo, o tomate) em iguais condições de qualidade, o consumidor levará o mais barato. Dada a sua homogeneidade, esses

produtos são cotados internacionalmente, sem diferenciação de preço por unidade de medida, no mercado de *commodities*.

Não é por outro motivo que a identificação da diferença de preços é utilizada na análise concorrencial como uma medida (*proxy*) de substituíbilidade. Quanto menor for a variação de preço admissível pelo consumidor, maior a aproximação de dois produtos, ou serviços como *substitutos próximos*. Tradicionalmente, os analistas concorrenciais fixam um limite de 5% de variação de preços após uma fusão para identificar se a operação conferiu, ou não, poder de mercado ao adquirente. Se a diferença de preços esperada entre os períodos pré e pós-fusão ultrapassa 5% sem que haja a expectativa de uma pressão competitiva de outros produtos, considera-se que a operação confere poder de mercado ao adquirente e deve ser obstada. Ou seja, não haveria uma pressão competitiva suficiente por parte da concorrência para evitar a elevação dos preços do produto adquirido a patamares supracompetitivos. Esse limite de 5% é apenas indicativo, porém. É natural que em produtos de baixo valor final uma maior variação de preços seja aceitável, sem que se afete o bem-estar do consumidor¹².

Essa imposição de um limite aceitável à variação de preços para a análise de substituição é justificável. A teoria econômica reconhece que, no limite, todo produto é substituível. Não é, porém, a necessidade de deixar de consumir um produto e substituí-lo por outro que assuma a sua função que torna esse segundo produto uma alternativa próxima (*substituto próximo*) ao primeiro. Imaginemos o caso do transporte. O transporte público inseguro e sem conforto não é considerado, para o consumidor médio brasileiro, um substituto para o automóvel privado, apesar do trânsito das grandes cidades. Não é, também, pela ausência de uma proximidade substitutiva que o consumidor não possa considerar, inclusive, ir a pé de casa para o trabalho na impossibilidade de recorrer a um meio de transporte seguro. O mesmo vale para a água e a Coca Cola: apesar de a água ser essencial para a vida, é bastante provável que ninguém se abstinhasse de substituí-la pela Coca Cola caso não houvesse alternativa à hidratação no deserto. Mas essa possibilidade de, em última instância, substituímos qualquer produto por outro, não torna o substituto distante capaz de exercer suficiente pressão sobre os preços do produto de dileção, devendo ser ignorado para efeito da análise concorrencial.

¹² Já tratamos disso em **Aumentos significativos e não transitórios de preço (SSNIP) em produtos de baixo valor final**. Revista de Direito da Concorrência, v. 1, p. 59-78, 2008.

O teste do monopolista hipotético, se aplicado sem maior rigor, pode conduzir precisamente a esse erro. Como o teste avalia o poder de mercado por meio da capacidade de o adquirente elevar os preços do produto adquirido a partir de um valor qualquer, o teste não contempla a preocupação com o fato de o preço de partida eventualmente já ser supracompetitivo. Nesses casos em que o preço de partida é supracompetitivo, o fato de uma elevação do preço da ordem de 5% levar à migração para um concorrente não implicará a presença de substitutos próximos, ou de concorrência. Muito pelo contrário, implicará que o adquirente já cobra o preço de maximização do lucro do monopolista e que o desvio da demanda é decorrência da incapacidade de o monopolista eternamente cobrar o preço que deseja. Vale lembrar que o monopolista maximiza os seus lucros elevando os preços e, por subsequente, restringindo a acessibilidade ao seu produto. Esses consumidores estariam migrando para a concorrência, portanto, não por entender que os produtos sejam substitutos próximos, mas porque, no limite, a restrição orçamentária torna qualquer produto substituível por outro. Equívocos com relação a essa avaliação incorrem na denominada falácia do celofane¹³.

Desse modo, o mercado relevante é composto pelo produto que está sendo objeto de investigação e pelos seus substitutos perfeitos e próximos. Ou seja, o mercado relevante é formado pelos produtos e serviços que podem exercer, entre si, pressão competitiva sobre os preços e sobre a qualidade. São produtos que, apesar da sua diversidade relativa, são percebidos como sendo “a mesma coisa”, ou “quase a mesma coisa” pelo consumidor.

Fazendo um paralelo com o início desta seção, a definição de mercado relevante assemelha-se a identificar um setor não mais a partir da denominação comercial (bebidas alcoólicas), mas a partir das nossas preferências de consumo (destilados, bebidas não alcoólicas, vinho branco, vinho tinto, cerveja *premium*, cerveja comum, ou espumante).

O teste utilizado na análise concorrencial para a definição do mercado relevante é chamado de teste do monopolista hipotético e baseia-se justamente na análise de substituíbilidade entre os diferentes produtos. Segundo esse teste, toma-se o produto, ou o serviço chave (cada produto do portfólio dos produtos, ou cada serviço do portfólio dos serviços do grupo adquirido) e faz-se uma análise dos comportamento dos consumidores ante um aumento de até 5% do seu preço (este teste é

¹³ Em referência ao caso *United States v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 76 S.Ct. 994, 100 L.Ed. 1264 (1956).

chamado teste SSNIP, que pode ser traduzido do inglês como um *pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços*). Caso o consumidor migre para outro produto, esse outro produto será incluído no mercado relevante e refaz-se o teste, desta vez com esse novo produto. O teste é repetido até que não haja mais migrações. O conjunto de alternativas identificado pela aplicação do teste SSNIP é o mercado relevante sob o viés do produto.

O mercado relevante é também habitualmente analisado pelo viés do produtor. A lógica é a mesma. Caso haja uma elevação de até 5% do preço do produto do portfólio do grupo adquirido, quantos novos competidores de mercados vizinhos optariam por entrar nesse mercado? A análise concorrencial pela ótica do produtor identifica se uma elevação persistente do preço de uma mercadoria, ou serviço provocaria a entrada nesse mercado de empresas que atuem em mercados vizinhos.

Diversamente da análise pela ótica do consumidor, que identifica a substituibilidade entre dois produtos, ou serviços, a análise pela ótica do produtor identifica a existência de barreiras à entrada no mercado relevante.

O mercado relevante tem uma dimensão geográfica. Ela avalia a distância que uma pessoa, ou empresa está disposta a percorrer em caso de um *pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços* de cada produto do portfólio do grupo adquirido. A depender da propensão ao deslocamento, o mercado relevante pode variar de uma pequena localidade (inclusive um bairro, ou o próprio estabelecimento comercial, no caso da inexistência de concorrentes) até a dimensão mundial. Em geral, a propensão ao deslocamento está diretamente associada ao valor final do produto. Produtos com baixa representatividade no orçamento costumam não despertar o interesse no deslocamento. Uma baixa diferença entre os valores do mesmo produto em dois locais distintos também não costuma compensar o deslocamento.

Existe, ainda, uma vertente pouco falada do mercado relevante. Trata-se da ótica temporal. O mercado relevante, pela ótica temporal, analisa a sazonalidade da competitividade no mercado. Ou seja, é possível que, se ignorarmos o fator sazonal, estejamos considerando como concorrentes dois produtos que não podem fazer competição um ao outro. Esse é o caso de determinadas frutas. Suponhamos o seguinte exemplo:

A geleia de morango e a geleia de maçã são consideradas os únicos acompanhantes para os tradicionais *waffles* na Irlanda. Suponhamos que o segundo maior produtor de geleia de morango de um país X esteja



adquirindo os dois únicos produtores de geleia de maçã desse mesmo país e que, por questões climáticas e de câmbio, não haja alternativa aos produtores existentes. Suponhamos, também, que, por uma questão de rivalidade histórica entre famílias, a rivalidade entre o maior e o segundo produtor de geleia de morango não possa ser afetada pela operação. Uma análise superficial da pesquisa de substituíbilidade entre as geleias identificaria a preservação de um duopólio competitivo após a operação e que não geraria maiores preocupações concorrenciais. Uma verificação da sazonalidade, porém, permitiria identificar que o morango tem um longo período de entressafra, durante o qual o agora monopolista na produção de geleias de maçã, sem que sofra qualquer competição das geleias de morango, poderia abusar do seu monopólio.

Vale repetir que, na prática, o limite de 5% é meramente indicativo e que a análise de mercado relevante deve ser acompanhada de outros elementos que identifiquem a pressão competitiva entre os produtos. O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da Seae traz a seguinte explicação¹⁴:

“O teste do ‘monopolista hipotético’ consiste em se considerar, para um conjunto de produtos e área específicos, começando com os bens produzidos e vendidos pelas empresas participantes da operação, e com a extensão territorial em que estas empresas atuam, qual seria o resultado final de um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento dos preços para um suposto monopolista destes bens nesta área. Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então a Seae e a SDE acrescentarão à definição original de mercado relevante o produto que for o mais próximo substituto do produto da nova empresa criada e a região de onde provém a produção que for a melhor substituta da produção da empresa em questão. Esse exercício deve ser repetido sucessivamente até que seja identificado um grupo de produtos e um conjunto de localidades para os quais seja economicamente interessante, para um suposto monopolista, impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório aumento’ dos preços. O primeiro grupo de produtos e localidades identificado segundo este procedimento será o menor grupo de produtos e localidades necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor

¹⁴ Anexo à Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001.

um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento dos preços, sendo este o mercado relevante delimitado. Em outras palavras, ‘o mercado relevante se constituirá do menor espaço econômico no qual seja factível a uma empresa, atuando de forma isolada, ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada, exercer o poder de mercado.’

Um suposto monopolista está em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preço quando os consumidores não puderem desviar uma parcela significativa da demanda para bens substitutos ou bens provenientes de outra região. Os conjuntos de produtos e áreas geográficas que um hipotético monopolista deve controlar para que possa impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório aumento’ dos preços determinam, respectivamente, a dimensão do produto e a dimensão geográfica do mercado relevante.

O efeito de um ‘pequeno porém significativo e não transitório aumento’ de preços para o monopolista hipotético depende da reação dos consumidores. Esta reação, por sua vez, é dada em função da propensão com que os consumidores estejam dispostos a desviar sua demanda para um produto substituto ou a para produto idêntico oriundo de outra área, como resposta a um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preço. Para examinar a possibilidade de os consumidores desviarem sua demanda a produtos substitutos de uma mesma região e para produtos idênticos porém de uma área distinta, a SEAE e a SDE considerarão os seguintes fatores:

- características físicas dos produtos;
- características dos processos produtivos;
- propriedades comerciais dos produtos;
- evolução dos preços relativos e das quantidades vendidas;
- tempo e os custos envolvidos na decisão de consumir ou produzir produtos substitutos;
- tempo e os custos envolvidos na decisão de consumir ou produzir produtos idênticos provenientes de outras áreas; e



- evidências de que os consumidores desviarão sua demanda ou levarão em conta a possibilidade de desviá-la em função de mudanças nos preços relativos ou em outras variáveis de competição (comportamento passado dos consumidores).

Em casos específicos poderão ser considerados como participantes do mercado os produtores potenciais de curto prazo, isto é, empresas que não produzem atualmente, mas que podem passar a produzir em resposta a um ‘pequeno porém significativo e não transitório aumento’ dos preços, em um período não superior a um ano e sem a necessidade de incorrer em custos significativos de entrada ou de saída. Serão considerados significativos os custos de entrada ou de saída que não puderem ser cobertos em um período igual ou inferior a um ano, a contar do início da oferta do produto.”

Do mesmo modo, os Comentários ao Guia de Fusões Horizontais da FTC e do DoJ:

“O Guia define um mercado como ‘um produto ou conjunto de produtos e a área geográfica onde ele é produzido ou comercializado, de tal modo que um hipotético agente maximizador de lucros, não sujeito à regulação, o qual era o único produtor ou vendedor atual ou futuro daqueles produtos naquela área importaria, *coeteris paribus* (tudo o mais constante), ao menos um ‘pequeno, mas significativo, e não transitório’ aumento de preço. Guia §1.0.

Esta perspectiva de definição do mercado é conhecida como teste do ‘monopolista hipotético’. A fim de determinar os efeitos deste ‘pequeno, mas significativo, e não transitório’ aumento de preço (comumente chamado por ‘SSNIP’), as agências geralmente usam um aumento de 5% sobre os preços. Este teste identifica quais produtos em quais localidades geográficas constroem significativamente o preço dos produtos dos requerentes do ato de concentração.

O método do Guia para implementar o teste do monopolista hipotético começa pela identificação de cada produto produzido ou comercializado por cada requerente do



ato de concentração. Em seguida, para cada produto, o guia expande o mercado candidato adicionando o próximo melhor substituto e assim sucessivamente. Um mercado relevante sob a dimensão produto corresponde ao menor grupo de produtos que satisfaça ao teste do monopolista hipotético. A definição do mercado relevante sob a dimensão produto depende, essencialmente, da substituição pelo lado da demanda. – *i.e.*, da vontade de o consumidor mudar de um produto para outro em reação a aumento de preços. A perspectiva do Guia para a definição de mercado reflete a distinção entre a substituíbilidade do lado da demanda da substituíbilidade pelo lado da oferta – *i.e.*, a habilidade e vontade, dada a capacidade existente, de uma sociedade deixar de produzir um produto para produzir outro em reação à mudança de preço. Sob esse prisma, a substituíbilidade pela demanda preocupa-se com a definição do mercado, ao passo que a substituíbilidade pela oferta e a entrada de ofertantes preocupam-se com atuais e potenciais participantes no mercado.

A definição de mercado relevante geográfico é feita basicamente do mesmo modo que aquela do mercado relevante produto – por meio da identificação do menor mercado possível e, depois, expandindo-o pela adição dos próximos melhores substitutos e assim sucessivamente. Desse modo, para a definição do mercado geográfico, as agências começam pelas áreas nas quais os requerentes do ato de concentração competem com relação a cada produto relevante, estendendo as fronteiras dessas áreas até que se defina a menor área na qual um monopolista hipotético conseguiria aumentar os seus preços por, pelo menos, uma quantia pequena, mas significativa, e não transitória. (...)

O processo de definição do mercado relevante está diretamente relacionado à análise dos efeitos concorrenciais. Ao analisar atos de concentração, as agências identificam riscos específicos de potenciais danos à concorrência e delineiam os mercados apropriados nos quais a probabilidade de que esse dano ocorra será avaliada. Este processo poderia levar a diferentes conclusões sobre os mercados nos quais os danos poderiam ocorrer, mesmo em dois atos de concentração similares dentro do mesmo setor. (...)



Um ato de concentração pode reduzir a concorrência substancialmente por meio de efeitos unilaterais se ele criar a probabilidade de que a sociedade resultante, sem qualquer coordenação com concorrentes alheios à operação, aumente o seu preço ou, de outro modo, exerça poder de mercado de modo mais agudo do que estaria apta a fazer anteriormente à operação.”

RESUMO

- O mercado relevante é composto pelo produto que está sendo objeto de investigação e pelos seus substitutos perfeitos e próximos. Ou seja, o mercado relevante é formado pelos produtos e serviços que podem exercer, entre si, pressão competitiva sobre os preços e sobre a qualidade. São produtos que, apesar da sua diversidade relativa, são percebidos como sendo “a mesma coisa”, ou “quase a mesma coisa” pelo consumidor;
- O mercado relevante é também habitualmente analisado pelo viés do produtor. A análise concorrencial pela ótica do produtor identifica se uma elevação persistente do preço de uma mercadoria, ou serviço provocaria a entrada nesse mercado de empresas que atuem em mercados vizinhos e que se interessassem pelos seus preços atrativos;
- Diversamente da análise pela ótica do consumidor, que identifica a substituíbilidade entre dois produtos, ou serviços, a análise pela ótica do produtor identifica a existência de barreiras à entrada no mercado relevante;
- O mercado relevante tem uma dimensão geográfica. Ela avalia a distância que uma pessoa, ou empresa está disposta a percorrer em caso de um *pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços* de cada produto do portfólio do grupo adquirido. A depender da propensão ao deslocamento, o mercado relevante

pode variar de uma pequena localidade (inclusive um bairro, ou o próprio estabelecimento comercial, no caso da inexistência de concorrentes) até a dimensão mundial;

- Em geral, a propensão ao deslocamento está diretamente associada ao valor final do produto. Produtos com baixa representatividade no orçamento costumam não despertar o interesse no deslocamento. Uma baixa diferença entre os valores do mesmo produto em dois locais distintos também não costuma compensar o deslocamento;
- Existe, ainda, uma vertente temporal do mercado relevante. O mercado relevante, pela ótica temporal, analisa a sazonalidade da competitividade no mercado. Ou seja, é possível que, se ignorarmos o fator sazonal, estejamos considerando como concorrentes dois produtos que não podem fazer competição um ao outro.



QUESTIONÁRIO

1. *Por que a diferença de preços entre os produtos, ou serviços é uma medida importante para definir o mercado relevante?*

O mercado relevante representa o conjunto de opções próximas consideradas pelo consumidor para um dado produto, ou serviço. Quanto maior a proximidade dos preços, maior a semelhança dos produtos aos olhos do consumidor. Quanto maior a diferença de preços, mais o consumidor percebe diferença entre os produtos, reduzindo a pressão que um exerce sobre os preços do outro. Trata-se de uma situação corriqueira na concorrência monopolística - situação em que, apesar de duas empresas comercializarem o mesmo produto (camisetas, p.e.), a marca, ou outros diferenciais (como o valor dado a determinada coleção) levam a que o consumidor aceite um preço mais alto para aquele produto, que, para ele, é único. Ou seja, a marca é capaz de conferir um certo poder de monopólio a um produto, apesar da existência de outros produtos do mesmo gênero no mercado. É como se, ao invés de existir o produto *camisas*, existissem diversos produtos diferentes entre si (camisas Hering, camisas Polo Ralph Lauren, camisas Hugo Boss e assim por diante).



6 Concentração de mercado

Uma das medidas mais relevantes para a identificação de mercados com elevada propensão para problemas concorrenciais reside na análise da sua concentração. A análise de concentração nada mais é que um retrato (estático) do mercado: verifica-se qual a fatia (do faturamento, das unidades vendidas, dos atendimentos) do setor que pode ser atribuída a cada empresa. Cada fatia atribuída a uma empresa representa a sua participação de mercado (*market share*).

A concentração econômica é qualitativa: ainda que um mercado tenha uma infinidade de participantes, ele só será considerado diluído, ou pulverizado caso a participação de mercado de cada um concorrentes seja baixa. O mercado costuma ser classificado, em função do seu grau de concentração, em (i) não concentrado, (ii) moderadamente concentrado, ou (iii) altamente concentrado.

Quanto mais concentrado mercado, maior a probabilidade de abuso de posição dominante – seja o abuso concertado (entre dois, ou mais empresas e/ou pessoas gerencialmente autônomas), seja imposto unilateralmente. Ou seja, se apenas uma empresa dominar o mercado, grandes são as chances de que ela cometa o abuso de forma individual, em razão de a sua condição lhe permitir influenciar, ou determinar o comportamento do mercado sem precisar apelar para os elevados custos de transação e de monitoramento dos acordos. Caso haja mais de uma empresa com posição dominante, um não conseguirá adotar medidas concorrenciais abusivas de forma consistente sem a conivência do outro. Nesse caso, porém, os envolvidos terão de arcar com os custos do acordo (como já afirmamos, custos de transação, que incluem os custos de monitorar o cumprimento do acordo e os para acertar o acordo). É também possível associar a quantidade de agentes envolvidos no acordo com os seus custos e a sua longevidade: quanto maior o número de envolvidos na prática, maiores os custos de monitoração do acordo e maiores as chances de traição - e, portanto, menor a sua longevidade.

As principais ferramentas para a sua medição da concentração do mercado são:

- os índices C_n : medem o somatório das participações dos “n” maiores *players* do mercado, sendo o C_4 o mais comum. Costuma-se considerar que o C_4 (somatório das participações dos quatro líderes do mercado) acima de 75% indica mercado altamente

concentrado, no qual a probabilidade de colusão/cartel é bastante elevada. Em razão de servir, exclusivamente, ao propósito de facilitar a visualização da participação de mercado conjunta dos “n” maiores concorrentes, a aplicação do índice C_n é mais indicada para a análise comportamental. A relação entre o grau de concentração e a colusão está em que, dada a menor quantidade de concorrentes, o ajuste é facilitado nos mercados mais concentrados. O raciocínio é bastante simples: quanto menor o número de agentes necessários para dominar, conjuntamente, o mercado, mais fácil é arquitetar um cartel, assim como monitorar e punir aqueles que desviarem da conduta, traindo o acordo. Exemplos de uso do C_n : no mercado de credenciadoras de cartão de crédito o C_2 (o somatório das participações dos dois líderes do mercado) é de aproximados 95%. Em um recente processo de aquisição no mercado de cimento o Cade verificou que o C_4 era de 100%. Ou seja, só havia quatro concorrentes no mercado.

- o HHI (índice *Herfindahl-Hirschman*, que representa o somatório dos quadrados das participações de mercado de TODOS os *players*). Por demandar o conhecimento do *market share* de todos os concorrentes, a determinação do HHI é considerada mais complexa que a medição do C_4 . Para a avaliação estrutural dos mercados costuma-se recorrer ao Δ HHI, que nada mais é que a diferença entre os quadrados das participações de todos as empresas concorrentes, antes e depois da operação. Esse índice capta a noção de que os atos de concentração tornam-se crescentemente indesejáveis à medida que o mercado se concentra. Exemplo de uso do Δ HHI: em um recente processo de aquisição no mercado de cimento o Cade verificou que o Δ HHI caía 945 pontos. Em outras palavras, houve desconcentração do mercado. Os valores do HHI e do Δ HHI são avaliados segundo o quadro abaixo, elaborado há alguns anos pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade:

Guia americano - 1997	Guia americano - 2004	Guia americano - 2010
Um ato de concentração não gera preocupações concorrenciais se:		
HHI < 1000, pós-fusão	HHI < 1000, pós-fusão	HHI < 1500, pós-fusão
1000 ≤ HHI ≤ 1800, pós-fusão, e ΔHHI ≤ 100	1000 ≤ HHI ≤ 2000, pós-fusão, e ΔHHI < 250	1500 ≤ HHI ≤ 2500, pós-fusão, e ΔHHI < 100
HHI > 1800, pós-fusão, e ΔHHI < 50	HHI > 2000, pós-fusão, e ΔHHI < 150	HHI > 2500, pós-fusão, e ΔHHI < 100
ΔHHI < 50	ΔHHI < 150	ΔHHI < 100
Um ato de concentração tem potencial de gerar efeitos concorrenciais negativos se:		
1000 ≤ HHI ≤ 1800, pós-fusão, e ΔHHI > 100	1000 ≤ HHI ≤ 2000, pós-fusão, e ΔHHI > 250	1500 ≤ HHI ≤ 2500, pós-fusão, e ΔHHI > 100
HHI > 1800, pós-fusão, e 50 ≤ ΔHHI ≤ 100	HHI > 2000, pós-fusão, e ΔHHI ≥ 150	HHI > 2500, pós-fusão, e 100 ≤ ΔHHI ≤ 200
Um ato de concentração presumivelmente gera efeitos concorrenciais negativos se:		
HHI > 1800, pós-fusão, e ΔHHI > 100		HHI > 2500, pós-fusão, e ΔHHI > 200

Desse modo:

- nas análises de fusões, mercados com HHI abaixo de 1500 pontos pós-fusão são considerados não concentrados e não costumam gerar preocupações concorrenciais;
- mercados com HHI entre 1500 e 2500 pontos pós-fusão são considerados moderadamente concentrados e costumam gerar preocupações se a variação do HHI (Δ HHI) entre o momento anterior e posterior à fusão for superior a 100 pontos;
- já os mercados com HHI acima de 2500 pontos pós-fusão são considerados altamente concentrados. Nessa situação, geram-se preocupações concorrenciais se o Δ HHI entre o momento anterior e posterior à fusão for de pelo menos 100 pontos, mas não ultrapassar 200 pontos. Caso o Δ HHI entre o momento anterior e posterior à fusão ultrapassar os 200 pontos, existe uma presunção de que a operação gera efeitos concorrenciais adversos. Essa presunção é, entretanto, relativa e representa, apenas, uma inversão do ônus da prova.

- Segundo as orientações da Comissão Europeia para as concentrações horizontais, mercados moderadamente concentrados podem suscitar preocupações concorrenciais nos seguintes casos:
- uma concentração que envolva um concorrente potencial direto;
- uma concentração que envolva um importante inovador e esse fato não esteja refletido na participação de mercado;
- a existência de participações cruzadas significativas entre os participantes no mercado;
- a concentração envolva a aquisição de um *dissidente*, ou contestador do mercado, ou seja, aquele concorrente que tenha elevada probabilidade de perturbar o comportamento coordenado do mercado e gerar maior rivalidade. A esse concorrente dissidente costumamos denominar *maverick*, em razão do seu comportamento anômalo;
- haja indícios de existência de coordenação, ou de práticas que a facilitam;
- uma das partes na concentração possui uma quota de mercado anterior à concentração igual ou superior a 50 %, o que indica uma propensão a monopolizar o mercado.
- A Comissão Europeia adverte que a concentração horizontal pode gerar impactos significativos sobre a concorrência, destacando:
 - a eliminação de pressões concorrenciais importantes sobre um, ou mais empresas que, conseqüentemente, serão beneficiadas com um aumento do poder de mercado, sem precisar recorrer a um comportamento coordenado (efeitos não coordenados).
 - a alteração da natureza da concorrência, de forma que aqueles que anteriormente não coordenavam o seu comportamento tenham maior propensão a coordenar e a aumentar os preços, ou a prejudicar de qualquer outra forma a concorrência efetiva. Uma concentração poderá também tornar a coordenação mais fácil, mais estável ou mais efetiva para as empresas que já coordenavam o seu comportamento antes da concentração (efeitos coordenados).

Segundo os Comentários ao Guia de Fusões Horizontais dos homólogos do Cade nos EUA, a Federal Trade Commission (“FTC”) e o

Department of Justice (“DoJ”), um ato de concentração pode elevar a propensão à coordenação quando envolva a aquisição de uma sociedade ou de um ativo que é, sob o prisma concorrencial, único – como é o caso dos *mavericks*, definidos pelo Guia de Fusões Horizontais como *sociedades que têm incentivos maiores do que os concorrentes para desviar de um comportamento de coordenação (e.g., sociedades que raramente são problemáticas e que subsistem como influências competitivas no mercado)*. Ademais, segundo o guia, *um maverick pode ser entendido como a sociedade com uma estrutura de custos drasticamente diferente, o qual, desse modo, não tem incentivos a participar de uma ação concertada*. Mas essa assimetria com relação aos outros concorrentes pode dar-se em outras dimensões que não os custos. Se a adquirida é um *maverick*, a sua aquisição pode tornar a coordenação mais provável, porque a natureza e a intensidade da competição podem mudar significativamente como resultado da concentração. (...)

De forma similar, um ato de concentração pode levar à coordenação anticompetitiva se ativos que possam evitar a coordenação são adquiridos por um dentre os limitados competidores de maior porte de um determinado mercado. Por exemplo, a coordenação aumentaria se, anteriormente à aquisição, a capacidade de os pequenos competidores existentes na franja expandirem a produção fosse suficiente para evitar eventuais tentativas de coordenação de preços pelos competidores de maior porte; nesse caso, a aquisição alocaria de tal modo a capacidade produtiva da franja para uma empresa de maior porte (ou, em outras palavras, eliminaria a franja como uma ameaça competitiva), que a capacidade da franja passaria a ser insuficiente para afastar um aumento coordenado de preços.

Apesar de as concentrações horizontais (entre concorrentes) contarem com vasta literatura, as concentrações verticais (envolvendo empresas em diferentes etapas da mesma cadeia produtiva) e conglomeradas (envolvendo setores distintos) recebem menor destaque da doutrina e das autoridades. A Comissão Europeia, nas suas orientações para as concentrações não horizontais, entretanto, destaca a sua preocupação com o fechamento de mercado - seja ele um fechamento do fornecimento (input foreclosure), seja da via de escoamento (*customer foreclosure*) -, caso a nova entidade detenha poder de mercado em alguma das etapas do processo produtivo. Com relação às concentrações conglomeradas, uma forma de fechamento de mercado poderia operar-se por meio das vendas casadas. Esse tipo será analisado mais adiante.

RESUMO

- Uma das medidas mais relevantes para a identificação de mercados com elevada propensão para problemas concorrenciais reside na análise da sua concentração;
- A análise de concentração nada mais é que um retrato do mercado: verifica-se qual a fatia do setor que pode ser atribuída a cada uma das empresas;
- Quanto mais concentrado mercado, maior a probabilidade de abuso de posição dominante – seja o abuso concertado (entre duas, ou mais empresas), seja imposto unilateralmente;
- um ato de concentração pode elevar a propensão à coordenação quando envolva a aquisição de uma sociedade ou de um ativo que é, sob o prisma concorrencial, único – como é o caso dos *mavericks*;
- atos de concentração não horizontais (verticais e conglomerados) despertam preocupações associadas ao fechamento de mercado.



QUESTIONÁRIO

1. *O que é um maverick? Qual a relevância de um maverick para a preservação da competitividade em um mercado?*

Considera-se *maverick* a empresa que é, sob o prisma concorrencial, única. Trata-se, em geral, da empresa que, por ser mais eficiente, conta com uma estrutura de custos drasticamente diferente dos seus concorrentes, não tendo incentivos a participar de uma ação concertada. Um *maverick* exerce um papel dissidente, ou contestador do mercado, ou seja, falamos daquele concorrente que tem uma elevada probabilidade de perturbar o comportamento coordenado do mercado e gerar maior rivalidade. A aquisição de um *maverick* pode tornar a coordenação mais provável, porque a natureza e a intensidade da competição podem mudar significativamente como resultado da concentração.

2. *Quais os tipos de concentração estrutural?*

As concentrações estruturais podem ser classificadas em horizontais (entre concorrentes), verticais (envolvendo empresas em diferentes etapas da mesma cadeia produtiva) e conglomeradas (envolvendo setores distintos).



7 Poder de mercado (dominância)

Como vimos dizendo, o Direito da Concorrência visa proteger o consumidor não só de infrações atuais à concorrência, como de ameaças. É por isso que o Direito da Concorrência se preocupa em punir as infrações que causem danos à concorrência, mas também se ocupa em vetar atos de concentração econômica e condutas que tenham o potencial de causar dano à concorrência.

A medida mais utilizada para identificar a existência desse potencial de dano à concorrência é o poder de mercado. Apenas quem, isolada, ou conjuntamente, detenha poder de mercado é capaz de tomar decisões de cunho comercial que podem influenciar o comportamento do mercado. Ou seja, quem tem poder de mercado é capaz, entre outras coisas, de:

- elevar preços, reduzir a quantidade do produto, ou serviço no mercado, sem que perca clientela, porque conta com a fidelidade dos clientes;
- impor exclusividade a distribuidor, ou ao revendedor, porque o seu produto, ou serviço responde pela maior parte das suas vendas (*must have*, ou *killer application*);
- adotar medidas unilaterais que repercutirão no comportamento de todo o mercado, porque os seus concorrentes seguem os seus preços (fenômeno conhecido como liderança de preços, ou *price leadership*, como estudaremos mais adiante), ou dependem da sua adesão para que uma prática seja padronizada¹⁵.

Há, porém, dois erros comumente cometidos pela doutrina. Primeiro, generalizar que a existência de poder de mercado é essencial para a configuração de uma infração concorrencial à ordem econômica. Segundo, afirmar que é necessário que haja poder de mercado no mesmo mercado relevante em que se verifique a infração.

- a existência de poder de mercado não é essencial para a configuração de uma infração concorrencial à ordem econômica: como temos afirmado, o poder de mercado refere-se à capacidade de influenciar - e até definir - o comportamento do mercado a partir do exercício da atividade econômica pela empresa. Apenas quem tenha o poder e mercado é, portanto, capaz de influenciar o mercado a partir dos seus atos ordinários de negócio. O poder de mercado não é, entretanto, a única ferramenta para instrumentalizar

¹⁵ Caso Ambev “Litrão”. Processo Administrativo nº 08012.006439/2009-65.

uma infração à ordem econômica. Quem não tenha poder de mercado pode adotar de expedientes que se afastam do exercício ordinário da atividade econômica e que podem ter efeitos sobre a concorrência. É o caso, por exemplo, de açambarcar matérias-primas, ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-las, distribuí-las, ou transportá-las (art. 36, §3º, XIII da NLAB). Quem não tem poder de mercado pode também recorrer à litigância de má fé (*sham litigation*) para, por meio de sucessivos recursos a órgãos públicos, criar barreiras à entrada de novos concorrentes, ou à operação de concorrentes atuais - inclusive aqueles que sejam dominantes. Uma infração à ordem econômica não se define, portanto, pela existência de poder de mercado por parte do infrator, mas pela conjugação da aptidão de gerar efeitos negativos sobre a concorrência em um dado mercado relevante com a potencial geração de uma vantagem de natureza concorrencial para o infrator. Em geral, quem tem poder de mercado pode gerar danos à concorrência até mesmo com condutas que sejam lícitas quando cometidas por quem não tenha poder de mercado. Daí a necessidade de que quem tenha poder de mercado seja extremamente cauteloso nas suas condutas, as quais podem, inadvertidamente, ter efeito excludente;

- não é necessário que haja poder de mercado no mesmo mercado relevante em que se verifique infração concorrencial à ordem econômica: é possível que o poder de mercado em outro mercado relevante sirva para alavancar o poder de influência de uma empresa nesse mercado relevante. Esse é, aliás, o elemento definidor da venda casada no Direito da Concorrência: o recurso ao poder de mercado de um dos produtos para alavancar a venda de outro produto que não detenha poder de mercado. Esse também é o caso de conglomerados que fazem uso de ameaças em mercados em que são dominantes para conseguir a colaboração do concorrente, ou do fornecedor, ou do distribuidor, ou do revendedor em outro mercado em que não seja dominante. Essa também é a situação de mercados verticalmente integrados e que permitem que aquele que atue nos dois mercados, sendo dominante como fornecedor, ou como comprador dominante, adote postura predatória - como a compressão de margens (*margin squeeze*, como estudaremos oportunamente).

O poder de mercado é o poder de influenciar o comportamento do mercado e, portanto, sempre que se verificar a capacidade de uma empresa alterar unilateralmente, ou um grupo de empresas alterar coordenadamente as condições de mercado, tem-se aí uma confirmação do poder de mercado. O poder de mercado não se confunde com a concentração do mercado. Apesar disso, a concentração de mercado costuma ser um bom referencial (*proxy*) do poder de mercado. Por esse motivo a NLAB presume a existência de poder de mercado sempre que, isolada, ou conjuntamente, as empresas e/ou pessoas somarem pelo menos 20% do mercado relevante. Trata-se, porém, de presunção relativa e que pode ser elidida a qualquer momento.

Entendidos os principais conceitos associados à defesa da concorrência, passamos a, no próximo capítulo, discorrer acerca dos principais tipos, explicando o seu significado e abordando os equívocos a eles associados.

RESUMO

- Como vimos dizendo, o Direito da Concorrência visa proteger o consumidor não só de infrações atuais à concorrência, como de ameaças;
- A medida mais utilizada para identificar a existência desse potencial de dano à concorrência é o poder de mercado;
- Apenas quem, isolada, ou conjuntamente, detenha poder de mercado é capaz de tomar decisões de cunho comercial que podem influenciar o comportamento do mercado;
- A existência de poder de mercado não é essencial para a configuração de uma infração concorrencial à ordem econômica. Embora apenas quem tenha o poder de mercado seja capaz de influenciar o mercado a partir dos seus atos ordinários de negócio, o poder de mercado não é a única ferramenta para instrumentalizar uma infração à ordem econômica;

- Quem não tenha poder de mercado pode adotar de expedientes que se afastam do exercício ordinário da atividade econômica e que podem ter efeitos sobre a concorrência. É o caso, por exemplo, de açambarcar matérias-primas, ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-las, distribuí-las, ou transportá-las (art. 36, §3º, XIII da NLAB). Quem não tem poder de mercado pode também recorrer à litigância de má fé (*sham litigation*) para, por meio de sucessivos recursos a órgãos públicos, criar barreiras à entrada de novos concorrentes, ou à operação de concorrentes atuais - inclusive aqueles que sejam dominantes;
- Uma infração à ordem econômica não se define, portanto, pela existência de poder de mercado por parte do infrator, mas pela conjugação da aptidão de gerar efeitos negativos sobre a concorrência em um dado mercado relevante com a potencial geração de uma vantagem de natureza concorrencial para o infrator.



QUESTIONÁRIO

1. Como se define o poder de mercado? Qual a sua diferença para a participação de mercado?

O poder de mercado é a capacidade de uma empresa, ou pessoa alterar unilateralmente, ou um grupo de empresas, ou pessoas alterar coordenadamente as condições de mercado. O poder de mercado não se confunde com a concentração do mercado, que é apenas o retrato do quanto que aquela empresa representa naquele setor. É possível ter uma participação de mercado significativa e, ainda assim, não ter poder de mercado. Apesar disso, a concentração de mercado costuma ser um bom referencial do poder de mercado. Por esse motivo a NLAB presume a existência de poder de mercado sempre que, isolada, ou conjuntamente, as empresa e/ou pessoas somarem pelo menos 20% do mercado relevante. Trata-se, porém, de presunção relativa e que pode ser elidida a qualquer momento.

2. O poder de mercado é determinante na configuração de infrações concorrenciais à ordem econômica?

Não. Uma infração à ordem econômica não se define pela existência de poder de mercado por parte do infrator, mas pela conjugação da aptidão de gerar efeitos negativos sobre a concorrência em um dado mercado relevante com a potencial geração de uma vantagem de natureza concorrencial para o infrator. Nesse sentido, mesmo quem não tenha poder de mercado pode adotar de expedientes que se afastam do exercício ordinário da atividade econômica e que podem ter efeitos sobre a concorrência.



8 Conduas, Sanções e Acordos

Principais condutas

Não existe uma tipologia fechada quanto aos ilícitos concorrenciais. Em geral, os ilícitos dividem-se, como já pudemos antecipar, entre exploratórios e exclusionários, ou entre atos unilaterais e práticas colusivas. Existem, também, ramificações dentro de cada tipo, como os cartéis clássicos e os cartéis difusos. Note-se, também, que o rol do art. 36, §3º da NLAB também não é exaustivo, como fica bastante claro na redação do dispositivo (“[a]s seguintes condutas, *além de outras*, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica”), o que torna o estudo das condutas anticompetitivas um campo sempre aberto a novas descobertas.

Como também vimos apontando, o Brasil vem historicamente incorporando a regra da razão às análises das condutas e não pune condutas que não se caracterizem como abusos (práticas exclusionárias) da posição dominante. Por outro lado, a esse respeito já pudemos assinalar que o Cade tem, após a aprovação da NLAB, optado por aplicar a presunção absoluta (*praesumptio iuris et de iure*) de existência de ilícito em casos de cartéis clássicos (*hardcore*) em que se tenha provado a existência de um acordo entre concorrentes (sem que seja necessário provar o escopo e os efeitos do acordo). Também não há qualquer garantia de que práticas exploratórias não venham a, algum dia, vir a ser punidas pelo Cade, como se pode observar na discussão presente na Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92.

A lição a ser tomada é que, como afirmado no início deste trabalho, ao citarmos Elhauge e Geradin, a definição das regras concorrenciais defendidas pelo Cade para o mercado estará sempre associada à leitura que aquele momento da história faz de uma política econômica e da própria política econômica apoiada pela maioria dos membros de um Conselho autônomo, ou pelos membros do governo que designaram o Conselho (quando o Conselho não for autônomo). E essa abordagem não decorre, senão, da sujeição das regras concorrenciais à dinâmica da economia e à sujeição da micro à mesopolítica e à macropolítica.

Mesmo a definição de cada tipo evolui. A noção de cartel como acordo entre concorrentes é ultrapassada, assim como a definição de preços predatórios tem evoluído do custo variável médio para o custo incremental médio de longo prazo e para o custo evitável médio.

Por isso, optamos por trazer, abaixo, apenas uma listagem das práticas anticompetitivas mais conhecidas, fazendo-as acompanhar de uma explicação.

❖ **Cartéis**

Como já assinalado, os cartéis são acordos entre empresas e pessoas em prejuízo da concorrência. Segundo estudos da OCDE¹⁶, cartéis provocam sobrepreço médio entre 20-30%. Os cartéis são considerados a mais grave ofensa à concorrência:

- Por estarem associados a grandes perdas de bem-estar econômico por parte da sociedade em geral;
- por quase sempre decorrem de atos acintosos;
- por raramente serem justificáveis sob a ótica do bem-estar social;
- porque, diferentemente de outras infrações, em que há uma transferência de bem-estar do ofendido para o infrator, no caso do cartel parte do bem-estar perdido por alguém não é apropriado por ninguém, havendo perda de riqueza (a denominada *perda de peso morto*).

Os cartéis estão expressamente tipificados no art. 36, §3º, I e II da NLAB. Ali constam tanto cartéis clássicos de preços e quantidades (como o art. 36, §3º, I, “a” e “b”), quanto difusos (art. 36, §3º, I, “c”) e em licitações (art. 36, §3º, I, “d”), além de uma diferenciação entre o papel exercido pelas empresas, ou pessoas diretamente interessadas no cartel e o papel de facilitador do cartel exercido, em geral, pelas associações empresariais (art. 36, §3º, II). Os cartéis mais comumente citados e por isso exemplificados na lei são:

- acordos sobre preços (art. 36, §3º, I, “a”): como o próprio nome diz, são acordos associados diretamente à fixação do preço de venda, ou de compra de um produto, ou serviço.

Os acordos sobre preços de revenda, ou a fixação de preços de revenda (RPM) nada mais são que uma modalidade particularmente relevante da fixação de preços que envolve, pelo menos, uma relação vertical. Fala-se, aqui, do fabricante determinando, ou arquitetando com o revendedor o preço final a ser pago pelo consumidor.

¹⁶ *Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation* (2005). Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/58/1/35863307.pdf>. Acesso em 30.03.2014.

Na União Europeia, esses casos de RPM costumam ser estudados como cartéis, quando os revendedores voluntariamente praticam o preço proposto pelo fabricante. Nessa situação, entende-se que haja um acordo de preços entre o fabricante e cada revendedor (cartel vertical) e entre todos os revendedores (cartel horizontal).

Caso, porém, haja indício de que o preço foi imposto pelo fabricante, o caso passaria a ser enquadrado como um ato unilateral. Nesse último caso, o caso pode enquadrar-se no art. 36, §3º, II da NLAB. Apesar de tradicionalmente associado ao papel das associações empresariais em casos de cartéis, esse dispositivo se aplica não só à promoção da *conduta concertada entre concorrentes*, como também da *conduta comercial uniforme entre concorrentes*. A diferença está em que, no caso da promoção da conduta concertada entre concorrentes, temos um caso de facilitador do cartel (papel das associações empresariais). Já no caso da adoção da conduta uniforme entre concorrentes, não necessariamente existe um conluio horizontal, sendo a uniformidade da conduta comercial apenas um efeito do exercício unilateral da posição dominante de alguma empresa, ainda que localizada a jusante (como distribuidor em relação aos fabricantes, por exemplo), ou a montante (como o fabricantes em relação aos revendedores, por exemplo) na cadeia produtiva.

A melhor doutrina também traça um paralelo entre a fixação de preços (*price fixing*) e a sugestão de preços. Muito embora apenas a fixação de preços, em princípio, gere efeito vinculativo sobre outra empresa, é importante notar que a sugestão de preços pode, a depender do poder de influência daquele que faz a sugestão, ter um efeito tão vinculativo quanto uma fixação de preços. A sugestão de preços é, por isso, presumivelmente, nociva. Os interessados precisam provar que ela não teve o efeito de uniformizar, ou de elevar os preços.

Ou seja, caso haja tabelamento de preços, digamos, por parte de uma associação para os seus associados, pesa contra ela uma presunção de fixação de preços. Nesse caso, a associação precisará provar que os preços eram apenas sugeridos (não havia mecanismos de coerção, ou de obrigar o seguimento daquela tabela) e/ou que os seus valores não eram, na prática, seguidos.

- acordos sobre quantidades (art. 36, §3º, I, “b”): como descrito no dispositivo legal citado, são acordos para restringir a oferta de produtos, ou serviços. O seu efeito é, em geral, associado pela doutrina à elevação dos preços – pois a redução da produção integra

o conjunto de medidas que o monopolista toma para maximizar os seus lucros. Mas é possível que se trate de uma prática com objetivos exclusionários, como ocorreria com a redução da produção coordenada por parte de grupos verticalmente integrados e que desejem privar os seus concorrentes de matéria-prima no mercado a jusante. Nessa situação, um eventual aumento de preços seria uma consequência indireta dessa eliminação do concorrente.

- divisão de mercados (art. 36, §3º, I, “c”): trata-se da prática de dividir o mercado entre os participantes do cartel, concedendo uma exclusividade.

Em geral, essa prática ocorre por meio do estabelecimento de acordos de exclusividade sobre uma área geográfica, ou sobre determinados clientes, ou fornecedores. Diversamente dos acordos sobre quantidades e preços (cartéis clássicos), que são quase sempre prejudiciais à concorrência, os acordos de divisão de mercados (que são um tipo de cartel difuso) têm, muitas vezes, efeitos positivos.

Esses efeitos estão quase sempre associados à eliminação do efeito carona (*free riding*), ou seja, a apropriação dos gastos (em geral, em propaganda) do concorrente pelo carona. Um exemplo clássico é o caso das concessionárias de automóveis. Caso haja duas concessionárias vizinhas, aquela que investir mais na propaganda da marca terá menos recursos para investir em outros itens de atração dos consumidores, como brindes, atendimento e conforto do cliente, além de ter menos espaço para conceder descontos. Por outro lado, as demais concessionárias, em especial as concessionárias vizinhas, também se beneficiam dos gastos em propaganda da marca. Isso ocorre porque o cliente que tenha se dirigido à concessionária que fez a propaganda, ao verificar que são oferecidos descontos maiores, ou um melhor serviço de pós-venda (*aftermarket*) por parte da concessionária vizinha, certamente optará pelos serviços dessa segunda concessionária – ainda que ele tenha sido levado àquele endereço pela propaganda da primeira.

Antevendo esse comportamento oportunista por parte das concorrentes, as concessionárias que não tenham garantia de exclusividade em um dado território tendem a subinvestir na propaganda da marca e a privilegiar apenas campanhas específicas daquela concessionária, como promoções-relâmpagos. Em última instância, esse subinvestimento pode comprometer a competitividade daquela marca de automóvel frente às suas concorrentes (*competição intermarcas*). Uma das soluções para



sanar o problema do comportamento carona e que costuma ser a mais adequada para esse caso está em a fabricante da marca comercializada pelas concessionárias centralizar os gastos com a propaganda da marca.

A exclusividade concedida a distribuidores e revendedores pode ser, além de a única forma de garantir a cobertura desejada, o melhor instrumento para preservar a qualidade do produto (distribuição seletiva) – caso em que será essencial comprovar o nexo causal entre a exclusividade e a elevação da qualidade, além da existência de requisitos técnicos objetivos para a seleção dos contratados. De qualquer modo, acordos de divisão de mercados, como qualquer acordo de exclusividade, estão em uma área cinzenta e sempre sujeitos a punição por infração à concorrência, caso ultrapassem os estritos limites que os tornam aceitáveis. No caso de acordos de divisão de territórios entre revendedores/franquias da mesma marca (competição intramarcas), por exemplo, apesar de ser admitida a divisão de áreas de atuação, tem sido praxe na Comunidade Europeia punir arranjos que proíbam as vendas passivas – ou seja, aquelas que derivam da busca dos serviços de entrega pelos clientes, inclusive pela internet.

Cláusulas de não concorrência por parte do alienante (quando o comprador adquire o negócio, sujeitando o alienante a ficar fora do comércio por um determinado período) somente são admissíveis para instrumentalizar a incorporação do fundo de comércio ao negócio vendido (e pelo qual o comprador pagou um prêmio) e, por isso, somente são aceitáveis quando se refiram ao mercado (produto e área geográfica) em que eram comercializados os produtos, ou serviços do alienante e devem limitar-se ao tempo adequado para essa que essa transferência se opere (tradicionalmente cinco anos, no Brasil, com base em interpretação do art. 1.147 do Código Civil).

- cartéis em licitações públicas (bid rigging - art. 36, §3º, I, “d”): se os cartéis são considerados a mais grave ofensa à concorrência, os cartéis em licitações são a sua agravante, pois afetam diretamente as compras públicas e, portanto, a prestação dos serviços público e meritórios.

Diversamente do que assinala quase que a exclusividade dos doutrinadores brasileiros, os cartéis não se limitam a acordos entre concorrentes. A punição de acordos verticais como cartéis é bastante comum no Direito Comunitário Europeu desde o precedente *Constern and Grundig*¹⁷. Na Europa, o art. 101(1) do TFEU proíbe acordos entre agentes

¹⁷ [1966] ECR 299.



econômicos, ou empreendimentos (*undertakings*), o que tem permitido a contínua punição dos acordos verticais sob o manto do cartel.

Nos Estados Unidos, a definição de cartel é adrede aberta. Apesar de os acordos verticais serem pouco escrutinados naquele país, a definição de cartel como conspiração (*conspiracy*) admite que, a qualquer tempo, casos de colusão vertical sejam enquadrados como cartéis. Esse tratamento é particularmente adequado, naquele país, quando um agente econômico está verticalmente relacionado aos operadores de um cartel horizontal (entre concorrentes) e com eles colabora. Nesse caso, o agente econômico com relação vertical é incluído como integrante do cartel (*conspiracy*). Esse foi, aliás, o tratamento dispensado ao acordo vertical da Apple no caso dos e-books¹⁸.

No Brasil, a legislação também vai nesse sentido. A Lei de Licitações, a Lei Anticorrupção e a 8.137/1990, ou Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica e Tributária falam, somente, em ajuste, combinação, ou acordo entre empresas, não fazendo qualquer limitação a acordos entre *concorrentes*. Apenas a NLAB faz menção ao termo concorrente - o que é, entretanto, inócuo, dado que a tipificação da NLAB é aberta, sendo a listagem do art. 36, §3º meramente exemplificativa (“[a]s seguintes condutas, além de outras”). No Brasil, há pelo menos um caso importante em que foram punidos acordos verticais como cartelização, notadamente o Processo Administrativo nº 08012.006019/2002-11.

A análise de cartéis é complexa e demanda um arcabouço econômico e jurídico não trivial. Justamente por isso, as avaliações de existência, ou não de cartéis, não raro, carecem de uma análise suficientemente robusta e que avalie, com a técnica mais acurada, as questões mais complexas que apresentamos abaixo.

- o paralelismo de preços e cartelização:
 - o paralelismo de preços consiste na semelhança e, eventualmente, na identidade de preços entre concorrentes. A baixa dispersão, ou a proximidade de preços não é condição suficiente para caracterizar um cartel, embora seja uma das suas mais comuns

¹⁸ “*Apple and the publishers ‘agreed to work together to eliminate retail price competition in the e-book market and raise the price of e-books above \$9.99.’ Apple had argued that per se treatment was not appropriate, since it was ‘a vertical player vis-à-vis the Publisher Defendants’ and a new, non-dominant entrant. The court rejected these arguments, holding that the per se standard applies to any vertical participant in a horizontal conspiracy, and that dominance by such a vertical player is not necessary for per se treatment*”.

Disponível em <http://globalcompetitionreview.com/reviews/54/sections/182/chapters/2136/us-anti-cartel-enforcement/>. Acesso em 30 de março de 2014.

características. É possível, inclusive, que os preços sejam semelhantes em função de os custos dos competidores serem os mesmos (no caso dos combustíveis, em função de toda a cadeia produtiva ser controlada por um único agente econômico, a Petrobras), o produto comercializado ser homogêneo (como é, também, o caso dos combustíveis) e a concorrência no mercado ser acirrada (o que impõe uma margem de lucros muito apertada, tendendo ao custo).

- a liderança de preços (*price leadership*) é um comportamento esperado em mercados em que haja um agente dominante e mais eficiente. Nesses casos, se um concorrente “A” resolver praticar preços mais baixos que o líder “B” e tomar os seus clientes, é esperado que “B” baixe ainda mais os seus preços a fim de recuperar a sua clientela. Como “B” é mais eficiente que “A”, “B” conseguirá sustentar esse preço até que “A” altere o seu comportamento, voltando a subir os preços ao patamar inicial. Como “B” conseguiu evitar o deslocamento da sua clientela para “A”, pode-se concluir que “A” nada ganha baixando preços se, por ser menos eficiente, não os conseguir sustentar. No caso específico dos postos de combustível, uma forma de fugir a essa armadilha está na diferenciação do produto final oferecido para o cliente, que pode incluir serviços adicionais (loja de conveniência, mercado, restaurante, banheiro, televisão, lavagem, oficina). Quanto maior a diferenciação dos postos, maior a fidelização da clientela e menores os incentivos à colusão no mercado.
- cartel e aumentos de preços: nem todo cartel visa aumentar preços - pode ser, por exemplo, que o seu objetivo seja excluir um concorrente privando-lhe de matéria-prima. Como afirmado anteriormente, o acordo de preços é apenas uma das modalidades de cartel clássico;
- efeitos dos acordos de preços sobre a concorrência: nem todo acordo de preços deve ser punido. Ainda que identifiquemos acordos entre concorrentes, é possível que eles tenham por objetivo justamente criar as condições para o surgimento de um mercado. Esse é, por exemplo, o caso das ligas esportivas. No Brasil, o caso Clube dos Treze é exemplificativo dessa situação;
- oligopólios e paralelismo consciente: em mercados oligopolizados, é esperado que o comportamento de uma das empresas seja guiado



pelo comportamento dos outros. A decisão de um concorrente passa, necessariamente, pela avaliação da estratégia do outro concorrente. A depender da posição do seu concorrente, a sua resposta a um determinado fenômeno deve mudar completamente - o que torna, portanto, a relação dos oligopolistas interdependente (a denominada *interdependência oligopolista* de Turner). O estudo dessa relação levou à aplicação da teoria dos jogos na economia, avaliando o comportamento estratégico das empresas em mercados oligopolizados;

- provas indiciárias de acordo: é possível que provas que afastem a lógica de que uma prática possa ter acontecido sem um acordo sirvam para provar um cartel. Fala-se da ausência de *evidências circunstanciais da ausência de racionalidade econômica na adoção de conduta que não a da prática ilícita*¹⁹. Essa teoria, por analisar não só o paralelismo de preços, mas também uma série de fatores complementares, é conhecida por paralelismo *plus* (que pode ser traduzido como *além do paralelismo*), sendo os fatores complementares ao paralelismo conhecidos como *plus factors* (o que pode ser traduzido como *fatores complementares*):

“Entre os *plus factors*, aquele de maior relevância consiste na prova de que a conduta apenas reverterá em benefício do agente se a ação for praticada conjuntamente, em conluio, o que implica dizer que a ação é irracional se praticada isoladamente pelo ator. Portanto, as reuniões entre as empresas, embora devam ser consideradas como indícios suplementares à configuração do paralelismo, são incapazes de, isoladamente, caracterizarem o ilícito.”

O ex-Conselheiro da FTC William Kovasic²⁰ arrola os fatores complementares por ele já identificados:

- a existência de um motivo racional para o comportamento coletivo das acusadas;
- atitudes contrárias aos próprios interesses das acusadas, em função de uma ação coletiva;
- fenômeno de mercado que não possa ser racionalmente explicado a não ser como fruto de ação concertada;

¹⁹ Voto do relator na Averiguação Preliminar nº 08012.006844/2000-45.

²⁰ **The identification and proof of horizontal agreements under the antitrust laws** – Antitrust Bulletin 5, 1993.

- registros de colusões passadas das acusadas em violação ao sistema de defesa da concorrência;
 - provas de encontros entre as acusadas, ou outras formas de comunicação direta entre as alegadas conspiradoras;
 - a utilização de práticas facilitadoras de colusão por parte das acusadas;
 - características estruturais da indústria que complicam, ou facilitam o afastamento da concorrência e
 - fatores de desempenho da indústria que sugerem a dedução de colaboração horizontal.
- colusão tácita: como ensinavam Posner e Easterbrook²¹, existem problemas substanciais para a existência da colusão tácita. O principal deles está na falta de mecanismos eficientes de punição ao desviante; um cartel formal, pelo contrário, pode estabelecer mecanismos de detecção e impor penas para vendas desautorizadas. Sem uma estrutura formal, é mais complicado ter controle sobre a traição; por outro lado, a ausência de acordos formais tornaria mais fácil alegar o desconhecimento das regras não enunciadas.

“Se a carência de uma estrutura formal torna o cartel mais frágil, o incentivo à traição aumenta. Se a traição parece inevitável, cada um tentará ser o primeiro a trair. Não há motivo para trocar vendas de curto prazo por lucros de longo prazo se for provável que o cartel vá ser desmantelado antes que o longo prazo seja alcançado.”

Os autores identificaram, porém, determinadas condições que, uma vez preenchidas, tornam os mercados mais propensos à verificação de colusão tácita:

- concentração de mercado pelo lado do vendedor;
- ausência de uma franja de pequenos vendedores;
- pouca resposta do consumidor à elevação de preços em patamares ainda competitivos;
- dificuldade de entrada de novos concorrentes no curto prazo;

²¹ *Antitrust cases, economic notes, and other materials*. Estados Unidos: West, 1981 (7ª reimpressão, 1999), pp. 331-338.

- mercado atomizado pelo lado do consumidor, o que retira o poder de compra, ou de barganha junto ao vendedor;
- produto padronizado, o que torna mais fácil conhecer os custos do concorrente e acertar preços, além de reduzir a fidelidade do consumidor à marca, facilitando a imposição de penas para desvios;
- localização dos principais concorrentes na mesma etapa da cadeia produtiva/de distribuição, o que evita que apenas alguns sejam verticalizados e detenham poder de mercado, prescindindo da ação coletiva para influenciar a conduta do mercado;
- predomínio da concorrência por preços, em lugar da concorrência pela qualidade – o que reduz a fidelidade do consumidor à marca e evita que um dos concorrentes se torne dominante e prescinda da ação coletiva para influenciar a conduta do mercado;
- elevada proporção de custos fixos em relação aos custos variáveis, o que leva a uma maior homogeneidade da estrutura de cada concorrente e reduz a capacidade de um dos concorrentes, ao ser mais eficiente no gerenciamento dos seus custos variáveis, prescindir da ação coletiva para influenciar a conduta do mercado;
- demanda estática ou em declínio, o que dificulta a entrada de novos concorrentes e incentiva a formação de acordos para administrar preços e alocar clientes com o fim de assegurar a rentabilidade e a permanência de todos os concorrentes atuais no mercado;
- ausência de licitação a envelope fechado/lance selado, o que facilita o acerto de resultados;
- o histórico concorrencial do setor.

❖ ***Acordos de Nação Mais Favorecida***

Cláusulas, ou acordos de nação mais favorecida (*most favoured nation* - MFN) representam formas de garantir que o tratamento a ser dispensado aos concorrentes não seja superior que o tratamento que é dispensado ao contratante, ou que o tratamento a ser dispensado ao contratante não seja inferior ao tratamento que é dispensado aos seus

concorrentes. A depender da sua configuração, acordos MFN podem ter impacto negativo sobre a concorrência.

Acordos dessa natureza podem impedir que sejam aplicados descontos a concorrentes (inclusive de menor porte) que poderiam ser repassados ao consumidor. Esse efeito decorreria de que qualquer desconto concedido a outro competidor teria um efeito cascata, devendo ser concedido também ao contratante.

Mais do que isso, acordos MFN podem ser utilizados para alinhar os preços entre concorrentes. Isso ocorre quando o compromisso inclui a exigência de que o preço de venda do produto do contratante não seja superior ao preço dos concorrentes. Nesse caso, a fim de que o desconto em uma marca não motive o desconto em outra, os descontos em geral são banidos. Mais do que isso, se esse acordo for pactuado por todas as marcas, a prática será equiparada a uma fixação de preço de revenda - equiparando os contratos de revenda a contratos de agência.

A conjugação desses fatores foi investigada no caso de e-books envolvendo a Apple por parte de ambas as agências concorrenciais norte-americanas²².

No Brasil, incentivos semelhantes podem estar presentes nos anúncios de *cobrir o menor preço* comumente assistidos na TV, ou ouvidos no rádio. A depender da configuração do mercado, essas promoções podem reduzir os custos de monitoração de um cartel, facilitando a sua operacionalização. O mecanismo cria incentivos para que o consumidor monitore se há preços mais baixos que o do supermercado “X”. Toda vez que um consumidor alerta que há preços mais baixos e a oferta é coberta, existe não só a monitoração quanto ao cumprimento do acordo, mas também uma retaliação ao desviante do cartel.

Os acordos MFN, cada vez mais frequentes em contratos internacionais, podem enquadrar-se no art. 36, §3º, I e II da NLAB. Caso sejam entendidos como um acordo anticompetitivo arquitetado envolvendo não só concorrentes, mas também clientes e fornecedores, podem ser tipificados como um cartel dentro do art. 36, §3º, I da NLAB. É também possível que esses acordos sejam entendidos como um abuso unilateral de posição dominante que repercuta na uniformização dos preços. Nesse último caso, como já indicamos mais acima, o caso pode enquadrar-se no art. 36, §3º, II da NLAB.

²² <http://globalcompetitionreview.com/reviews/54/sections/182/chapters/2136/us-anti-cartel-enforcement/>. Acesso em 30 de março de 2014.

❖ **Açambarcamento**

Açambarcar nada mais é que “chamar (algo) exclusivamente a si, privando os outros da respectiva vantagem; monopolizar”²³. Se a destruição e a inutilização de matérias-primas, ou produtos intermediários priva os concorrentes pela carência material do produto, o açambarcamento priva o mercado desses produtos pela carência comercial, a partir da sua apropriação por um monopolista/monopsonista.

Trata-se de uma daquelas infrações que prescindem de poder de mercado. Como o poder de mercado do infrator não é necessariamente integrante dos ilícitos concorrenciais – mas, sim, o dano à competição em dado mercado relevante -, parece-nos claro que a matéria terá alcance difuso antitruste se, ao menos, os destinatários imediatos da ofensa (concorrentes) detiverem, conjuntamente, poder de influenciar a concorrência, mesmo que como uma franja competitiva.

O açambarcamento está tipificado no art. 36, §3º, XIII e XIV da NLAB.

❖ **Litigância de má-fé (*sham litigation*)**

A litigância de má-fé enquanto um ilícito concorrencial representa a situação em que a empresa, ou pessoa faz uso das vias administrativas, ou judiciais para conseguir objetivo ilegal. Trata-se de situação equivalente àquela prevista no art. 17, III da Lei nº 5.869/1973 (Código de Processo Civil - “CPC”).

A chamada *sham litigation* não raro constitui hipótese de açambarcamento: ela é crescentemente comum em registros de propriedade industrial, quando os pedidos de registro têm o escopo de impedir a entrada de novos concorrentes e embasar ações judiciais – tal como previsto no art. 36, §3º, XIV.

O Cade já teve a oportunidade de analisar a litigância de má-fé com efeitos anticompetitivos. No Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, o Cade investigou a imposição pela Siemens de obstáculo ao acesso, ou ao funcionamento de novas empresas no mercado por meio da propositura de ações judiciais. Naquela oportunidade, alegava-se que Siemens se valera de conflito normativo existente entre Contran e Inmetro para criar dificuldades ao negócio de concorrente

²³ Novo Dicionário Aurélio.

no mercado de tacógrafos, tanto por meio de petições administrativas dirigidas ao Denatran, como judiciais. A má-fé estaria caracterizada pelo fato de a própria Siemens supostamente contar com tacógrafos na mesma situação que os do concorrente, o que paradoxalmente os sujeitaria ao mesmo questionamento objeto das suas petições.

Observe-se que a litigância de má-fé representa um dos exemplos de situações em que não é necessário ter poder de mercado para conseguir impor um elevado custo aos concorrentes – em particular, aos entrantes.

❖ **Exclusividade**

A exclusividade é a prática por meio da qual é possível privar outras empresas do acesso a uma fonte de insumos (*input foreclosure*), ou de escoamento do produto, ou serviço (*consumer foreclosure*), fechando o acesso a esse mercado para eles.

A exclusividade pode ser expressa, ou interpretativa. No primeiro caso, são comuns cláusulas, ou acordos de exclusividade. No segundo, entram situações que, na prática, equiparam-se a acordos de exclusividade. Exemplos disso encontram-se nos casos *Van den Bergh* (decidido pela Comissão Europeia e confirmado pelo Tribunal Geral) e *Ambev Tô Contigo* (Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10). Em ambos os casos foram fornecidos *freezers* que deveriam ser utilizados para guardar exclusivamente os produtos das fornecedoras do freezer (sorvetes e cervejas, respectivamente). Como o espaço de cada estabelecimento era escasso e em geral não comportava mais que um *freezer*, é possível dizer que o fornecimento do *freezer* era uma estratégia para impedir a entrada de concorrentes potenciais e alijar os concorrentes atuais do mercado. De certo modo, o *freezer* era o prêmio que as empresas dominantes pagaram para monopolizar o mercado.

Outra forma de alcançar a exclusividade é a concessão de certos tipos de desconto por prazos longos. Apesar de intuitivamente benéficos, alguns descontos podem ser criados para disfarçar um acordo de exclusividade e, assim, esconder uma prática de cunho exclusionário.

Descontos que não se associam a alguma redução de custos por parte do fabricante e que são condicionados à aceitação de uma situação de exclusividade por um longo prazo (os chamados descontos de fidelidade em suas variadas formas) têm uma maior propensão a

tornar-se anticompetitivos. Vejamos o caso das compras de lotes de mercadorias, que costumam receber descontos por contribuir para os ganhos de escala do produtor e, assim, permitir descontos em indústrias nas quais os ganhos de escala são crescentes. Nesses casos, faz sentido que o fabricante conceda descontos para grandes aquisições. Por outro lado, não faz sentido que esse desconto esteja associado ao percentual dos produtos desse fabricante no portfólio de determinado distribuidor.

Perceba-se que, se o fabricante, ao invés de conceder desconto por volume (quem adquirir mais de “X” unidades), passar a conceder desconto para aqueles distribuidores cujos portfólios sejam compostos exclusiva, ou quase exclusivamente por produtos seus, o desconto não terá necessariamente relação com a redução dos seus custos (com a elevação da escala da produção), mas, sim, com a aceitação de uma relação comercial de exclusividade.

Um exemplo pode deixar esse caso mais claro: em um desconto de fidelidade como o retratado acima, uma empresa “B” que distribua 100 unidades do produto do fabricante “A” com exclusividade terá mais desconto que uma empresa “C” que distribua 10.000 unidades do produto do fabricante “A” sem exclusividade. Alegação semelhante esteve presente no já citado caso Ambev Tô Contigo julgado pelo Cade em 2009.

A exclusividade nem sempre é anticompetitiva, porém. Pelo contrário, ela pode, como já pudemos afirmar ao tratar dos cartéis de divisão de mercado, ser justificada para manter a elevada qualidade do produto, ou para viabilizar a própria expansão do negócio.

❖ **Recusa de contratar**

A liberdade de decidir com quem contratar é basilar ao princípio da livre iniciativa. Há, casos, porém, em que a recusa de contratar tem por objetivo impossibilitar acesso de um concorrente ao mercado. Nessa situação específica, a recusa de contratar é considerada um ilícito concorrencial.

Para que a recusa de contratar seja um ilícito concorrencial, algumas condições devem ser atendidas:

- que aquele que recuse acesso tenha posição dominante no mercado em função do acesso a uma infraestrutura essencial;
- que o acesso ao bem, ou serviço que se pretende contratar seja determinante para a atuação do prejudicado;

- que não seja economicamente viável a duplicação da infraestrutura a que se pede acesso (*essencial facility doctrine*);
- que a recusa implique fechamento de mercado ao solicitante;
- que não haja justificativa objetiva ao desinteresse em contratar.

Existe ainda uma distinção entre a recusa de continuar uma relação comercial e a recusa de iniciar uma relação comercial. Enquanto que, no primeiro caso, cabe ao interessado provar a inexistência de justificativa objetiva para a negativa em contratar, no segundo prazo existe uma inversão do ônus da prova, cabendo àquele que se recusa a dar prosseguimento à relação comercial justificar o rompimento.

A recusa de contratar está tipificada no art. 36, §3º, XI e XII da NLAB.

❖ **Preços predatórios**

A prática de preços predatórios, tipificada no art. 36, §3º, XV da NLAB, ocorre quando uma empresa comercia os seus produtos abaixo do custo de produção, incorrendo em perdas de curto prazo com o objetivo de excluir outra empresa e, no longo prazo, passar a impor preços significativamente mais altos. Como preços mais baixos costumam estar associados ao bem-estar do consumidor, a doutrina predominante nos Estados Unidos é que o predador somente deva ser punido se ele tiver a capacidade de impor preços mais altos no longo prazo (*recoupment*).

Diversamente, o Diretório-Geral de Concorrência da Comissão Europeia (“DGComp”) interpreta que o *recoupment* é desnecessário – posição que leva em consideração o fato de que, ainda que a empresa não seja capaz de elevar os preços, ela teria provocado uma alteração estrutural no mercado – não necessariamente para melhor. É possível, por exemplo, que a empresa excluída fosse, justamente, o *maverick* do mercado.

Parece-nos que a melhor solução possa estar no meio termo. Nesses termos, ela decorreria da avaliação criteriosa e caso a caso (*in casu*) sobre a conduta ter, ou não o condão de gerar alguma forma de prejuízo concorrencial à ordem econômica.

❖ **O custo relevante**

Como já afirmamos, há uma acesa discussão acerca da melhor medida para definir se os preços são, ou não, predatórios. Para tanto, economistas têm-se debruçado sobre qual seria a melhor medida de custo a servir de parâmetro em uma análise de preços predatórios. A evolução da discussão tem caminhado no sentido de tornar a análise cada vez mais detalhista e a diferenciar o custo a ser utilizado como parâmetro de acordo com as características do mercado analisado.

O parâmetro consensual na análise dos preços predatórios são os custos da empresa mais eficiente. Na ausência de melhor indicador, costumam-se adotar os custos da líder do mercado. Os teóricos da defesa da concorrência dividem-se entre três principais medidas de custo:

- custo variável médio (“CVMe”, ou *average variable cost* – “AVC”): trata-se da *parcela do custo que varia quando a produção varia*, dividida pela quantidade produzida²⁴. A escolha do custo variável em lugar do custo total decorre de o custo total incluir o custo fixo – custo que é incorrido ainda que aquele empreendimento não esteja em funcionamento. Desse modo, caso a empresa opere abaixo dos custos variáveis, mais vale deixar de operar e arcar somente com os custos fixos. Como operar abaixo dos custos variáveis seria uma decisão irracional e a teoria econômica presume que o agente econômico é racional, ele só escolheria atuar abaixo dos seus custos variáveis caso tenha por objetivo eliminar a concorrência, de olho nas chances de poder auferir lucros monopolistas no longo prazo.
- Parte da doutrina considera que pode haver abuso caso se esteja vendendo o produto, ou o serviço acima do CVMe, mas abaixo do custo total médio (CTMe).
- custo evitável médio: a Comissão Europeia sugere, no parágrafo 26 do seu Guia de Prioridades na Aplicação do Artigo 102 do TFEU a Condutas Exclusionárias por Parte da Empresa Dominante, que o custo evitável médio (CEMe, ou *average avoidable cost* – “AAV”) seria uma alternativa superior ao uso da CVMe. Essa opção pelo CEME decorreria de, no decurso do tempo, uma empresa incorrer não só em custos variáveis, mas também em custos fixos adicionais. Ou seja, CVMe e CEME podem, em diversas situações, ser equivalentes. Contudo, a depender da duração da conduta que

²⁴ MONTORO FILHO, A. F. *et alli*. Manual de Economia. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

está sendo investigada, o CEMe pode ser superior ao CVMe, em função da inclusão de alguns custos fixos. Richard Whish²⁵ explica que o termo *custos evitáveis* expressa a quantidade de dinheiro que a empresa dominante teria economizado caso não se envolvesse na produção da mercadoria, ou na prestação do serviço ao longo do período analisado.

- o custo incremental médio de longo prazo: a Comissão Europeia também sugere que, em alguns casos, a medida mais acertada seria o custo incremental médio de longo prazo (“CIMLP”, ou *long run average incremental cost* – “LRAIC”). O CIMLP inclui não só os custos fixos em que se pode incorrer ao longo do período da prática anticompetitiva, como também qualquer custo incorrido antes do início daquele período com o objetivo de instrumentalizar a produção da mercadoria, ou a prestação do serviço objeto da investigação. No caso *Post Danmark* o Tribunal de Justiça Europeu entendeu que era adequado aplicar o CIMLP ao setor postal dinamarquês – ou seja, em uma indústria de rede.

❖ **Venda casada**

A venda casada é bastante conhecida em função de tratar-se de infração ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90 - “CDC”). Para se incorrer em infração ao direito do consumidor (art. 39, I do CDC), basta que se atrele a venda de um bem ou a prestação de um serviço à venda de outro bem, ou ao fornecimento de outro serviço. Isso ocorre porque, nos termos do art. 81 do CDC, a ação de reparação de danos pode ser tanto individual, quanto coletiva.

Mas a venda casada também é um ilícito concorrencial – mas como uma tipificação um pouco diversa. Nesse caso, é necessário que se verifique dano concorrencial à ordem econômica, o que exige mais que a verificação do dano impingido a um número pouco representativo de consumidores. A definição do art. 36, XVIII da NLAB, embora condizente com aquela do CDC, encampa a noção de dano necessário à coletividade (art. 1º, parágrafo único da lei).

Desse modo, se um empresa sem poder de mercado resolve casar a venda de um produto seu à venda de outro produto também com baixa representatividade, não haverá infração à concorrência (embora

²⁵ *Competition Law*. 7ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2012.

haja um ilícito ao consumidor), já que o consumidor teria a opção de adquirir produtos substitutos. Por sua vez, se uma empresa dominante em um mercado usa a força do seu produto nesse mercado para elevar as vendas de outro produto em outro mercado no qual, em geral, não tem poder de mercado ('em geral', porque o objetivo pode não ser criar poder de mercado, mas aumentá-lo/consolidá-lo), configura-se uma infração concorrencial, porque essa empresa estará restringindo as opções no mercado em que o seu produto não tem força (e, portanto, há outras opções viáveis) ao seu produto, apenas, pela exclusão artificial dos seus concorrentes (ou seja, não porque seja mais eficiente nesse mercado, de tal modo que a imposição do seu produto menos eficiente gerará uma perda de bem-estar para o consumidor pela redução das suas opções de compra e pela perda de qualidade).

A venda casada, entretanto, para ser uma infração concorrencial, não pode conceder ao consumidor o benefício de escolher entre comprar o produto sozinho, ou de forma casada. Deve haver, ainda, o cuidado de verificar se a venda casada não camufla alguma forma de preço predatório, ou se, mesmo vendidos separadamente, os termos de compra dos produtos de forma casada (*bundle*) é superior às condições de aquisição isolada de cada um dos componentes – o que representa, em última instância, a ausência de opção pela aquisição separada dos produtos.

A venda casada está tipificada no art. 36, §3º, XVIII da NLAB.

Penas

O art. 37 da NLAB sujeita as infrações concorrenciais à ordem econômica a três diferentes critérios de dosimetria, a depender do sujeito ativo:

- no caso de pessoa jurídica (inciso I): multa de um décimo por cento a vinte por cento do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, grupo, ou conglomerado, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Por *ramo de atividade empresarial* entenda-se *mercado relevante*. Entretanto, segundo o §2º, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa, ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no mercado relevante em que ocorreu a infração, ou quando o faturamento for apresentado de forma incompleta, ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

O recurso ao §2º não deve, entretanto, ser entendido como uma penalidade à empresa. A penalidade pela prestação de informações incompletas, ou enganosas está prevista em dispositivos específicos (art. 40 e art. 43, respectivamente). Desse modo, ao recorrer ao §2º, o Cade deverá buscar uma aproximação de qual seria a multa se fosse factível recorrer ao faturamento no mercado relevante. Em razão de contar com uma base cálculo maior (todo o faturamento, ao invés do faturamento em um mercado relevante específico), o valor percentual da multa a incidir sobre essa base mais ampla deverá ser menor do que aquele que seria aplicado para um mercado relevante mais restrito.

- no caso das pessoas físicas, ou das pessoas jurídicas que não tenham faturamento, ou cujo faturamento não possa ser utilizado como parâmetro, a multa será entre cinquenta mil reais e dois bilhões de reais (inciso II): trata-se da multa aplicável tanto às entidades com personalidade jurídica, mas para as quais o faturamento não é representativo da atividade que exercem, como as associações, quanto às pessoas físicas, como autônomos e profissionais liberais que exerçam a atividade econômica infratora e, portanto, não possam ser caracterizados como administradores. Prepostos que não exerciam a função de administrador também são encaixados neste dispositivo.

Algumas considerações devem ser feitas a respeito dessa punição. Primeiro, não há nada na lei que explicita que o valor da punição de acordo com este dispositivo deva ser maior, ou menor que aquele dos incisos II, ou III. Ou seja, é natural que o preposto que não exercesse a função de administrador não seja punido com o rigor do inciso III. Do mesmo modo, é bastante possível que o administrador de um grande grupo econômico punido pelo inciso III seja responsável por maior dano ao mercado que o profissional liberal, ou um sindicato do inciso II.

Outro ponto relevante está na responsabilidade da pessoa física punida pelo inciso II *vis-à-vis* a responsabilidade da pessoa física punida pelo inciso III. Mais uma vez, não faz sentido que a punição do



administrador de um grande grupo econômico do inciso III esteja sujeita à responsabilidade subjetiva, ao passo que o profissional liberal, ou o preposto que não exerça a função de administrador do inciso II, que impingem menor dano ao mercado, sujeitem-se à responsabilidade objetiva. Daí a necessidade de interpretar que a responsabilidade subjetiva do inciso III também se estenda à pessoa física do inciso II.

Por derradeiro, é imperativo notar que apenas a punição pelo inciso I nunca será inferior à vantagem auferida. Como os valores auferidos com as multas são recolhidos ao FDD para compensar os danos infligidos à sociedade, essa incongruência pode surtir dois efeitos: primeiro, punir a sociedade, que não será devidamente compensada pelos danos sofridos. Essa conclusão é particularmente relevante porque, em caso de direitos difusos, as ações civis de reparação movidas por associações, ou pelos consumidores são raríssimas. Trata-se de um fenômeno que, exceção feita aos Estados Unidos, no qual a previsão de *treble damages* representa um grande incentivo às ações particulares (triplicação do valor do dano causado por infração concorrencial, nas ações privadas de reparação do dano), afeta todo o mundo, inclusive os países da União Europeia.

Em segundo lugar, a incongruência pode levar a que a punição da pessoa jurídica pelo inciso I seja superestimada a fim de suprir a ausência de efeito compensatório nas penalidades impostas pelos incisos II e III do art. 37 da NLAB. Essa situação representaria uma afronta direta ao princípio da intranscendência, consagrado no art. 5º, XLV da Constituição Federal.

- no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo (inciso III), multa de um por cento a vinte por cento daquela aplicada à pessoa jurídica do inciso I, ou aos destinatários do inciso II.

A NLAB ainda prevê que, em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

É, porém, o art. 38 que traz uma das mais relevantes contribuições à dosimetria da pena. O *caput* do dispositivo reza que, além das penalidades do art. 37, a gravidade dos fatos, ou interesse público poderão reclamar a imposição de penas adicionais. Observe-se que, em função do inciso VII (“qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”), a lista é meramente exemplificativa:

- a publicação, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, ao longo de uma a três semanas consecutivas;
- a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;
- a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
- a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos, ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
- a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;
- a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos.

O Cade já recorreu a algum desses expedientes em casos emblemáticos - seja na punição de ações concertadas, como cartéis, seja em casos de atos unilaterais, como o abuso de posição dominante para impor a exclusividade de determinado produto nos pontos de venda. No segundo caso se encaixa o caso *Ambev 'Tô Contigo'*²⁶ - oportunidade em que o Cade impôs as penas de publicação do extrato da decisão em jornal de grande circulação (inciso I) e a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (inciso III), ao passo que, no primeiro, enquadraram-se o *Cartel do Cimento*²⁷ e o *Cartel dos Gases Medicinais*²⁸ - quando o Cade determinou, respectivamente, a venda de ativos (inciso V), que não fosse concedido o parcelamento de tributos federais e que se desse o cancelamento de incentivos fiscais, ou subsídios públicos (inciso IV, “b”).

²⁶ Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10.

²⁷ Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79.

²⁸ Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70.

Além dessas multas pelo cometimento de infrações concorrenciais à ordem econômica, a NLAB prevê, ainda, a cominação de multas por infrações processuais: pela desobediência a decisões do Cade e a compromissos de cessão de conduta (art. 39), pela recusa em colaborar com a instrução processual (art. 40 a art. 42) e pela prestação de informações enganosas (art. 43).

Acordos

Há dois acordos previstos pela NLAB para casos de investigação de condutas: o compromisso de cessão e o acordo de leniência.

❖ *Compromissos de cessação de conduta*

O compromisso de cessação tem como objetivo central cessar celeremente a conduta investigada, ou os seus efeitos. Daí o art. 85, §§4º e 6º prever que o termo de compromisso de cessão de prática (“TCC”) somente poderá ser apresentado uma vez e que a sua apresentação não suspende o andamento do processo administrativo. Ademais, do TCC deverão obrigatoriamente constar obrigações a serem assumidas a fim de fazer cessar a prática, ou os seus efeitos.

A NLAB prevê que o Cade definirá normas complementares relativas ao TCC. Esse dispositivo tem sido interpretado no sentido de que o Cade poderá disciplinar não apenas aspectos formais, mas também os aspectos materiais do TCC – o que implica, em última instância, conferir mandato para definir normas complementares ao próprio compromisso de cessão, não apenas ao TCC (que é o instrumento que materializa o compromisso). Essa interpretação, que decorre do reconhecimento de um pleito histórico do Cade por uma redação mais ampla que aquela incluída na lei anterior pela Lei nº 11.482 de 31 de maio de 2007, tem levado a que o rigor do compromisso de cessação varie de acordo com a inclinação do Tribunal Administrativo. Na conjuntura atual, em casos de suspeita de cartel, os compromissos de cessão somente podem ser celebrados se houver admissão de participação no conluio. O objetivo dessa posição está em incrementar os incentivos a celebrar acordos de leniência em situações de cartel – haja vista que os acordos de leniência, como veremos abaixo, incentivam a quebra da relação de confiança de

um acordo entre competidores e não competidores por meio da delação premiada. Note-se, entretanto, que, apesar da pressão da antiga Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (“SDE”), essa postura havia sido rejeitada em 2007, quando a antiga lei foi alterada (precisamente pela mencionada Lei nº 11.482/2007) para admitir a celebração de TCCs em casos de cartel. Naquele momento, houve o entendimento de que o acordo de leniência conta com mecanismos próprios de incentivo, como a imunidade criminal e a extinção da ação punitiva por parte da administração pública em favor do infrator, e que a imposição da obrigação de reconhecimento de culpa acabaria por inviabilizar a celebração de TCCs em caso de cartel²⁹.

A celebração de TCC em caso de suspeita de cartel traz, ainda, a obrigação de recolher uma contribuição pecuniária, cujo montante não poderá ter valor inferior à punição mínima que seria infligida em caso de julgamento. Isso implica dizer que, por força de lei, não há qualquer outra situação em que o recolhimento dessa contribuição pecuniária seja obrigatório. Não há, porém, nada que torne defeso ao Cade prever, em resolução, outras situações em que o recolhimento de contribuição pecuniária seja necessário.

Dadas as suas características, o TCC é bastante adequado tanto em investigações de condutas de menor poder ofensivo e que ensejem punições de caráter educativo, quanto de condutas mais danosas à concorrência.

❖ **Acordos de leniência**

Por sua vez, os acordos de leniência têm por objetivo oferecer incentivos para que o Estado tome conhecimento de uma conduta extremamente danosa à concorrência e angarie provas para a sua punição. Pela sua natureza, esses acordos demandam o envolvimento de mais de uma empresa, ou pessoa – o(s) delator(es) e o(s) delatado(s).

A leniência funciona como uma delação premiada: o delator oferece plena cooperação com Cade na identificação dos envolvidos na infração e na obtenção de provas e, em troca, é extinta a ação punitiva da administração pública em favor do infrator e a punibilidade dos crimes concorrenciais contra a ordem econômica com relação à empresa, ou pessoa beneficiária da leniência. Caso, porém, o Cade já

²⁹ Para maiores detalhes, recomenda-se a leitura dos votos que ensejaram a decisão no Requerimento nº 08700.005281/2007-96.

tivesse conhecimento da infração e o infrator tenha apenas auxiliado na investigação, as penas aplicáveis serão reduzidas de 1 a 2/3, a depender da efetividade da colaboração e da boa-fé do delator. De qualquer modo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor de 1 a 2/3 não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 37. I da NLAB.

Com o advento da NLAB, o Brasil fez opção por não diferenciar o líder do cartel dos partícipes - afastando-se, desse modo, do modelo norte-americano, em que o líder do cartel não tem legitimidade para celebrar o acordo de leniência. A justificativa trazida pela exposição de motivos para essa alteração da disciplina da leniência foi que,

“[A]lém da óbvia dificuldade de se avaliar quem é o líder, é possível que aquele que porventura seja considerado nesta condição seja aquele com mais informações a serem providas à autoridade. Abrir mão desses potenciais lenientes pode ser a diferença entre condenar ou não um cartel real.”

Vale dizer que a liderança de mercado não equivale à liderança de um cartel - é possível que um cartel seja liderado por uma associação, ou sindicato, na qual, inclusive, um concorrente de menor peso tenha maior influência decisória que o líder de mercado. Deve-se, ainda, destacar que, em um caso no qual todos os integrantes fossem igualmente responsáveis pelo cartel e fosse exercida, assim, uma liderança compartilhada, a celebração do cartel poderia ser simplesmente inviabilizada.

Comparativamente ao compromisso de cessação, a leniência naturalmente oferece vantagens. Primeiro, o delator, a depender do momento da delação, não será punido pelo Cade e não terá de recolher qualquer valor em sede administrativa ao FDD. Segundo, o delator não será punido criminalmente. Terceiro, todo o grupo econômico, de fato ou de direito, e os seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração serão beneficiários dos efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto. Quarto, quando não houver habilitação para celebrar acordo de leniência nesse primeiro processo, uma pessoa física, ou jurídica poderá ser delatora de outra conduta de que o Cade não tenha conhecimento – situação em que o delator terá redução de 1/3 da pena aplicável no primeiro processo e receberá imunidade criminal e administrativa com relação ao segundo caso (situação conhecida como leniência *plus*).

A única vantagem que uma pessoa, ou empresa apta a pleitear leniência pode encontrar na celebração do TCC, mesmo sem a confissão de participação no conluio, reside na desnecessidade de trair o cartel. Isso ocorre porque, no caso do TCC, o pactuante apenas se obriga a fazer cessar a sua conduta, ou os efeitos da sua conduta – o que não repercute sobre a atuação dos demais membros do cartel. Nesses casos, a celebração de TCC em cartéis, apesar de reduzir o número de envolvidos no delito, pode ter pouco efeito prático sobre a dissuasão do cartel, que continuaria operando. Daí que a celebração de um TCC tem, também, um valor menor para a autoridade pública que a celebração de um acordo de leniência. O seu benefício é sobretudo o de evitar o prolongamento das discussões para a sede judicial e fiscal (arrecadatário).

RESUMO

- Compromissos de cessação têm por objetivo central cessar celeremente a conduta investigada, ou os seus efeitos, ao passo que os acordos de leniência visam angariar provas para a punição de uma conduta extremamente danosa à concorrência;
- A definição das regras concorrenciais para o mercado estará sempre associada à leitura que aquele momento da história faz de uma política econômica e da própria política econômica apoiada pela maioria dos membros de um órgão concorrenciais autônomo;
- A definição de cada tipo evolui. A noção de cartel como acordo entre concorrentes é ultrapassada, assim como a definição de preços predatórios tem evoluído dos custo variável médio para o custo incremental médio de longo prazo e para o custo evitável médio;
- Os cartéis são considerados a mais grave ofensa à concorrência porque, diferentemente de outras infrações, em que há uma transferência de bem-estar do ofendido para o infrator, no caso do cartel parte do bem-estar perdido por alguém não é apropriado por ninguém, havendo perda de riqueza (a denominada perda de peso morto);

- A exclusividade concedida a distribuidores e revendedores pode ser, além de a única forma de garantir a cobertura desejada, o melhor instrumento para preservar a qualidade do produto (distribuição seletiva);
- Diversamente do que assinala quase que a exclusividade dos doutrinadores brasileiros, os cartéis não se limitam a acordos entre concorrentes. A punição de acordos verticais como cartéis é bastante comum no Direito Comunitário Europeu. Nos Estados Unidos, apesar de os acordos verticais serem pouco escrutinados naquele país, a definição de cartel como conspiração admite que, a qualquer tempo, casos de colusão vertical sejam enquadrados como cartéis. Esse tratamento é particularmente adequado, naquele país, quando uma empresa está verticalmente relacionada aos operadores de um cartel horizontal (entre concorrentes) e com eles colabora. Esse foi, aliás, o tratamento dispensado ao acordo vertical da Apple no caso dos e-books;
- No Brasil, a Lei de Licitações, a Lei Anticorrupção e a 8.137/1990, ou Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica e Tributária falam, somente, em ajuste, combinação, ou acordo entre empresas, não fazendo qualquer limitação a acordos entre concorrentes. Apenas a NLAB faz menção ao termo concorrente - o que é, entretanto, inócuo, dado que a tipificação da NLAB é aberta, sendo a listagem do art. 36, §3º meramente exemplificativa (“[a]s seguintes condutas, além de outras”). No Brasil, há pelo menos um caso importante em que foram punidos acordos verticais como cartelização, notadamente o Processo Administrativo nº 08012.006019/2002-11;
- O paralelismo de preços não decorre, necessariamente, de um ajuste entre empresas e pessoas, podendo resultar de custos semelhantes;
- A liderança de preços é um comportamento esperado em mercados em que haja uma empresa dominante e mais eficiente;
- Nem todo cartel visa aumentar preços - pode ser, por exemplo, que o seu objetivo seja excluir um concorrente privando-lhe de matéria-prima;
- Nem todo acordo de preços deve ser punido. Ainda que identifiquemos acordos entre concorrentes, é possível que eles tenham por objetivo justamente criar as condições para o surgimento de um mercado;



- Em mercados oligopolizados, é esperado que o comportamento de uma das empresas seja guiado pelo comportamento comercial das outras;
- É possível que provas que afastem a lógica de que uma prática possa ter acontecido sem um acordo sirvam para provar um cartel. Essa teoria, por analisar não só o paralelismo de preços, mas também uma série de fatores complementares, é conhecida por paralelismo *plus*;
- Sem uma estrutura formal, é mais complicado ter controle sobre a traição; por outro lado, a ausência de acordos formais tornaria mais fácil alegar o desconhecimento das regras não enunciadas. Há, porém, determinadas condições que, uma vez preenchidas, tornam os mercados mais propensos à verificação de colusão tácita;
- Cláusulas, ou acordos de nação mais favorecida representam formas de garantir que o tratamento a ser dispensado aos concorrentes não seja superior que o tratamento que é dispensado ao contratante;
- No Brasil, os anúncios de cobrir o menor preço comumente assistidos na TV, ou ouvidos no rádio podem reduzir os custos de monitoração de um cartel, facilitando a sua operacionalização. O mecanismo cria incentivos para que o consumidor monitore se há preços mais baixos que o do supermercado “X”. Toda vez que um consumidor alerta que há preços mais baixos e a oferta é coberta, existe não só a monitoração quanto ao cumprimento do acordo, mas também uma retaliação ao desviante do cartel;
- O açambarcamento priva o mercado desses produtos pela carência comercial, a partir da sua apropriação por um monopolista/monopsonista. Trata-se de uma daquelas infrações que prescindem de poder de mercado;
- A liberdade de decidir com quem contratar é basilar ao princípio da livre iniciativa. Há, casos, porém, em que a recusa de contratar tem por objetivo impossibilitar acesso de um concorrente ao mercado. Nessa situação específica, a recusa de contratar é considerada um ilícito concorrencial;



- A exclusividade é a prática por meio da qual é possível privar outras empresas do acesso a uma fonte de insumos, ou de escoamento do produto, ou serviço, fechando o acesso a esse mercado para eles;
- A litigância de má-fé, enquanto ilícito concorrencial, representa a situação em que a empresa faz uso das vias administrativas, ou judiciais para conseguir objetivo ilegal. A litigância de má-fé representa um dos exemplos de situações em que não é necessário ter poder de mercado para conseguir impor um elevado custo aos concorrentes – em particular, aos entrantes;
- A venda casada, para ser uma infração concorrencial, deve levar a que o poder de mercado em um produto impulse as vendas em outro mercado não dominante e não pode conceder ao consumidor o benefício de escolher entre comprar o produto sozinho, ou de forma casada;
- Deve-se ter o cuidado de verificar se a venda casada não camufla alguma forma de preço predatório, ou se, mesmo vendidos separadamente, os termos de compra dos produtos de forma casada (bundle) é superior às condições de aquisição isolada de cada um dos componentes – o que representa, em última instância, a ausência de opção pela aquisição separada dos produtos;
- A prática de preços predatórios ocorre quando uma empresa comercializa os seus produtos abaixo do custo de produção, incorrendo em perdas de curto prazo com o objetivo de excluir outra empresa e, no longo prazo, passar a impor preços significativamente mais altos.



QUESTIONÁRIO

1. Por que a leniência costuma ser considerada uma melhor opção para as empresas que o compromisso de desempenho em casos de cartéis? E para o Estado?

Comparativamente ao compromisso de cessação, a leniência naturalmente oferece vantagens. Primeiro, o delator, a depender do momento da delação, não será punido pelo Cade e não terá de recolher qualquer valor em sede administrativa ao FDD. Segundo, o delator não será punido criminalmente. Terceiro, todo o grupo econômico, de fato ou de direito, e os seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração serão beneficiários dos efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto. Quarto, quando não houver habilitação para celebrar acordo de leniência nesse primeiro processo, uma pessoa física, ou jurídica poderá ser delatora de outra conduta de que o Cade não tenha conhecimento – situação em que o delator terá redução de 1/3 da pena aplicável no primeiro processo e receberá imunidade criminal e administrativa com relação ao segundo caso (situação conhecida como leniência *plus*).

A única vantagem que uma pessoa, ou empresa apta a pleitear leniência pode encontrar na celebração do TCC, mesmo sem a confissão de participação no conluio, reside na desnecessidade de trair o cartel. Isso ocorre porque, no caso do TCC, o pactuante apenas se obriga a fazer cessar a sua conduta, ou os efeitos da sua conduta – o que não repercute sobre a atuação dos demais membros do cartel.

Justamente em função do exposto acima, para o Estado a celebração de TCC em cartéis, apesar de reduzir o número de envolvidos no delito, tem poucos efeitos práticos sobre a dissuasão do cartel, pode que continuaria operando. O seu benefício é sobretudo o de evitar o prolongamento das discussões para a sede judicial. Ademais, a celebração dos TCCs eleva a arrecadação do FDD e, por subsequente, pode ter, também, uma motivação fiscal (arrecadatória).

2. O que são acordos de divisão de mercado e de que modo o seu efeito pode ser pró-competitivo?

Trata-se da prática de dividir o mercado entre os participantes do cartel, concedendo uma exclusividade. Em geral, essa prática ocorre por meio do estabelecimento de acordos de exclusividade sobre uma área geográfica, ou sobre determinados clientes, ou fornecedores. Diversamente dos acordos sobre quantidades e preços (cartéis clássicos), que são quase sempre prejudiciais à concorrência, os acordos de divisão de mercados (que são um tipo de cartel difuso) têm, muitas vezes, efeitos positivos. Esses efeitos estão quase sempre associados à eliminação do efeito carona (*free riding*), ou seja, a apropriação dos gastos (em geral, em propaganda) do concorrente pelo carona.

3. Acordos entre empresas do mesmo grupo econômico podem ser considerados cartéis?

Não. Cartéis são acordos entre empresas e/ou pessoas que gozam de autonomia decisória entre si. O alinhamento entre empresas e pessoas do mesmo grupo econômico já é esperado e não representa um ilícito concorrencial.

4. Acordos de preços dentro da mesma franquia podem ser considerados cartéis?

Sim. Apesar das limitações gerenciais das franquias, que precisam seguir padrões preestabelecidos pelo franqueador, e apesar de serem aceitáveis determinados comportamentos das franquias que não seriam aceitáveis em outras ocasiões (como as limitações a vendas apenas dentro da rede, a distribuição seletiva e a exclusividade territorial), o preço a ser cobrado pelas franquias não deve ser tabelado. É, porém, aceitável a sugestão de preços por parte do franqueador.

5. Quais os limites aceitáveis de uma cláusula de não concorrência?

Cláusulas de não concorrência por parte do alienante somente são admissíveis para instrumentalizar a incorporação do fundo de comércio ao negócio vendido e, por isso, somente são aceitáveis quando se referam ao mercado (produto e área geográfica) em que eram comercializados os produtos, ou serviços do alienante e devem limitar-se ao tempo adequado para essa que essa transferência se opere (tradicionalmente cinco anos, no Brasil, com base em interpretação do art. 1.147 do Código Civil).

6. Cite fatores complementares (plus factors) ao paralelismo de preços que permitam identificar a presença de cartéis?

- a existência de um motivo racional para o comportamento coletivo das acusadas;
- atitudes contrárias aos próprios interesses das acusadas, em função de uma ação coletiva;
- fenômeno de mercado que não possa ser racionalmente explicado a não ser como fruto de ação concertada;
- registros de colusões passadas das acusadas em violação ao sistema de defesa da concorrência;
- provas de encontros entre as acusadas, ou outras formas de comunicação direta entre as alegadas conspiradoras;
- a utilização de práticas facilitadoras de colusão por parte das acusadas;
- características estruturais da indústria que complicam, ou facilitam o afastamento da concorrência e
- fatores de desempenho da indústria que sugerem a dedução de colaboração horizontal.

•

- 7. Cite condições que tornem os mercados mais propensos à verificação da colusão tácita?*
- concentração de mercado pelo lado do vendedor;
 - ausência de uma franja de pequenos vendedores;
 - pouca resposta do consumidor à elevação de preços em patamares ainda competitivos;
 - dificuldade de entrada de novos concorrentes no curto prazo;
 - mercado atomizado pelo lado do consumidor, o que retira o poder de compra, ou de barganha junto ao vendedor;
 - produto padronizado, o que torna mais fácil conhecer os custos do concorrente e acertar preços, além de reduzir a fidelidade do consumidor à marca, facilitando a imposição de penas para desvios;



- localização dos principais concorrentes na mesma etapa da cadeia produtiva/de distribuição, o que evita que apenas alguns sejam verticalizados e detenham poder de mercado, prescindindo da ação coletiva para influenciar a conduta do mercado;
- predomínio da concorrência por preços, em lugar da concorrência pela qualidade – o que reduz a fidelidade do consumidor à marca e evita que um dos concorrentes se torne dominante e prescinda da ação coletiva para influenciar a conduta do mercado;
- elevada proporção de custos fixos em relação aos custos variáveis, o que leva a uma maior homogeneidade da estrutura de cada concorrente e reduz a capacidade de um dos concorrentes, ao ser mais eficiente no gerenciamento dos seus custos variáveis, prescindir da ação coletiva para influenciar a conduta do mercado;
- demanda estática ou em declínio, o que dificulta a entrada de novos concorrentes e incentiva a formação de acordos para administrar preços e alocar clientes com o fim de assegurar a rentabilidade e a permanência de todos os concorrentes atuais no mercado;
- ausência de licitação a envelope fechado/lance selado, o que facilita o acerto de resultados;
- o histórico concorrencial do setor.



9 A Reparação do Dano

O Direito da Concorrência integra o Direito Econômico, que é ramo do Direito Público. Apesar de a instauração de investigações de ilícitos contra a concorrência poder ocorrer de ofício, ou por provocação (inclusive em face de denúncia privada), a tutela direta da concorrência é sempre pública e ocorre por meio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), ou judicialmente.

A tutela direta da concorrência é um direito difuso, tal como definido no art. 81, parágrafo único, I do Código de Defesa do Consumidor. Isso ocorre porque um dano à concorrência não afeta exclusivamente um consumidor, ou uma empresa, mas uma parcela representativa da sociedade; não se trata, portanto, de um dano ao concorrente, ou ao consumidor, mas de um dano ao bem coletivo denominado livre concorrência.

Desse modo, a reparação de um dano à concorrência visa ressarcir a coletividade pela perda de bem-estar provocada por preços mais altos, menor qualidade, menor diversidade, ou pela escassez de produtos, ou serviços. Justamente em razão do caráter difuso da reparação, os valores assim arrecadados são revertidos para o FDD, nos termos do art. 1º da Lei do Fundo de Direitos Difusos.

Nada impede, porém, que aquele que se sinta ofendido por uma infração concorrencial acione o Judiciário para obter reparação. Nesse caso, o autor da ação estará acionando o Judiciário por um dano causado ao seu patrimônio, não por um dano concorrencial causado à coletividade – com relação ao qual ele não teria legitimidade *ad causam*. Pode-se dizer que, nesses casos, haja uma tutela indireta à concorrência, que ocorre incidentalmente por meio de uma ação para a reparação de um dano individual, conforme franqueado no art. 81, *caput* do Código de Defesa do Consumidor. O valor da punição, nesse caso, é revertido diretamente para os autores da ação que foram vítimas do dano.

Além da destinação do valor arrecadado, as ações privadas – inclusive aquelas movidas pelas associações – diferem das ações públicas em função do seu caráter de ressarcimento. No caso das ações públicas de defesa da concorrência, o valor cobrado tem natureza de multa e deve ser arbitrado com base no art. 37 da NLAB, revertendo para o FDD o produto da arrecadação. Já o ressarcimento auferido por meio das ações privadas, como não tem caráter de multa, tem por escopo apenas

monetizar e devolver, com a devida correção, o bem estar que veio a ser perdido em função do ilícito concorrencial.

Dada a dificuldade de individualização do dano, a própria Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011) incentiva, no seu art. 47, a propositura de ações coletivas para o ressarcimento privado do dano. Esse tipo de ação é recomendado para quem seja vítima direta de infrações concorrenciais, de tal forma a facilitar a associação do nexo de causalidade por parte do Judiciário. No caso de cartéis de elevadores e de materiais de construção, por exemplo, os clientes finais das construtoras e das incorporadoras. No caso de cartéis de gases hospitalares, os pacientes das casas de saúde.

Note-se que, em razão das dificuldades de produção de prova e argumentação econômica, é bastante razoável que casos de infrações concorrenciais sejam primeiro denunciados ao Cade e que as ações judiciais sejam propostas após a punição pelo Tribunal Administrativo. A existência de uma condenação pelo Cade reduz os custos particulares e judiciais da contratação de peritos, empresta provas coletadas no âmbito administrativo e traz o juízo de uma autoridade federal colegiada e, em tese, isenta, reduzindo o tempo de litígio e facilitando a condenação.

Destaca-se que a propositura de ações pelos particulares eleva o custo de oportunidade do cometimento das infrações, haja vista que, quanto maior for a punição esperada, maiores deverão ser os ganhos derivados de uma prática anticompetitiva para compensar o risco incorrido. Em outras palavras, quanto maior for a punição esperada pelo cometimento de uma infração concorrencial, menor o interesse em infringir às normas de defesa da concorrência. Fala-se, assim, que há uma elevação da obediência à lei e à dissuasão à prática dos ilícitos (*compliance/deterrence*).

RESUMO

- A tutela direta da concorrência é um direito difuso. Isso ocorre porque um dano à concorrência não afeta exclusivamente um consumidor, ou uma empresa, mas uma parcela representativa da sociedade; não se trata, portanto, de um dano ao concorrente, ou ao consumidor, mas de um dano ao bem coletivo denominado livre concorrência;
- Nada impede, porém, que aquele que se sinta ofendido por uma infração concorrencial acione o Judiciário para obter reparação.

Nesses casos, há uma tutela indireta à concorrência, que ocorre incidentalmente por meio de uma ação para a reparação de um dano individual, conforme franqueado no art. 81, *caput* do Código de Defesa do Consumidor;

- No caso das ações públicas de defesa da concorrência, o valor cobrado tem natureza de multa e deve ser arbitrado com base no art. 37 da NLAB, revertendo para o FDD o produto da arrecadação;
- Já o ressarcimento auferido por meio das ações privadas, como não tem caráter de multa, tem por escopo apenas monetizar e devolver, com a devida correção, o bem estar que veio a ser perdido em função do ilícito concorrencial;
- A propositura de ações pelos particulares eleva o custo de oportunidade do cometimento das infrações, pois aumenta a punição que o infrator receberá pela sua conduta lesiva à concorrência. Quanto maior for a punição esperada pelo cometimento de uma infração concorrencial, menor o interesse em infringir às normas de defesa da concorrência. Fala-se, assim, que há uma elevação da obediência à lei e à dissuasão à prática dos ilícitos (*compliance/deterrence*).



QUESTIONÁRIO

1. Qual o principal valor para a coletividade das ações privadas de reparação por danos à concorrência?

A propositura de ações pelos particulares eleva o custo de oportunidade do cometimento das infrações, pois aumenta a punição que o infrator receberá pela sua conduta lesiva à concorrência. Desse modo, quanto maior for o número de pessoas buscando ressarcimento, maior a punição que a empresa e as pessoas envolvidas sofrerão. Ou seja, sabendo de antemão que, no Brasil, o Cade é bastante ativo e impõe multas severas sobre os infratores e que as pessoas também entram na Justiça pelos seus direitos, as empresas e as pessoas saberão que só valerá a pena arriscar a prática de um ilícito se o prêmio pago pelo cometimento do ilícito for mais alto que a expectativa de punição (que é uma resultante do valor da punição esperada com a probabilidade de que haja punição). No cenário suposto (Cade vigilante e vultosas ações privadas), a propensão a cometer um ilícito tende a ser baixa.



LIVRO DO AUTOR

TAUFICK, R.D.. **Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei nº 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da concorrência – avaliação crítica, jurisprudência, doutrina, estudo comparado.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LIVROS INTRODUTÓRIOS

ANTUNES, J. A. E.. **Liability of Corporate Groups – autonomy and control in parent-subsidiary relationship in US, German and EU Law: an international and comparative perspective.** Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994. P.10

AREEDA, P. E./HOVENKAMP, H.. **Antitrust Law – an analysis of antitrust principles and their application.** Vol. VII. New York: Aspen, 2004.

WHISH, R.. **Competition Law.** 7ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BRUNA, S. V. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ELHAUGE, E./GERADIN, D.. **Global Competition Law and Economics.** 1ª edição. Hart Publishing, 2007.

FORGIONI, P. A.. **Os Fundamentos do Antitruste.** 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GABAN, E. M./DOMINGUES, J. O.. **Direito Antitruste – o combate aos cartéis.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice.** Cambridge, Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008.

TAUFICK, R.D.. **Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei nº 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da concorrência – avaliação crítica, jurisprudência, doutrina, estudo comparado.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.



CARTÉIS

GABAN, E. M./DOMINGUES, J. O.. **Direito Antitruste – o combate aos cartéis**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINEZ, A. P.. **Repressão a Cartéis - interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.

CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

FORGIONI, P. A.. **Contratos de Distribuição**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, P. B.. **Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais**. São Paulo: Singular, 2002.

LEITURA COMPLEMENTAR

BELLAMY, C./CHILD, G. D.. **European Community Law of Competition**. 5ª edição. P.M. Roth Qc, 2003.

BORK, Robert H.. **The Antitrust Paradox – a policy at war with itself**. The Free Press: United States, 1993. PP. 226 e 227.

COMPARATO, F. K./ SALOMÃO FILHO, C.. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HANANIA, L. R.. **La nécessité de correction du droit de la concurrence pour la promotion de la diversité culturelle, notamment dans les pays en développement**. In H. Ruiz Fabri (dir.), *La Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles – Premier bilan et défis juridiques*, SLC, pp. 111-132. . Paris, 2010.

LAZZARINI, S. G.. **Capitalismo de Laços: os donos do Brasil e suas conexões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ORDOVER, J./WILLIG, R. D.. **An Economic Definition of Product Innovation**. In *Strategy, Predation, and Antitrust Analysis*. Federal Trade Commission Report. Washington, DC: US Government Printing Office, 1981.

PAGOTTO, L. *at alli*. **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**. Rio de Janeiro: Método, 2012.



SALOMÃO FILHO, C.. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **O novo Direito Societário**. 3a edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

SULLIVAN, E. Thomas/HARRISON, Jeffrey L.. **Understanding Antitrust and its Economic Implications**. Estados Unidos: LexisNexis, 2003, pp. 293/295.

TAUFICK, R. D.. **Aumentos significativos e não transitórios de preço (SSNIP) em produtos de baixo valor final**. Revista de Direito da Concorrência, v. 1, p. 59-78, 2008

_____. **Imunidade Parker v. Brown: releitura das doutrinas *state action* e *pervasive power* no ordenamento jurídico brasileiro**. In: Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. / Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral. – Vol. 1, n. 1, dez. 2007 –. Brasília: BCB, 2009, pp. 75/104.

CANAL NO YOUTUBE

Mantenho um canal no YouTube, no qual constantemente atualizo a minha lista de vídeos para incorporar os principais materiais na internet sobre defesa da concorrência em português e em inglês. Para acessar o material basta clicar [aqui](#).

MANUAIS³⁰

- [Anexo à Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001: Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal;](#)
- [Orientações para Análise de Acordos de Cooperação Horizontal;](#)
- [Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado;](#)
- [Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado;](#)

³⁰ Apesar de todos os documentos da UE e da OCDE aqui listados contarem com tradução para o português de Portugal, sugerimos a leitura do texto em inglês, quando possível, em razão da sua maior fluidez, do seu caráter primário e da discrepância entre os termos técnicos adotados no Brasil e em Portugal.

- [Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento \(CEE\) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento \(CE\) n.º 802/2004 da Comissão;](#)
- [Comunicação da Comissão relativa às restrições directamente relacionadas e necessárias às concentrações;;](#)
- [Regulamento \(CE\) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado;](#)
- [Regulamento das Concentrações Comunitárias;](#)
- [Comunicação *de minimis*;](#)
- [Federal Trade Commission/U.S. Department of Justice. Commentary on the Horizontal Merger Guidelines, 2006;](#)
- [Federal Trade Commission/U.S. Department of Justice. Horizontal Merger Guidelines, 2010;](#)
- [Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas;](#)
- [Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas;](#)
- [Orientações relativas às restrições verticais;](#)
- [Cartas de Orientação;](#)
- [Orientações referentes à condução de procedimentos de transacção nos processos de cartéis;](#)
- [U.S. Department of Justice. Non-Horizontal Merger Guidelines, 1984;](#)
- [Regulamento \(UE\) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do tratado sobre o funcionamento da união europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.](#)



LEGISLAÇÃO RELEVANTE

- Art. 170, IV e art. 173, §4º da [Constituição Federal \(“CF”\)](#);
- Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011, conhecida como [Nova Lei Antitruste Brasileira \(“NLAB”\)](#);
- Lei nº 8.078 de 11 setembro de 1990, conhecida como [Código de Defesa do Consumidor \(“CDC”\)](#);
- Lei nº 8.137/1990, ou [Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica e Tributária](#);
- Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, ou [Lei de Licitações](#);
- Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013, também conhecida como [Lei Anticorrupção](#);
- Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, ou [Lei da Ação Civil Pública](#);
- Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1995, ou [Lei da Ação Popular](#) e
- Lei 9.008/1995 é por isso chamada de [Lei do Fundo de Direitos Difusos](#).

