

# MULHERES NO ANTITRUSTE

---

## VOLUME 3

PREFÁCIO

TERESA MOREIRA

### COORDENAÇÃO

AGNES MACEDO DE JESUS  
ISABELA MAIOLINO

### ORGANIZAÇÃO

LEONOR CORDOVIL  
AMANDA ATHAYDE  
JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES



# MULHERES NO ANTITRUSTE

---

## VOLUME 3

### COMISSÃO CIENTÍFICA

ADRIANA CARDINALI STRAUBE  
AMANDA ATHAYDE  
AMANDA FLÁVIO  
BARBARA ROSENBERG  
FABIANA TITO

JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES  
LEONOR CORDOVID  
SILVIA FAGÁ DE ALMEIDA  
SIMONE CUIABANO  
PRISCILA GONÇALVES

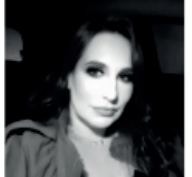
### AUTORAS

AGATHA GONÇALVES SANTANA  
ALEXANDRA MONTEIRO CAUPER DÓRIA  
ANA PAULA GUIMARÃES  
ANA SOFIA CARDOSO MONTEIRO  
ANNA BINOTTO  
ANNA LUIZA ESTRELLA  
ANNA OLIMPIA DE MOURA LEITE  
BEATRIZ MEDEIROS NAVARRO SANTOS  
BRUNA SILVESTRE PRADO  
ERIKA VIEIRA SANG  
GABRIELA WENTZ VIEIRA  
JULIA GONÇALVES BRAGA  
JÚLIA REIS ROMUALDO

JULIA WERBERICH  
LUÍSA CAMPOS FARIA  
MARIANA HIROMI SONODA  
MARIANA LLAMAZALEZ OU  
MARJORIE GRESSLER AFONSO  
NAÍNA ARIANA SOUZA TUMELERO  
PALOMA CAETANO ALMEIDA  
PAULA PINEDO  
POLYANNA VILANOVA  
RENATA ZUCCOLO  
SÍLVIA FAGÁ DE ALMEIDA  
VÍVIAN SALOMÃO IANELLI

# ORGANIZADORAS AVALIADORAS AUTORAS

---



**Agnes Macedo de Jesus**

**Isabela Maiolino**

Coordenadoras

# MULHERES NO ANTRUSTE III

1.<sup>a</sup> Edição

São Paulo

2020

Editora Singular

MACEDO, Agnes; MAIOLINO, Isabela. (Coord.). *Mulheres no Antitruste*. Volume III. São Paulo: Singular, 2020.

ISBN:978-65-86352-24-5

1. Concentração econômica. 2. Infrações à ordem econômica. 3. Política concorrencial.

**Coordenação:**

Agnes Macedo de Jesus

Isabela Maiolino

**Organização:**

Agnes Macedo de Jesus

Amanda Athayde

Isabela Maiolino

Juliana Oliveira Domingues

Leonor Cordovil

**Diagramação e edição:** Isabela Maiolino e José Carlos

**Revisão:** Agnes Macedo de Jesus, Isabela Maiolino e Leonor Cordovil

**Capa:** Luiza Ribeiro de Menezes Souza e Mydiã do Nascimento Lira

**Imagem de capa:** Pexels.com

## SUMÁRIO

Sobre as colaboradoras.....	6
AGRADECIMENTOS.....	16
Agnes Macedo de Jesus e Isabela Maiolino .....	16
PREFÁCIO .....	17
Teresa Moreira.....	17
INTRODUÇÃO .....	20
Amanda Athayde, Juliana Oliveira Domingues e Leonor Cordovil	20
<b>PARTE 1 - CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA.....</b>	<b>24</b>
1. O CONTROLE EMPRESARIAL NA FUNÇÃO PREVENTIVA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA .....	25
Anna Binotto.....	25
2. ATUAÇÃO DAS AUTORIDADES ANTITRUSTE MUNDIAIS NA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO MULTIJURISDICIONAIS .....	58
Paula Pinedo e Mariana Llamazalez Ou .....	58
3. THE FAILING FIRM DEFENSE IN BRAZILIAN COMPETITION MERGER REVIEW: PROVING THE MERGER IS THE BEST ALTERNATIVE TO MARKET EXIT.....	93
Marjorie Gressler Afonso .....	93
4. DIREITO CONCORRENCIAL CONTRA O CONSENSO: UMA ANÁLISE DA OPERAÇÃO BOEING/EMBRAER E SUAS REPERCUSSÕES .....	123
Paloma Caetano Almeida; Anna Luiza Estrella Constancio Tavares e Júlia Reis Romualdo .....	123
5. A REVISÃO DE ACORDOS EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL .....	163
Renata Zuccolo; Mariana Hiromi Sonoda; Bruna Silvestre Prado	163

6. TERCEIROS INTERESSADOS EM NÚMEROS: COMO TEM SIDO SUA ATUAÇÃO EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO CADE? ...	189
Vívian Salomão Ianelli .....	189
<b>PARTE 2 - INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA.....</b>	<b>231</b>
7. DESCUMPRIMENTO DE TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO CELEBRADO COM O CADE: ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE A EXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS NA DEFINIÇÃO DA CLÁUSULA PENAL .....	232
Julia Gonçalves Braga.....	232
8. UM “NOVO” OLHAR SOBRE UM VELHO TEMA, A COBRANÇA DA THC2: CONVERGÊNCIA NECESSÁRIA COM A REGULAÇÃO SETORIAL OU DESVIRTUAMENTO DO <i>ENFORCEMENT</i> ANTITRUSTE NO MERCADO DE ARMAZENAGEM ALFANDEGADA PORTUÁRIA? .....	259
Polyanna Vilanova e Julia Werberich.....	259
9. “NOVOS AGENTES”: O USO DE ALGORITMOS COMO FACILITADORES DE COLUSÃO ANTICOMPETITIVAS PREJUDICIAIS À CONCORRÊNCIA .....	294
Agatha Gonçalves Santana; Alexandra Monteiro Cauper Dória ...	294
<b>PARTE 3 POLÍTICA CONCORRENCIAL .....</b>	<b>325</b>
10. O <i>ADVOCACY</i> NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA PRÁTICA NO PRÉ E PÓS-PANDEMIA .....	326
Ana Paula Guimarães e Luísa Campos Faria.....	326
11. PLATAFORMAS DIGITAIS: A DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE ENRIQUECE OU LIMITA A ANÁLISE ANTITRUSTE? .....	372
Ana Sofia Cardoso Monteiro; Anna Olímpia de Moura Leite; Sílvia Fagá de Almeida .....	372
12. O CADE E A TUTELA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL EM PERÍODOS DE CRISE.....	397
Erika Vieira Sang e Beatriz Medeiros Navarro Santos.....	397

13. COMPETITIVIDADE E EFICIÊNCIA POR MEIO DA  
ROTULAGEM NUTRICIONAL FRONTAL: O DIREITO  
CONCORRENCIAL E O CONSUMIDOR COMO DESTINATÁRIO  
ECONÔMICO..... 430  
    Gabriela Wentz Vieira; Naína Ariana Souza Tumelero..... 430



## **SOBRE AS COLABORADORAS**

### **Coordenadoras**

**Agnes Macedo de Jesus** é mestra em Direito Internacional e Europeu com especialização em Business Law pela Universidade de Radboud (Holanda). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Em 2016/2017, estudou Direito Internacional Privado, Direito Internacional Econômico e Direito Romano na Universidade de Granada (Espanha). Em 2018, foi aluna especial do mestrado na Universidade de Brasília (UnB). Durante o bacharelado, foi presidente do Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília (Cadir – UnB). Autora de artigos em Direito Contratual, Direito da Concorrência e Defesa Comercial. Atualmente é professora assistente na The Hague University of Applied Sciences (THUAS).

**Isabela Maiolino** é bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), na linha de pesquisa Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação. Foi Assistente e Coordenadora-Substituta da Superintendência-Geral do CADE, tendo atuado com investigação de cartéis internacionais, condutas unilaterais e instrução de atos de concentração, de 2015 a 2018. Diretora de Publicações da rede Women in Antitruste Brasil (WIA), diretoria 2018-2019. Atualmente é assessora técnica da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), no Ministério da Justiça e Segurança Pública.

### **Comissão Organizadora**

**Amanda Athayde Linhares Martins Rivera** é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB e de Direito Econômico e da Concorrência IDP. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora de dois livros e de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Direito Econômico, Comércio Internacional, Acordos de Leniência e Defesa Comercial. Servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior, tendo atuado na negociação de

acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Em 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE. Em 2019, tornou-se Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA).

**Juliana Oliveira Domingues** é Professora Doutora da FDRP/USP com pesquisa de pós-doutorado na Georgetown University. Foi a primeira pesquisadora brasileira selecionada pelo programa internacional da American Bar Association (Antitrust Law - International Scholar in Residence Program). Trabalhou em vários casos paradigmáticos envolvendo regulação econômica, antitruste e comércio internacional no Brasil. Em 2008, seu livro Direito Antitruste foi premiado como “melhor livro jurídico” (Prêmio Troféu Cultura Econômica). Autora do livro “Brazilian Competition Law: A practitioner's Guide”, ambos pela editora Wolters Kluwer. Foi Conselheira do IBRAC e Assessora Não Governamental da ICN. Publicou dezenas de artigos em português e em inglês. Atualmente é Secretária Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA).

**Leonor Cordovil** é Professora Doutora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, doutora em Direito Econômico (USP) e em Direito Internacional (Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne), mestre (DEA) em Direito Internacional pela Panthéon Sorbonne e mestre em Direito Econômico (UFMG). Foi Diretora do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Comércio Internacional e Consumo (IBRAC) de 2010 a 2019 e bolsista do Programa de Doutorado da Organização Mundial do Comércio, em Genebra. É autora de livros e artigos em Direito da Concorrência, Consumidor e Comércio Internacional e sócia fundadora do escritório Grinberg Cordovil Advogados. Como advogada, é constantemente mencionada nos melhores rankings e nomeada como advogada destaque na área do antitruste por várias publicações. É Antitrust Officer da International Bar Association (IBA) e co-fundadora da rede Women in Antitrust Brasil (WIA).

## Comissão Científica

**Adriana Straube** é advogada. Doutora em Direito (USP). Mestre em Direito (PUC-SP). Foi Visiting researcher e Visiting Fellow na King's College London. Presidente da Comissão de Estudos de Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP (triênio 2019-2021). Reconhecida pela Global Competition Review como uma das melhores advogadas corporativas em defesa da concorrência no mundo (2019). Vencedora do prêmio da Latin America Corporate Counsel Association – LACCA, em 2017, como melhor Compliance Counsel das Américas e reconhecida como melhor Jurídico de Negócios da América Latina em 2019 pela Association of Corporate Counsels. É autora de diversos artigos jurídicos e palestrante no Brasil e no exterior.

**Amanda Athayde Linhares Martins Rivera** é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB e de Direito Econômico e da Concorrência IDP. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora de dois livros e de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Direito Econômico, Comércio Internacional, Acordos de Leniência e Defesa Comercial. Servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior, tendo atuado na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Em 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE. Em 2019, tornou-se Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA).

**Amanda Flávio** é Doutora, Mestre e especialista em Direito Econômico pela UFMG. Professora associada de Direito Econômico, Regulatório e Concorrencial na Universidade de Brasília - UNB. Foi professora decana de Direito Econômico dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Universidade Federal de Minas Gerais (2004-2019). Advogada militante e parecerista, sócia fundadora da Advocacia Amanda Flávio de Oliveira. Membro do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social do Estado de Minas Gerais. Diretora da Comissão Permanente de Concorrência do

Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor- BRASILCON. Vice- Presidente da Comissão de Direito da Regulação Econômica e membro das comissões de Direito da Concorrência e de Direito do Consumidor da OAB/MG. Conferencista, já participou de inúmeros Congressos no Brasil e em outros países como convidada. Autora de vários livros e artigos publicados no Brasil e no exterior sobre Direito Econômico, Regulatório, Concorrencial e Consumidor. Foi Diretora da Faculdade de Direito da UFMG, Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, Conselheira do Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos, Presidente da Fundação Professor Valle Ferreira, Assessora-chefe da gestão estratégica do Supremo Tribunal Federal, Assessora especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal, Presidente do BRASILCON - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Membro consultora da Comissão Especial de Direito do Consumidor do Conselho Federal da OAB e Conselheira da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

**Barbara Rosenberg** é formada em Direito pela Universidade de São Paulo, onde concluiu também seu doutorado em Direito Econômico. Fez LL.M. na University of California, at Berkeley, e, na sequência, trabalhou na Organização Mundial do Comércio e no escritório americano Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton. Desde 2006 Barbara é sócia do escritório Barbosa, Mussnich e Aragão, onde lidera a área de Direito Concorrencial. Durante três anos, de 2003 a 2005, foi Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, da Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, onde exerceu também o cargo de Secretária Adjunta. É Presidente do Conselho do Ibrac - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumidor e Comércio, membro do Antitrust Council da American Bar Association (ABA). Venceu o "GCR Awards 2019", premiação da renomada publicação Global Competition Review, na categoria "Dealmaker of the year". Foi nomeada uma das 13 mulheres mais influentes e inspiradoras do mundo jurídico pela publicação global Acritas Stars e entre as 100 principais atuantes em antitruste no mundo ("Women in Antitrust", do GCR). É considerada por The Legal 500, LACCA, Who's Who Legal, IFLR500 e Best Lawyers entre os advogados de antitruste de maior destaque, sendo a única brasileira indicada pela Chambers and Partners na categoria Star Performer em Direito Concorrencial."

**Fabiana Tito** é Doutora em Teoria Econômica pela Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis da Universidade de São

Paulo (FEA/USP), Mestra em Economia da Concorrência e Regulação pelas Instituições Universitat Pompeu Fabra e Universitat Autònoma de Barcelona (Espanha) e Bacharel em Ciências Econômicas pela Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis da Universidade de São Paulo (FEA/USP), com especialização em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Foi Coordenadora-Geral da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça de 2004 a 2007. Possui experiência em consultorias internacionais da área antitruste e trabalhou na Autoridade da Concorrência Britânica (CMA/UK) em 2009. Liderou a equipe da USP no campeonato mundial de Econometria Econometric Games em 2015. Sócia da Tendências, é também reconhecida pelo Who's Who Legal Consulting Experts (2017, 2018, 2019 e 2020), Who's Who Though Leaders 2021 e é a atual Diretora de Economia do IBRAC (2020-2021), após quatro anos atuando como Conselheira do Instituto (2016-2017 e 2018-2019).

**Juliana Oliveira Domingues** é Professora Doutora de Direito Econômico na FDRP/USP com pós-doutorado na Georgetown University. Foi a primeira pesquisadora brasileira selecionada pelo programa internacional da American Bar Association (Antitrust Law - International Scholar in Residence Program). Trabalhou em vários casos paradigmáticos envolvendo antitruste e comércio internacional no Brasil. Em 2008, publicou seu primeiro livro sobre Direito Antitruste premiado como “melhor livro jurídico” (Prêmio Troféu Cultura Econômica). Em 2012, passou a lecionar na Universidade de São Paulo (USP) e atuar como consultora independente. Em 2011 publicou seu primeiro livro sobre o direito antitruste brasileiro em inglês e em 2013 publicou o livro “Brazilian Competition Law: A practitioner's Guide”, ambos pela editora Wolters Kluwer. Membro da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP). É Conselheira do IBRAC. Foi Assessora Não Governamental da ICN. Publicou dezenas de artigos em português e em inglês. Atualmente tem pesquisado temas envolvendo igualdade de gênero e sua relação com o desenvolvimento econômico. Co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA).

**Leonor Cordovil** é Professora Doutora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, doutora em Direito Econômico (USP) e em Direito Internacional (Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne), mestre (DEA) em Direito Internacional pela Panthéon Sorbonne e mestre em Direito Econômico (UFMG). Foi Diretora do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Comércio Internacional e Consumo (IBRAC) de

2010 a 2019 e bolsista do Programa de Doutorado da Organização Mundial do Comércio, em Genebra. É autora de livros e artigos em Direito da Concorrência, Consumidor e Comércio Internacional e sócia fundadora do escritório Grinberg Cordovil Advogados. Como advogada, é constantemente mencionada nos melhores rankings e nomeada como advogada destaque na área do antitruste por várias publicações. É Antitrust Officer da International Bar Association (IBA) e co-fundadora da rede Women in Antitrust Brasil (WIA).

**Silvia Fagá de Almeida** é economista pela FEA/USP, doutora em economia pela FGV-SP (com tese sobre o poder compensatório e sua aplicação antitruste no setor de saúde suplementar, trabalho premiado com a primeira colocação no Prêmio-SEAE de Monografias do Ministério da Fazenda). Foi visiting scholar na Columbia University-NY (2011-2012) e professora da pós-graduação de economia da EESP-FGV e da FIPE. Diretora da LCA, com mais de 15 anos de experiência em defesa da concorrência. Mencionada, desde 2015, no Who's Who Legal (associada à Global Competition Review) como economista de destaque no plano internacional para questões concorrenciais. É diretora de Economia do IBRAC (2016-2019).

**Simone Cuiabano** é doutora em Economia pela UnB, Postdoctoral Fellow na Toulouse School of Economics. Economista Senior do Banco Africano de Desenvolvimento desde 2019, atuou em diversas posições na administração pública no Brasil: foi economista-chefe adjunta do Cade entre 2014 e 2016, assessora econômica do gabinete do Ministro da Fazenda em 2018, Coordenadora-geral de Interesse Público em 2019. É Auditora de Finanças e Controle da Secretaria do Tesouro Nacional (em afastamento)

**Priscila Brolio Gonçalves.** Doutora e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Pesquisadora visitante na London School of Economics and Political Science – LSE. Diploma do Programa de Desenvolvimento de Dirigentes (PDD) da Fundação Dom Cabral. Participou de diversas bancas examinadoras de mestrado e doutorado na área de direito econômico e concorrencial. Diretora de Publicações e Editora da Revista do IBRAC. Integrante do corpo editorial da Revista do CADE. Advogada atuante em direito econômico, com foco em direito concorrencial. Sócia fundadora de Brolio Gonçalves Advogados. Autora de livros e diversos artigos acadêmicos.

## **Autoras**

**Agatha Gonçalves Santana;** Mestre e doutora pela Universidade Federal do Pará – UFPA, advogada, professora titular da graduação e pós stricto sensu da Universidade da Amazônia - UNAMA / Ser Educacional, membro do Instituto Brasileiro de Processo Civil - IBDP, membro do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil - IBERC, associada da Associação Norte Nordeste de Processo, líder do Grupo Teorias Gerais do Processo – CNPq.

**Alexandra Monteiro Cauper Dória** Graduanda em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA, participante da 40º edição do Programa de Intercâmbio do CADE – PinCADE.

**Ana Paula Guimarães** é advogada graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2019).

**Ana Sofia Cardoso Monteiro** é Bacharel em economia e relações internacionais pelo IBMEC/RJ, advogada, formada na Faculdade Nacional de Direito (UFRJ), mestre em administração com concentração em finanças pelo COPPEAD/UFRJ e doutoranda em Direito Comercial pela USP. Atualmente, sócia da Monteiro e Monteiro Advogados Associados.

**Anna Binotto** é Bacharela em Direito (2017) e Doutoranda em Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada no VMCA.

**Anna Luiza Estrella Constancio Tavares;** Graduanda em Direito na Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro e estagiária no escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados

**Anna Olimpia de Moura Leite** é Mestre em economia pela FEA-USP e gerente da LCA. Há 5 anos assessora empresas em investigações envolvendo defesa da concorrência, tendo participado de alguns dos mais relevantes e complexos casos submetidos à jurisdição brasileira. Anna Olimpia participou da equipe que assessorou o Google no Processo Administrativo discutido no artigo.

**Beatriz Medeiros Navarro Santos** é advogada, bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Possui vasta experiência em Direito da Concorrência, tendo atuado por mais de 8 anos no escritório Machado Meyer Advogados. Também possui experiência na representação de clientes nacionais e estrangeiros na área de telecomunicações perante a ANATEL.

**Bruna Silvestre Prado** é Estagiária da área de Direito Concorrencial do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados. Graduanda em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

**Erika Vieira Sang** é mestra em ciências políticas pela Université Paris-Est Marne-la-Vallée e bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Erika também foi aluna de direito público econômico da Université Panthéon-Assas, além de especialista em direito concorrencial pela Fundação Getúlio Vargas. Possui vasta experiência na área concorrencial, campo em que atuou, durante 6 anos, nos escritórios Machado Meyer e Lefosse. Desde 2018, atua de forma independente, prestando consultoria e assessoria a escritórios e/ou clientes que necessitam de qualquer tipo de apoio em matéria antitruste. Além disso, Erika também possui experiência na elaboração e execução de projetos de desenvolvimento econômico em países em desenvolvimento, notadamente africanos, pela Agência francesa de desenvolvimento das mídias.

**Gabriela Wentz Vieira** é advogada. Presidente da Comissão de Direito Empresarial e dos Negócios da Subseção de Joinville da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - área de concentração Direito e Relações Internacionais. Participante da XXX Edição do Programa de Intercâmbio do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

**Julia Gonçalves Braga** é graduada em Direito pela Universidade de Brasília e advogada em Pinheiro Neto Advogados

**Júlia Reis Romualdo** Graduanda em Direito na Universidade de São Paulo - USP. Estagiária da área de Direito Concorrencial do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados.

**Julia Werberich** é advogada no escritório de advocacia Figueiredo e Velloso Advogados Associados. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Aluna especial do Mestrado Profissional em Economia e integrante do grupo de Pesquisa em Direito Econômico e Concorrencial do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Membro da comissão de Brasília e da comissão de Mercados Digitais do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC.

**Luísa Campos Faria** é Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (2019) e Analista de Políticas e Indústria II na Confederação Nacional da Indústria - CNI.



**Mariana Hiromi Sonoda** é Advogada da área de Direito Concorrencial do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

**Mariana Llamazalez Ou** é advogada da prática de Antitruste e Concorrencial do Demarest Advogados. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2018) e bacharel em Ciências Contábeis pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC (2020). Em 2019, concluiu o Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas em Direito das Plataformas Digitais e, atualmente, cursa o Programa de Pós-Graduação em Economia de Negócios na Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EESP).

**Marjorie Gressler Afonso** é formada em direito pela Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro. Mestra em Direito da Regulação pela Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro. Cursou LLM em International Economic Law, Business and Policy na Stanford Law School e, na sequência, trabalhou no escritório Norton Rose Fulbright em Londres. Desde 2020, Marjorie trabalha no escritório Levy & Salomão Advogados com questões regulatórias e concorrenciais.

**Naína Ariana Souza Tumelero** Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina- área de concentração Estado e Sociedade. Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil. Doutoranda Interdisciplinar em Ciência Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina e bolsista de doutorado-CNPq.

**Paloma Caetano Almeida;** Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo - USP e pós-graduanda em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Advogada da área de Direito Concorrencial do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados.

**Paula Pinedo** é advogada da prática da Antitruste e Concorrencial do Demarest Advogados. Graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 2015. Em 2017, participou do Projeto Exchanging Hemispheres, no curso Mediation: Theory and Practice, em conjunto com a Universidade Presbiteriana Mackenzie e Pepperdine University. Membro do Comitê de Contencioso Econômico do IBRAC. Coautora do Livro Mulheres no Antitruste, volume I.

**Polyanna Vilanova** é doutoranda em Ciência Política pela Universidade de Lisboa. Advogada Sócia do escritório de advocacia Figueiredo e

Velloso Advogados Associados. Ex-conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Pós-Graduação em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela FGV. LLM em Direito Empresarial pela FGV. Especialista em Direito Público pela Unisul. Especialista em Direito, Estado e Constituição pela Cândido Mendes. Bacharel em Direito pelo UniCeub e em Ciência Política pela UnB. Recebeu, em 2017, os prêmios “Euromoney Legal Media Group Americas Women Business Law Awards” na categoria “Best Litigator in Latin America” e “Litigation and Arbitration” da “Leaders League”. Foi escolhida pela “Global Investigation Review – GIR” como uma das 100 melhores advogadas do mundo na área de compliance e investigação no ano de 2015. Membro da Comissão Especial de Defesa da Concorrência da OAB Federal.

**Renata Zuccolo** é sócia da área de Direito Concorrencial do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialização em Direito Econômico e Regulatório pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Mestre em Direito (LL.M.) pela Kings College London (Inglaterra).

**Sílvia Fagá de Almeida** Bacharel em economia pela FEA-USP, doutora em economia pela EESP-FGV e é diretora do LCA. Foi visting scholar na Columbia University (2011-2012) e professora da FIPE e FGV-SP. Foi diretora de economia (2016-2019) e é diretora de mercados digitais (2020-2021) do IBRAC, sendo também NGA da ICN. Reconhecida pelo Who’s Who Legal como uma das economistas de destaque no plano internacional para questões concorrenciais e como Thought Leader pela mesma publicação. Sílvia participou da equipe que assessorou o Google no Processo Administrativo discutido no artigo.

**Vívian Salomão Ianelli** é advogada, bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) em 2019 e pós-graduanda em Advocacia Empresarial pela PUC Minas. Integrei Summer Shcool na London School of Economics (LSE) sobre direito da concorrência na Comissão Europeia em 2019. Recebi o Prêmio IBRAC-TIM na primeira colocação em 2019 na categoria de monografias.

## AGRADECIMENTOS

*Agnes Macedo de Jesus e Isabela Maiolino*

### *Coordenadoras da obra*

Este é o terceiro livro coletivo lançado pela rede WIA – Mulheres no Antitruste Brasil, também em parceria com a editora Singular. Chegando a um novo patamar, desta vez contando com profissionais doutoras para compor a comissão científica, é necessário fazer breves considerações sobre a presença feminina na academia.

A ideia de um primeiro livro coletivo, gratuito, escrito apenas por mulheres que atuam no antitruste, objetivava aumentar a difusão dos trabalhos femininos na área. Muito embora tenhamos excepcionais profissionais, sejam elas economistas, advogadas, servidoras públicas, considerávamos que o espaço para as mulheres ainda era insuficiente.

Lançamos dois excelentes livros com apoio da editora Singular, a quem desde já agradecemos na figura do José Carlos, com lançamentos nos seminários do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Com a organização do terceiro livro, nos deparamos com uma desconfortável realidade imposta pelo coronavírus: seguimos como minoria também nos inúmeros eventos online que foram organizados pelas mais diversas instituições.

Talvez, a princípio, a produção acadêmica não pareça relacionada a esses eventos. Para nós, no entanto, só mostra a necessidade de publicizar ainda mais as excelentes profissionais que atuam na área. Os artigos aqui publicados são resultado de um criterioso processo de *peer review*, no qual cada artigo passou pela avaliação inominada de três profissionais doutoras. Todas que aqui publicam devem ter os seus trabalhos lidos e considerados, e todos os artigos não só podem como devem integrar as importantes e relevantes discussões que são conduzidas em eventos.

Certas de que temos um longo caminho para publicação e fomento da escrita feminina, agradecemos a todos que contribuíram para publicação dessa obra.

## PREFÁCIO

*Teresa Moreira*

***Chefe do Serviço das Políticas de  
Concorrência e de Proteção do Consumidor,  
UNCTAD - Conferência das  
Nações Unidas para o Comércio e o  
Desenvolvimento***

Em 2020 a pandemia da COVID 19 perturbou os mercados e as sociedades, afetando de forma negativa empresas e consumidores por todo o mundo. Graças a generalização da política e do direito da concorrência tanto em países desenvolvidos como em países em desenvolvimento, as autoridades da concorrência atuaram rapidamente contra as práticas mais gravosas, como preços excessivos e acordos restritivos do fornecimento de produtos de consumo essenciais e de equipamento médico de proteção individual assim como alguns comportamentos abusivos de plataformas digitais, tendo alcançado bons resultados.

Como hoje cerca de 140 países dispõem de legislação de concorrência e de instituições responsáveis pela sua aplicação, esta temática confirmou a sua pertinência no âmbito da crise sanitária, assumindo-se como um instrumento indispensável no processo de recuperação económica mundial.

Nesta sequência, a publicação do terceiro volume da obra “Mulheres no Antitruste” pela rede *Women in Antitrust Brasil*, integrada por mulheres juristas, advogadas, economistas, académicas e outras profissionais altamente qualificadas, que é uma iniciativa notável de divulgação do direito e da economia da concorrência no Brasil, é extremamente oportuna e bem vinda.

Este volume é bem representativo da profunda experiência e da riqueza do direito e da economia da concorrência no Brasil, grande país emergente que se tem destacado nesta área no plano internacional, inspirando muitos outros países em desenvolvimento na América Central e do Sul, em África, na Ásia e na Eurásia. Mas esta obra demonstra sobretudo a elevada capacidade de um conjunto de mulheres especialistas

que assim afirmam e oferecem um contributo inestimável para o debate das questões mais pertinentes neste campo.

Curiosamente, este foi o segundo convite que recebi este ano para olhar a temática da Concorrência no feminino e partilhar a minha experiência pessoal através de uma entrevista para o livro “Women& Antitrust – voices from the field” (volume I), publicado pela revista *Concurrences* em cooperação com a W@Competition. Julgo que tal confirma o interesse crescente em celebrar e em divulgar o conhecimento aprofundado das mulheres especialistas em direito e economia da concorrência, neste caso as especialistas brasileiras.

É, por isso, para mim um prazer e um privilégio escrever algumas linhas de introdução a esta importante coletânea de artigos organizada em torno de três áreas de relevo, a concentração económica, infrações à ordem económica e política concorrencial. Gostava de destacar, a título de exemplo, alguns dos temas tratados que são hoje especialmente relevantes no contexto que vivemos: o argumento da “failing firm defense” no quadro do controlo das concentrações económicas; a análise da “advocacy” da concorrência durante a pandemia; a reflexão sobre a tutela da concorrência e a atuação do CADE em tempos de crise; os estudos sobre algoritmos e comportamentos colusivos, e sobre as plataformas digitais; a abordagem da relação do direito da concorrência com o consumidor. É de sublinhar ainda que também a prática decisória analisada enriquece muito esta obra.

Felicito sinceramente as organizadoras, os membros da Comissão Coordenadora e da Comissão Científica e, naturalmente, as autoras destes artigos, os quais suscitarão, sem dúvida o interesse de todos aqueles que integram a comunidade do direito e da economia da concorrência no Brasil, mas também em Portugal e noutros países lusófonos, e na América Latina. Faço votos para que um quarto volume esteja já em preparação, dando dessa forma continuidade a esta extraordinária iniciativa.

Termino com uma referência à importância da cooperação internacional, seja ela formal ou informal, para estabelecer laços, partilhar experiências e conhecimento, disseminar as melhores práticas e construir pontes: este objetivo está no centro do trabalho da UNCTAD, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento<sup>1</sup>, onde coordeno o serviço das políticas de concorrência e de proteção do consumidor.

---

<sup>1</sup> <https://unctad.org/>.

A UNCTAD é a guardiã do único instrumento multilateral neste domínio – o Conjunto de Princípios e Regras de Concorrência das Nações Unidas<sup>2</sup>, adotado pela Assembleia Geral por consenso em 1980, que influenciou muitos países em desenvolvimento e países menos avançados a adotarem a política e a legislação de concorrência no quadro das suas estratégias de crescimento económico e de desenvolvimento sustentável. E é ainda o ponto focal para o direito e a política da concorrência no sistema das Nações Unidas.

Por essas razões, a UNCTAD encontra-se especialmente bem colocada para promover a colaboração entre Estados-Membros no plano intergovernamental, bem como para envolver ativamente todas as partes interessadas no debate e troca de experiências em sede do direito e da política de concorrência.

Em 2010 a UNCTAD estabeleceu a Plataforma de Pesquisa em Parceria (“UNCTAD Research Partnership Platform”), para reunir universidades, centros de pesquisa e académicos cuja investigação coincide com o teor do mandato da UNCTAD no domínio da concorrência inicialmente, e em termos mais recentes, também no domínio da proteção do consumidor.

Convido as colaboradoras da rede *Women in Antitrust Brasil* a conhecerem esta plataforma e a considerarem contribuir para os seus trabalhos, para aí divulgarem os seus estudos e reflexões, estando certa de que muitos serão os especialistas em direito e economia da concorrência a interessar-se por esta iniciativa.

Agradeço de novo o convite que me foi dirigido e desejo a todos uma ótima leitura.

---

<sup>2</sup> <https://unctad.org/topic/competition-and-consumer-protection/the-united-nations-set-of-principles-on-competition>.

## INTRODUÇÃO

*Amanda Athayde, Juliana Oliveira Domingues e Leonor Cordovil*

### ***Fundadoras da rede Women in Antitrust Brasil***

Em um mundo ainda cercado pela desigualdade entre homens e mulheres, com homens que chegam a cargos de liderança ou assumem funções importantes sem a mesma qualificação das candidatas, simplesmente por serem homens, nós tivemos a ideia de criar, em 2017, a rede Women in Antitruste.

Há os que discordam e defendem que no direito da concorrência, pelo menos no Brasil, há muitas mulheres em posição de destaque. Não negamos isso e nem queremos menosprezar dificuldades, o nosso objetivo é simplesmente chamar a atenção para a discussão de gênero e trazer à tona um debate muito importante que até então não estava presente no nosso universo.

A série de livros Mulheres do Antitruste é um dos frutos desse sonho, a reunião de opiniões e estudos preparados dedicadamente por mulheres sensacionais que fazem parte da nossa comunidade.

Essa edição só foi possível porque contamos com a inestimável contribuição de Agnes Macedo e Isabela Maiolino, responsáveis pela coordenação de todo o trabalho, organização do concurso de artigos, envio às avaliadoras, cobranças e revisão. E, mais uma vez, nosso livro não teria sido possível se não fosse a parceria com José Carlos Busto, que nos brindou com sua atenta diagramação e palpites.

Os artigos desse volume foram escolhidos após seleção em *blind review*, seguindo todos os passos recomendados pelas certificações de qualidade, graças à gentileza de nossa comissão científica, composta somente por doutoras. Recebemos muitos artigos, qualificamos os melhores, fizemos sugestões de melhoria àqueles que infelizmente não foram classificados.

Para uma melhor orientação e organização, dividimos os artigos em três grandes temas: concentração econômica, infração à ordem econômica e política concorrencial. Ao todo, foram selecionados treze artigos.

No primeiro bloco, Anna Binotto nos brinda com uma excelente visão sobre poder de controle e controle empresarial, à luz do direito societário e do direito concorrencial. Como sabemos, esse é um tema bastante controverso, mesmo após anos de aplicação destes conceitos na análise de concentrações no Brasil. Sua análise permeia duas diferentes perspectivas: a análise da necessidade de notificações e análise de mérito. Ambas são recheadas de exemplos.

Na mesma linha, Paula Pinedo e Mariana Llamazalez Ou abordam os desafios do controle multijurisdicional de atos de concentração, a partir da perspectiva brasileira, para concluir que o Cade tem desempenhado papel de destaque no cenário internacional. Examinando sete casos complexos apresentados recentemente no Brasil, elas abordam estratégias contratuais e de notificação (quando e onde).

Ainda sobre o mesmo tópico, de estruturas, Marjorie Gressler Afonso nos brinda com uma tempestiva análise, em tempos de Covid, sobre a teoria da *failing firm*. Contudo, ao contrário de se ater a aspectos meramente doutrinários e teóricos, ela tenta demonstrar e convencer que o reconhecimento da *failing firm* ainda é uma alternativa melhor do que a perda do ativo. Ela faz uma boa revisão de casos em que o assunto foi discutido.

Partindo para um caso prático, Paloma Caetano Almeida, Anna Luiza Estrella Constancio Tavares e Julia Reis Romualdo analisam Boeing/Embraer. As autoras sobrevoam, com o perdão do trocadilho, as decisões brasileira, americana e europeia, não se esquecendo de comentar a desistência da operação e as críticas aos procedimentos adotados pelas diversas autoridades que decidiram o caso.

Renata Zuccolo, Mariana Hiromi Sonoda e Bruna Silvestre Prado apresentam um panorama geral sobre a revisão de remédios concorrenciais no Brasil. Tema bem importante, já que hoje temos vários casos de remédios insatisfatórios ou alvo de sérias críticas. Como conclusões, elas delineiam duas hipóteses em que a revisão tem sido permitida. Não vamos adiantar aqui, porque a sua leitura é altamente recomendável.

Por fim, Vivian Salomão Ianelli se propõe ao exame quantitativo de casos de intervenção de terceiros interessados em concentrações desde a publicação da Lei n. 12.529/2011. Assim, ela nos brinda com a interessante análise dos 72 casos até agora apresentados ao Cade, dividindo-os pela complexidade, temporalidade (para concluir pela estabilidade) e os resultados dessas intervenções (restrições ou não). Imperdível!



A parte dedicada às infrações à ordem econômica inicia-se com uma análise empírica sobre a existência de critérios objetivos na definição da cláusula penal. Julia Gonçalves Braga escolheu um tema bastante inovador e jamais visto: a análise das consequências por descumprimento dos termos de compromisso de cessação do Cade e como a autoridade tem arbitrado os valores. Ela analisou 182 acordos homologados para encontrar uma ausência de parâmetros.

Polyanna Vilanova e Julia Werberich trazem um novo olhar sobre um velho tema: as cobranças da tarifa THC2. Caso frequente em julgamentos no Cade desde 2005, elas dissertam sobre a contemporaneidade das decisões da autarquia, mesmo após o advento da Resolução 34/2019 da Antaq.

Agatha Gonçalves Santana e Alexandra Monteiro Cauper Dória falam de um moderníssimo tema: o uso de algoritmos como facilitadores de carteis. A partir de cenários, elas demonstram a possibilidade de algoritmos facilitarem a colusão por serem elementos colaboradores no caso de acordos anteriores e posteriores.

A terceira parte do livro versa sobre política concorrencial.

Ana Paula Guimarães e Luísa Campos Faria trazem uma perspectiva pré e pós pandemia sobre o advocacy no Brasil, expondo os desafios do antitruste no cenário do coronavírus e o seu papel, por meio da utilização de velhos instrumentos e novas proposições.

Ana Sofia Cardoso Monteiro, Anna Olimpia de Moura Leite e Sílvia Fagá de Almeida relatam como o desenvolvimento das plataformas digitais foram capazes de alterar velhos paradigmas antitruste, como preço, substitutibilidade e preferências dos consumidores. A partir dessa reflexão, as autoras desafiam a necessidade de definição de mercado relevante nesses casos.

Erika Vieira Sang e Beatriz Medeiros Navarro Santos desafiam o papel do Cade em tempos de crise. Em um cenário de pandemia, qual é o papel das autoridades concorrenciais, qual deve ser a postura adotada, e a flexibilidade devida no controle de estruturas ou condutas?

Por fim, o último artigo fecha com chave de ouro essa obra. Gabriela Wentz Vieira e Naína Ariana Souza Tumelero trazem, de forma inovadora, visões do direito do consumidor e direito da concorrência sobre a rotulagem nutricional frontal. Trabalhando conceitos como eficiência e competitividade, elas se propõem a discutir o consumidor como destinatário econômico e a rotulagem como meio de se aumentar a concorrência.

Assim, encerramos mais uma edição de um de nossos projetos favoritos, o livro de grandes ideias que só poderiam ter vindo de grandes mulheres. Boa leitura!

**PARTE 1 - CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA**

## 1. O CONTROLE EMPRESARIAL NA FUNÇÃO PREVENTIVA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

### 1. CORPORATE CONTROL IN ANTITRUST PRE-MERGER REVIEW

*Anna Binotto*

**Resumo:** O artigo apresenta reflexões a respeito da mobilização do conceito de poder de controle empresarial para o exercício da função preventiva da política brasileira de defesa da concorrência. A partir de casos selecionados da jurisprudência do Cade, argumenta-se que, muito embora se possa aplicar concepções mais amplas e fluidas do poder de controle para avaliação do mérito concorrencial, a análise de conhecimento de atos de concentração econômica deveria guardar maior coerência com o desenvolvimento do conceito de poder de controle pelo direito societário.

**Palavras-chave:** poder de controle, direito societário, atos de concentração

**Abstract:** The paper reflects on the use of the concept of corporate control in the development of the merger control of the Brazilian competition policy. Based on selected cases decided by CADE, the paper supports that, despite the possibility to employ broad concept of corporate control in the substantive analysis of the competition effect of transactions, the formal analysis, i.e., the framing of a given transaction as subject to pre-merger control, should regard corporate control in a manner that is coherent with the developments of the concept by Brazilian corporate law.

**Key words:** corporate control, corporate law, merger control

### 1. Introdução

O presente artigo propõe uma discussão a respeito do uso do controle empresarial como fundamento para o desempenho função preventiva da defesa da concorrência pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”). Especificamente, avalia-se como manifestações selecionadas da jurisprudência do Cade em atos de concentração econômica permitem identificar uma diversidade de casos

em que os conceitos de controle empresarial e poder de controle são mobilizados pela autoridade, sem que, contudo, haja consolidação clara a respeito de seu conteúdo e extensão para esta finalidade. Isso se verifica especialmente quando este conceito é incluído em análise de conhecimento, isto é, de enquadramento de transações econômicas como “ato de concentração”, nos termos dos artigos 88 e 90 da Lei nº 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência”). Trata-se, como se verá, de hipótese em que a mobilização de um conceito especificamente concorrencial de controle parece menos relevante, sendo desejável a mobilização de um conceito coerente com aquele desenvolvido pelo direito societário.

Para tal, o artigo apresenta na Parte 2, reflexões sobre a interação do direito concorrencial com o direito societário. Nas Partes 3 e 4, apresentam-se casos selecionados na jurisprudência do Cade que indicam hipóteses em que o controle empresarial foi trazido para a análise de conhecimento e de mérito da autoridade, respectivamente. Por fim, a Parte 5 traz breves reflexões críticas e a conclusão do presente artigo.

## **2. A interação do direito concorrencial com o direito societário**

Para debater o tema do presente artigo, parte-se da premissa de que a concorrência é um fenômeno cujo tratamento é necessariamente complexo, uma vez que perpassa fatores de política (política de defesa da concorrência), economia (economia da concorrência) e direito (dogmática do direito concorrencial) na definição de seus fins e instrumentos. Sob o ponto de vista político, nesse sentido, deve-se atentar que o tratamento da concorrência não se esgota em um conjunto de técnicas pré-determinadas para o alcance de um fim previamente estabelecido (qualquer que seja). Portanto, a interação com outras políticas públicas e com a dogmática de outros campos do direito é necessária e deve ser pautada por escolhas políticas. Há, assim, inevitavelmente, uma disputa a respeito do que ficaria “de dentro” e o que ficaria “de fora” da política de defesa da concorrência. Este entendimento deve orientar qualquer análise de mérito realizada pelas autoridades de defesa da concorrência, seja na avaliação da ilicitude de condutas com (potenciais) efeitos anticompetitivos, seja na avaliação de possibilidade e probabilidade de atos de concentração econômica criarem incentivos para abuso de poder de mercado.

É nesse contexto que se desenvolvem as zonas de interação do direito concorrencial com outras disciplinas (Carvalho, 2015), através das

quais que o direito concorrencial pode se emprestar de conceitos cuja disciplina típica cabe a outras áreas do direito para orientar sua dogmática. Isso se aplica para debates que exigem aportes, entre outros, do direito de propriedade industrial, do direito dos contratos empresariais, do direito público-regulatório e aplica-se também para o direito das sociedades comerciais.

O que este artigo procura debater é justamente uma das facetas da zona de interação entre o direito societário e o direito concorrencial, especificamente quando este último se empresta de um conceito largamente desenvolvido pelo direito das sociedades – o “poder de controle” - adaptando à sua disciplina própria.

Quando se fala da interação do direito concorrencial com o direito societário, costuma-se voltar à tese da neutralidade do último em relação ao primeiro, destacada, dentre outros, por Salomão Filho (2013, p. 300). Segundo este entendimento, não caberia ao direito societário “uma tarefa específica de defesa da liberdade de concorrência e controle de concentrações e/ou cooperações empresariais” (Salomão Filho, 2014, p. 450), ou seja, o direito societário não deveria ser elaborado de forma a privilegiar uma ou outra estrutura empresarial, sob orientação da política de defesa da concorrência (Salomão Filho, 2014, p. 458). Muito embora não se possa afirmar com convicção que as estruturas societárias não surtam efeitos sobre a dinâmica competitiva dos mercados – o que parece uma constatação óbvia – sugere-se uma distinção de escopo entre os dois campos, do direito concorrencial e do direito societário: enquanto o último se voltaria à tutela de sócios e, no máximo, credores, empregados e outros *stakeholders* da organização societária, o primeiro, se voltaria a proteger o mercado, a concorrência e os consumidores como classe de sujeitos indeterminados.

Trata-se de construção desenvolvida, inclusive, a partir da obra de Hebert Wiedemann (1980, p. 714), para quem o direito societário, enquanto ramo voltado à organização e disciplina interna das sociedades comerciais, exigiria segurança jurídica mais destacada em diferentes dimensões, enquanto, para o direito concorrencial, a segurança jurídica atrelada a essas definições poderia ser preterida em nome da função preventiva e protetiva à ordem econômica que a que o campo se dedica. Soma-se a esta distinção de escopo, a orientação da defesa da concorrência pela realidade das formas (Macedo, 2004, p. 210; Kling, 2015, p. 40; Frazão, 2017), ou seja, pelos resultados práticos das atividades empresariais e não apenas pelas estruturas societárias que os orientam.

É justamente pela noção de realidade das formas que, ao voltarem-se para as intersecções entre o regime do direito societário e o controle de concentrações da política de defesa da concorrência, doutrina e jurisprudência desenvolveram as noções de influência dominante, influência relevante,<sup>1</sup> e influência relevante do ponto de vista concorrencial.<sup>2</sup> Esses debates surgiram no contexto de apontamentos de que o controle concorrencial prévio (controle de estruturas) deveria se debruçar sobre os efeitos concorrenciais de operações que, sob o ponto de vista societário, não gerariam alienação de controle (Warde Jr., 2012; Rodrigues, 2014) mas que, mesmo assim, poderiam surtir efeitos sobre o direcionamento da dinâmica competitiva da organização empresarial. Dessa forma, importaria menos a identificação do controlador, e mais o conjunto de relações de poder internas às empresas, incluindo sócios controladores, sócios minoritários, administradores, bem como agentes externos à órbita societária<sup>3</sup>.

No Brasil, a jurisprudência do Cade fez refletir essa ponderação na análise do mérito concorrencial de operações que envolviam, por

---

<sup>1</sup> A influência dominante, subproduto do conceito societário de influência significativa, se identificaria através da análise de direitos de veto e voto, de interesses econômicos criados pelos mais diversos vínculos jurídicos ou não (Rodrigues, 2016, p. 105). Ver também Importantes documentos para o desenvolvimento destes conceitos no Brasil é OECD, Policy Roundtables: Minority Shareholders, 2008 e OECD, Competition and corporate governance. Competition Committee Policy Roundtables, 2010. Conforme desenvolvido, por exemplo, no Ato de Concentração nº 08012.010293/2005-48 (Requerentes: Ideiasnet e Flynet).

<sup>2</sup> Salomão Filho (2013, p. 310) esclarece que os conceitos de influência relevante e dominante comumente empregadas no direito concorrencial não coincidem perfeitamente (em significado ou extensão) com a noção que lhes cabe na dogmática societária. Para o campo específico do direito concorrencial o autor destaca o conceito de “influência relevante do ponto de vista concorrencial” como estruturas, talvez não suficientes para determinar os rumos da organização empresarial, mas suficientes para presumir, no mínimo, uma relação de cooperação estável entre agente influenciador e agente influenciado. Soma-se a isso o apontamento de que o acesso a informações comerciais estratégicas e outros contatos estratégicos (Athayde, Fujimoto, 2018), poderiam caracterizar, sob a ótica do direito concorrencial, influência não desprezível sobre as organizações empresariais. Até porque se sabe que do ponto de vista concorrencial a influência sobre a conduta da empresa (*i*) sequer depende de participação no capital social que confira direito de voto; e (*ii*) pode ser exercida de inúmeras formas, certamente, não restritas ao voto em assembleia (Azar, Schmalz, Tecu, 2017; Posner, Scott-Morton, Weyl, 2017).

<sup>3</sup> Vide item 3.3 abaixo.

exemplo, a aquisição de participações minoritárias ou casos em que circunstâncias fáticas e relações informais, pessoais ou familiares entre sócios e/ou sociedades eram compreendidas como tendo efeitos sobre o comportamento das empresas em mercado.<sup>4</sup> Mas não só: a própria regulamentação da autoridade referente à extensão do conceito legal de “ato de concentração econômica” abarcou dentre as operações de notificação obrigatória ao Cade operações de aquisição de participação societária tão baixa quanto 5% do capital social – as chamadas regras *de minimis* previstas no artigo 10 da Resolução Cade 02/2012, trazendo à competência da autoridade uma gama mais ampla de transações econômicas com potenciais efeitos sobre a concorrência.

Mas, a despeito do desenvolvimento de noções alternativas ao *controle*, o que se nota da jurisprudência é que há ainda constante recurso ao conceito de “poder de controle” para fins de aplicação da norma concorrencial, o que nos leva ao exercício proposto por este artigo de analisar em que medida este recurso se faz de forma coerente e, quando, ao contrário, parece denotar uma confusão teórica.

### 2.1. O poder de controle concorrencial

Diz a Lei nº 6.404/1976 (“Lei das S.A.”), na redação do art. 116, que o *controle* é o poder exercido por pessoa ou grupo de pessoas que “é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia” e que “usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”.

Convém-se distinguir diferentes *tipos* de exercício do poder de controle (Berle, Means, 1937). Em geral, para o modelo da Lei das S.A., que pode ser considerado central para a regulação das sociedades brasileiras em geral (Comparato, Salomão Filho, 2014), distinguem-se (i) o controle totalitário, que se caracteriza pelas tomadas de decisões de forma absolutamente unânime; (ii) o controle majoritário, que é exercido por sócio que detenha a titularidade da maioria da participação societária com direito de voto; (iii) o controle minoritário, que é exercido por sócios que não detenham a maior participação societária com direito a voto; (iv) o controle gerencial, quando há controle de fato pelos administradores, em geral em face de grande dispersão dos titulares de participação societária; e

---

<sup>4</sup> Vide item 5 abaixo.



por fim, (v) o controle externo, que não decorre do exercício dos direitos de voto ou outros direitos atrelados à participação societária, mas sim por agente que, mesmo não sendo sócio da sociedade, detém ingerência nas deliberações sociais ou no direcionamento das atividades de maneira geral, remetendo a uma situação de “poder de fato”. A escolha brasileira pela regulação do acionista controlador como categoria jurídica específica (pelo art. 116 da Lei das S.A.) é considerada uma inovação em relação a outros sistemas (Lamy Filho, Bulhões Pedreira, 2009, p. 819), fazendo com que a disciplina jurídica do poder de controle parta dessa categoria, privilegiando, portanto, as estruturas de controle *interno* à sociedade (*i.e.*, decorrente de titularidade de participação societária).

As reflexões sobre o desenvolvimento do direito concorrencial como ramo com escopo e função distintos daqueles do direito societário, bem como a primazia pela realidade das formas colocam em dúvida a aplicabilidade do conceito da Lei das S.A. para a prática da autoridade antitruste. Com efeito, como destacado, essas reflexões denotariam uma noção jurídica de *controle*, que seria distinta daquela tipicamente empregada pelo direito societário (Salomão Filho, 2014, p. 457; Bertini, 2014). Diz-se, genericamente, que enquanto a influência de um agente sobre outro apta a causar uma situação de controle sobre sua estrutura societária não implicaria domínio sobre todos os órgãos societários, o controle da atuação de um agente econômico no ambiente concorrencial deveria ser, necessariamente, mais estável, e, portanto, sua identificação implicaria a compreensão da alocação geral de poder sobre a sociedade específica, não bastando a identificação de determinados direitos políticos do “controlador”. No direito concorrencial, as categorias “sócio ou acionista controlador” e “alienação de controle”, tão caras ao direito societário, perderiam centralidade, e a direção da atividade empresarial deveria ser compreendida de forma mais ampla (Frazão, 2017, p. 178). Muito dos esforços de pesquisa e consolidação da interação entre ambos os ramos do direito debruçaram-se justamente sobre o desenvolvimento de categorias alternativas àquela do poder de controle, tais como as de influência relevante, influência determinante, e influência significativa (para fins concorrenciais).<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Dentre esses trabalhos, destacam-se aqueles de Eduardo Frade Rodrigues (2017), Ticiane Nogueira Lima (2006), Cintia Bertini (2014) e Olavo Chinaglia (2010). A CECORE/OAB-SP, chegou a propor que o poder de controle, para fins concorrenciais, corresponderia à “influência a efeitos concorrenciais”, a qual significaria “o poder por parte de pessoa, física ou jurídica, de direito público ou

O que parece, entretanto é que quando aplicado ao direito concorrencial, o conceito de controle, apesar de distinto, não deve ser afastado daquele do direito societário, sob pena, inclusive, de desenvolvimento incoerente entre as disciplinas.<sup>6</sup> Lembra-se que, a despeito dos distintos fins últimos perseguidos, não se afastam a similitude de seus objetos imediatos de análise: o comportamento da empresa em mercado (Forgioni, 2016; Frazão, 2018)<sup>7</sup> a própria organização da atividade produtiva (Chinaglia, 2010, p. 412).<sup>8</sup>

O que se argumenta é, portanto, pela relevância do conceito de controle, tal como desenvolvido pelo direito societário, para o direito concorrencial – se não para a análise de mérito (em que, de fato, a análise deve se pautar pela racionalidade mais “fluida” do direito concorrencial), com certeza para a análise de conhecimento. Afinal, como destacado por Vinicius Marques de Carvalho e João Paulo Godoy (2011) não se pode retirar o direito societário a *função cognitiva* de determinar o conjunto de transações econômicas colocada sob competência da autoridade para

---

privado, constituída de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, em conjunto ou individualmente, de interferir, positiva ou negativamente, de forma direta ou indireta, na atuação individual ou coletiva no mercado de uma sociedade ou grupo de sociedades, que tenha efeito concorrencial no mercado”. Vide CECORE-OAB/SP, “Controle Concorrencial sobre Operações Societárias: Poder de Decisão e Poder de Interferência no Mercado”, 22 de outubro de 2017.

<sup>6</sup> É bem verdade, no entanto, que a utilização incorreta da técnica societária pela política de defesa da concorrência pode levar a efeitos indesejados, especialmente em termos de política pública. Segundo Eduardo Frade, “[p]or não conhecer o direito societário, o direito da concorrência tende a ser mais duro que seria necessário.” (Entrevista disponível em DANTAS, I, PIMENTA, G. Há espaço para evolução nas decisões do Cade, diz Frade, Jota, 29.04.2017).

<sup>7</sup> Para a Professora Paula Forgoni, a história do direito comercial, tradicionalmente discorrida na evolução da disciplina do ato de comércio à atividade econômica, “ignora-se que a empresa não existe sozinha, mas somente em relação com outras empresas e com os adquirentes de seus produtos ou serviços”, sugerindo que, na atualidade, o direito comercial deve necessariamente voltar-se à disciplina do mercado. Nesse sentido também

<sup>8</sup> Isso, porque o comportamento anticompetitivo afronta, por essência, os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, os quais amparam não só o direito concorrencial e, principalmente a política de defesa da concorrência (Frazão, 2014; Schuartz, 1994), mas também a disciplina jurídica das sociedades comerciais que tutela o exercício legítimo da mesma livre iniciativa e da autonomia privada dos sócios para a organização se organizam para exercer determinada atividade econômica.

controle prévio pré fechamento.<sup>9</sup> É a partir dessa breve reflexão que serão analisados casos selecionados em que o tema do poder de controle veio à tona na prática do Cade. Destaca-se, desde já, que a discussão apresentada a seguir tem objetivo mais qualitativo que quantitativo e que os casos foram selecionados na medida em que fossem ilustrativos das reflexões colacionadas acima.

## 2.2. *Experiências recentes no controle de estruturas*

A jurisprudência do Cade a respeito da definição concorrencial do conceito de “poder de controle” está essencialmente ligada à atividade do órgão na análise de atos de concentração econômica. Disso decorre, que a delimitação do conceito atende essencialmente aos fins dessa atividade – de um lado, *identificar* as transações que devem ser objeto de controle preventivo pela autoridade. Esta atividade perpassa duas etapas: uma *subjetiva*, voltada à qualificação das partes envolvidas na operação (para a qual remete-se ao art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência e à aferição do faturamento dos grupos econômicos envolvidos); e outra *objetiva* voltada à qualificação do negócio jurídico em si (para a qual remete-se ao art. 90 da Lei de Defesa da Concorrência e ao enquadramento no conceito de “ato de concentração”). De outro lado, e apenas subsidiariamente (para casos que assim exigem), cabe à autoridade analisar a *possibilidade* e a *probabilidade* de a transação criar incentivos para exercício de poder de mercado pelas partes. A premissa da reflexão ora proposta é que estes dois fins *não se confundem*.

Uma breve análise dos casos recentemente analisados pela autoridade, nos permite identificar que a grande maioria dos casos em que há alguma discussão sobre a extensão do conceito de controle enquadra-se no primeiro. São casos geralmente voltados para identificar a configuração do *grupo econômico* para fins da regulamentação da autoridade concorrencial (como regra, o enquadramento na Resolução nº 02 de 2012), uma vez que, como adiantado, o conceito de controle é essencial para a

---

<sup>9</sup> Sob a Lei nº 8.884/1994, a discussão em operações envolvendo complexas estruturas societárias se dava entre as eventuais diferenças entre operações de *reestruturação* societária e *reorganização* societária. Sobre o tema, ver Lima (2006), abordando as tentativas de distinção apresentadas pelos então Conselheiros Ronaldo Porto Macedo (Ato de Concentração nº. 08012.004774/2001), Roberto Pfeiffer (Ato de Concentração nº. 53500.006612/2002), e Fernando Marques (Ato de Concentração nº. 08012.006267/2003-34).

identificação do conceito regulamentar de *grupo econômico* trazido pela mencionada resolução.<sup>10</sup>

Estes casos servem, então, para ilustrar o que já se identificou como a *função cognitiva* (Carvalho, Godoy, 2011) das normas de direito societário para o direito concorrencial, ou seja, de *conhecimento* ou *identificação* dos atos de concentração. Estes casos podem ser agregados em dois grandes grupos: (i) aqueles em que há discussão de conhecimento de caráter *subjetivo*, em que se busca essencialmente identificar a composição do grupo econômico das partes diretamente envolvidas na transação e, conseqüentemente, calcular seu faturamento para identificar o enquadramento nos critérios mínimos legais – casos cuja base normativa é o art. 4º da Resolução Cade nº 02/2012 e a controvérsia está no conteúdo da expressão “empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo”; e (ii) aqueles em que há discussão de conhecimento de caráter *objetivo*, voltados a identificar a natureza de operações de aquisição de participação societária – casos cuja base normativa é o art. 9º da Resolução Cade nº 02/2012, em que a controvérsia reside em se identificar se houve “aquisição de controle, unitário ou compartilhado” e/ou se há enquadramento na exceção segundo a qual “não são de notificação obrigatória as aquisições de participação societária realizadas pelo controlador unitário”; e/ou, conseqüentemente, se há mais de um grupo econômico envolvido na operação.

Há, entretanto, casos em que a existência de estruturas (especialmente não societárias) de controle ou *influência* foram utilizadas para desenvolver análises sobre o mérito concorrencial: hipóteses em que a autoridade buscou interpretar sistematicamente documentos constitutivos e acordos parassociais (e.g., acordos de acionistas ou quotistas) e outros documentos que orientam a governança corporativa das organizações, juntamente com circunstâncias fáticas incluindo a existência de relações informais, pessoais ou familiares entre sócios e/ou sociedades.

Abaixo, procura-se consolidar os precedentes em conjuntos de casos. Primeiro, serão debatidos aqueles em que a controvérsia diz respeito

---

<sup>10</sup> As razões para tal são inúmeras, dentre as quais se destaca, primeiro, que se o direito societário é hoje majoritariamente direito dos grupos de sociedades (Frazão, 2018b, p. 109) há certamente desdobramentos para a atuação competitiva desses agentes e, reflexivamente, na repressão de abusos por eles cometidos; e segundo, porque nestas estruturas a regra é a existência de relações de subordinação, das quais decorrem o direcionamento unitário das atividades empresariais das distintas sociedades do grupo, o que, por si só, pode induzir a comportamentos anticompetitivos (Prado, 2006, p. 146; Lima, 2006, p. 33; Comparato, 2014, p. 311).

à definição de controle para fins *cognitivos* (Item 3.1), destacando alguns subgrupos dentre os casos; em segundo lugar serão apresentados decisões em que o conceito de controle é apresentado para fins de avaliação dos potenciais efeitos concorrenciais das transações nos respectivos mercados relevantes (Item 3.2); por fim, será exposta uma análise crítica de algumas das decisões comentadas. Em todos os itens, procura-se segregar os casos em que o conceito de controle aplicado pela autoridade foi baseado no que chamamos de um controle “estritamente societário” daqueles em que a autoridade buscou desenvolver um conceito de controle “extra societário”.

### **3. Controle para fins *cognitivos* – o conhecimento de atos de concentração**

Além de diversos casos em que houve múltiplas discussões sobre configuração do grupo econômico para fins de cômputo de faturamento, são discutidos nesse item apenas aqueles em que a controvérsia se deu em torno da identificação do titular do poder de controle. Para tal, serão agrupados casos em que se apurou a existência de controle *interno*, em geral com finalidade *cognitiva objetiva* (Item 3.1); casos em que se apurou a existência de controle *externo* (Item 3.2) e casos em que ausente uma estrutura definida de controle (*interno* ou *externo*), a autoridade buscou interpretações alternativas para o conceito de controle (Itens 3.3 e 3.4).

#### *3.1. Controle interno*

Um dos casos mais relevantes que sucedeu a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência foi a operação envolvendo o BNDESPar e a Prática Participações S.A.<sup>11</sup>, na medida em que envolveu a manifestação da ProCade a respeito da extensão do conceito de controle trazido pela então recém publicada Resolução Cade nº 02 de 2012. A primeira envolveu discussão sobre consolidação indireta de controle majoritário, resultando em uma decisão de não conhecimento. Manifestando-se sobre o caso, a ProCade indicou que “diversa seria a situação caso a aquisição do controle da empresa [...], além da consolidação do controle acionário em referência, também propiciasse

---

11 Ato de Concentração nº 08700.007119/2012-70 (Requerentes: BNDES Participações S.A. e Prática Participações S.A.).

outras situações de concentração econômica, hipótese em que a notificação afigurar-se-ia obrigatória”<sup>12</sup>. A decisão se deu nos termos da antiga redação do art. 11, da Resolução n° 02/2012 que previa que eram “de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de participação societária realizadas pelo controlador quando a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante”. Esse artigo foi revogado pela Resolução n° 09/2014 que também acrescentou ao art. 9º, o parágrafo único – que permanece vigente - indicando que “não são de notificação obrigatória as aquisições de participação societária realizadas pelo controlador unitário”.

Seguiram-se a essa decisão diversos casos com discussões de conhecimento em que a autoridade está justamente preocupada com a alteração da estrutura de controle, se, por exemplo, de controle compartilhado para unitário,<sup>13</sup> ou vice-versa – firmando o entendimento de que operações que resultassem na mera consolidação do controle por um acionista que já exercia unilateralmente o controle da sociedade, não seriam de notificação obrigatória,<sup>14</sup> exceção que não se aplicaria para situações em que o controle *ex ante* já era compartilhado.<sup>15</sup>

Para identificar se haveria controle unitário, a Superintendência-Geral do Cade (“SG/Cade”) consolidou o entendimento de que seria necessário comprovar que “independentemente da presença e dos votos [...] e dos outros acionistas [...], [o controlador teria] poderes para estabelecer as diretrizes dos negócios e dirigir as atividades sociais da empresa-objeto, além de orientar o funcionamento dos seus órgãos de

---

12 Parecer n° 276/2012-PROCADE/PGF/AGU.

13 Ato de Concentração n° 08700.011303/2015-67 (Requerentes: Adidas International, B.V. e Reebok Produtos Esportivos do Brasil Ltda.), envolvendo a aquisição de ações representativas de apenas 0,01% da sociedade-objeto que, no entanto, eram suficientes para alterar a estrutura de controle de unitário para compartilhado. Decidido em 04.12.2015.

14 Vide, por exemplo, Ato de Concentração n° 08700.000301/2015-42 (Requerentes: Sodrugestvo Participations B.V. e a Cooperativa dos Agricultores da Região de Orlândia). Decidido em 13.02.2015.

15 Vide, por exemplo, Ato de Concentração n° 08700.000848/2017-18 (Requerentes: Arcor S.A.I.C., Bagley Argentina S/A e Mastellone Hermanos S/A.). Decidido em 23.02.2017. O caso envolvia aumento da participação societária detida por um dos controladores da sociedade-objeto, resultando em seu enquadramento nas regras de minimis do art. 10, da Resolução 02/2012.

gestão e de decisão, no que concerne às questões de cunho eminentemente concorrencial”<sup>16</sup>.

Na operação que envolvia a consolidação de controle da Multidisplay pela Cielo,<sup>17</sup> a SG/Cade identificou, para essa finalidade, especialmente, que o “estatuto social da Multidisplay não prevê exceções aos quóruns legais de deliberação na Assembleia Geral. Como a Cielo/Servrede já possui 50,1% das ações da companhia, ela consegue, sozinha, aprovar questões que envolvam tanto o quórum deliberativo geral de maioria absoluta de votos dos presentes”, concluindo se tratar de uma aquisição pelo controlador unitário que não seria de notificação obrigatória ao Cade. Na aquisição, pela Vale, das ações preferenciais da JFE Steel na Minas da Serra Geral S.A. (*joint-venture* 50/50)<sup>18</sup>, a SG/Cade entendeu que a Vale já exercia controle unitário da JV, pois “todos os direitos de voto das ações preferenciais são relacionados à proteção do investimento feito pelo acionista preferencial e não dizem respeito, exatamente, a poderes de gerência sobre o funcionamento da sociedade, com exceção do direito de voto para a eleição do diretor comercial”<sup>19</sup>, sendo que (i) as “decisões em geral da diretoria são tomadas de forma colegiada pela maioria absoluta de seus membros, do que se retira que o diretor comercial

---

16 Parecer n° 391/2015/CGAA5/SGA1/SG.

17 Ato de Concentração n° 08700.010317/2015-63 (Requerentes: Cielo SA e Interprint Ltda.). Decidido em 10.11.2015.

18 Ato de Concentração n° 08700.012339/2015-68 (Requerentes: Vale SA, JFE Steel Corporation e Minas da Serra Geral S.A.). Decidido em 22.02.2016.

19 Parecer n° 58/2016/CGAA5/SGA1/SG. Segundo apurado pela SG/Cade, as ações preferenciais detidas pela JFE tinham as seguintes características: (i) direito a um voto por ação preferencial apenas em algumas matérias; (ii) prioridade no recebimento de um dividendo cumulativo mínimo anual; e (iii) direito de voto como o estabelecido para as ações ordinárias, caso os dividendos do item (ii) não tenham sido pagos durante um período de três anos; bem como o acordo de acionistas da MSG estabeleceria uma situação de “compartilhamento de controle” na medida em que exigia unanimidade entre os sócios para (a) alterações do objeto social; (b) quaisquer modificações nos direitos atribuídos às ações preferenciais; (c) criação de ações preferenciais ou aumento de classe ou espécie existente, sem manter proporção com as ações remanescentes; (d) emissão de debêntures conversíveis em ações; (e) alterações nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais ou criação de nova classe, com mais vantagens do que as demais; (f) eleição, em separado, do Diretor Comercial; (g) alteração na política de destinação dos resultados ou qualquer decisão quanto ao não-pagamento de dividendos em espécie, bem como quanto ao pagamento de juros sobre o capital; (h) fusão, cisão, extinção, confissão de falência, dissolução ou liquidação da Sociedade; e (i) alteração do Estatuto Social.

teria capacidade decisória individual apenas naquilo que é de sua responsabilidade específica”<sup>20</sup>; (ii) “as atribuições do diretor comercial da MSG não lhe conferem poderes de gestão concorrencialmente relevantes”<sup>21</sup>; (iii) “as funções de estabelecimento de normas gerais de operação da MSG, de suas normas de pessoal, de sua organização interna e distribuição de competência, de proposição de aquisição e alienação de imóveis e de celebração de acordos e contratos que criem direitos e obrigações para a sociedade (funções últimas estas que resultariam na realização do objeto social da companhia) são de competência colegiada da diretoria como um todo, por maioria absoluta de seus membros, e não apenas do diretor comercial. Como já dito neste parecer, a Vale já detém essa maioria absoluta, com o poder de indicar dois dos três diretores da empresa”<sup>22</sup>; e (iv) “como a Vale tem o poder de indicar dois dos três membros, ela já detém o poder de decidir, de forma independente, todas as questões relevantes do ponto de vista concorrencial”.<sup>23</sup>

Destaca-se também a notificação do aumento de capital da Usiminas pela Nippon Steel,<sup>24</sup> que já integrava seu grupo de controle (através de acordo de acionistas celebrado com Mitsubishi, Ternium/Techint e Caixa dos Empregados da Usiminas). No caso, alegou-se se tratar de mera reorganização societária entre os controladores da Usiminas, mas o fato de as ações a serem subscritas não estarem vinculadas ao acordo de acionistas, combinado com o fato de que a Nippon não exercia controle *unitário* da companhia, fez a SG/Cade enquadrar a operação nos critérios *de minimis* do art. 10, da Resolução 02/2012. No caso, destacou-se, ainda, que um aumento de capital com oferta de ações preferenciais somente alteraria esta avaliação no que tange ao enquadramento na regra *de minimis*, sendo irrelevante para fins de alteração da estrutura de controle já que “elas não conferem direito de voto”<sup>25</sup>.

---

20 Parecer n° 58/2016/CGAA5/SGA1/SG.

21 Parecer n° 58/2016/CGAA5/SGA1/SG.

22 Parecer n° 58/2016/CGAA5/SGA1/SG.

23 Parecer n° 58/2016/CGAA5/SGA1/SG.

24 Ato de Concentração n° 08700.003009/2016-62 (Requerentes: Nippon Steel & Sumitomo Metal Corporation e Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A.). Decidido em 23.05.2016.

25 Segundo o Parecer n° 133/2016/CGAA5/SGA1/SG “[...] essas ações não alterariam a participação do Grupo Nippon no capital votante da Usiminas, uma vez que elas não conferem direito de voto. É, realmente, o que traz o art. 6º, §§ 1º e 2º, do estatuto social da companhia, que garante, aos acionistas preferenciais, em resumo,



Há ainda casos em que a definição sobre a estrutura do controle exercido na empresa objeto foi relevante para identificar a existência de mais de um grupo econômico envolvido na transação: nas hipóteses em que se identifica controlador único, a empresa objeto pertenceria exclusivamente ao seu grupo, enquanto naquelas em que se identifica controle compartilhado, a empresa objeto integraria, ao mesmo tempo, os respectivos grupos econômicos de todos seus controladores.<sup>26</sup> Em caso recente, decidido pela SG/Cade apenas 10 dias depois, envolvendo a consolidação da participação societária da Repom pela TicketLog (que detinha anteriormente 62% do seu capital social e passaria a deter a totalidade das suas ações),<sup>27</sup> suscitou-se essa discussão. No caso, a SG/Cade investigou se a despeito de não haver acionista minoritário que com participação societária igual ou superior a 20% do capital da Repom,

---

dividendos maiores, participação em bonificações e prioridade no reembolso do capital no caso de liquidação da sociedade. Desse modo, a presente análise sobre a ausência de controle unitário do Grupo Nippon sobre a Usiminas subsiste independentemente da emissão de ações preferenciais que está a ocorrer.” Esta orientação, no entanto, não pode ser vista como absoluta, havendo casos em que mesmo a subscrição de ações preferenciais foi considerada suficiente para gerar transferência de controle (Ato de Concentração n° 08700.006114/2013-00. Requerentes: Banco Santander (Brasil) S.A., Oi S.A. e Rio Alto Gestão de Créditos e Participações S.A.). As razões para tal decisão, entretanto são de acesso restrito ao Cade e às então requerentes.

26 Vide, por exemplo, Ato de Concentração n° 08700.005015/2016-54 (Requerentes: ABCDEFGHI Investimentos e Participações S.A. e CDN Participações S.A.). Decidido em 27.07.2016. Nesse caso, o Cade entendeu haver controle compartilhado da CDN, fazendo com que a operação não se enquadrasse na exceção da aquisição por controlador unitário. Para tal, apurou a SG/Cade que “O quórum elevado confirma a necessidade do voto do acionista minoritário ou grupo de minoritários para deliberação de matérias inerentes à condução dos negócios comuns da empresa e, inclusive, matérias de cunho eminentemente concorrencial [...]. Dessa forma, considera-se que a adquirente não é a controladora unitária, em particular em relação a um dos principais aspectos de condução da companhia, que é [ACESSO RESTRITO]. Ademais, as partes têm razão ao considerar que sem a ABC as matérias que dependam de aprovação de mais de 75% do capital social votante não são aprovadas. Por outro lado, não se pode negar que sem os demais acionistas, ou parte deles, a ABC não possui poderes para aprovar sozinha tais matérias, que, como visto, abrangem matérias relevantes para condução dos negócios, inclusive no tocante a matérias de cunho eminentemente concorrencial, demonstrando-se, em verdade, que a ABC detém controle compartilhado sobre a CDN.”

27 Ato de Concentração n° 08700.002073/2018-98 (Requerentes: Ticket Soluções HDFGT S.A. e Repom S.A.). Decidido em 19.04.2018.

haveria outro grupo envolvido na transação, constatando que haveria a “necessidade da participação do acionista minoritário ou grupo de minoritários para deliberação de matérias inerentes à condução dos negócios comuns da empresa e, inclusive, matérias de cunho eminentemente concorrencial”<sup>28</sup>, e, portanto, que a operação resultava na aquisição do controle unitário da Repom.

### 3.2. Controle externo

Um dos principais casos em que a existência de controle externo foi suscitada para fins cognitivos foi aquele envolvendo a reorganização societária do Grupo PwC.<sup>29</sup> No caso, as requerentes indicaram considerarem-se como uma entidade econômica única (*single economic unit*), sendo, no entanto, “sendo formada de pessoas jurídicas distintas e independentes”<sup>30</sup>, “sendo a independência entre elas aparentemente restrita a algumas das obrigações assumidas perante clientes”<sup>31</sup>, de forma que “arranjo mencionado acima caracteriza-se, portanto, como uma forma clara de controle comum externo”<sup>32</sup>, consistindo em um grupo econômico

---

28 Parecer nº 101/2018/CGAA5/SGA1/SG.

29 Ato de Concentração nº 08700.006238/2015-58 (PricewaterhouseCoopers Contadores Públicos Ltda., PwC Strategy& do Brasil Consultoria Empresarial Ltda. e PwC Strategy& Consultoria Empresarial Ltda). Decidido em 16.07.2015.

30 Parecer nº 248/2015/CGAA5/SGA1/SG.

31 Parecer nº 248/2015/CGAA5/SGA1/SG.

32 Parecer nº 248/2015/CGAA5/SGA1/SG. No caso, entendeu a SG/Cade que haveria “ dependência, no que tange ao desenvolvimento do negócio, entre a empresa-membro da Rede PwC e os órgãos internos estabelecidos pela PwCIL, sendo obrigatório que cada empresa-membro obedeça aos padrões e políticas estabelecidos dentro da rede, com um sistema de acompanhamento do cumprimento dessas obrigações pela Equipe de Liderança. Existe até mesmo a necessidade de aprovação pela Equipe de Liderança de certos atos praticados pelas firmas-membro, tais como mudanças estruturais ou decisões que possam impactar a performance, qualidade, interesses econômicos ou a reputação do negócio local e, portanto, também da Rede, (ACESSO RESTRITO). A adesão e o cumprimento das normas, políticas e padrões estabelecidos pela Rede PwC são monitorados e impostos/executados de uma forma centralizada, fortalecendo o argumento de interdependência.” Foram identificados, portanto, (i) alto grau de integração entre as empresas; (ii) Operação conjunta; (iii) interdependência; (iv) identidade comum; (v) políticas comuns relacionadas à estratégia, marca, risco e qualidade, adoção de uma metodologia de vinculação comum e coordenada; (vi) ausência de concorrência entre as empresas-membro da rede; (vii) fato de que as empresa-membro sempre se apresentaram como parte do

único. Esse posicionamento respaldou-se na opinião emitida pela ProCade, no sentido de que “apesar de não se apresentar como um grupo econômico padrão, opera como uma entidade econômica singular de fato, equivalente a ele: apesar de não necessariamente deter participação ou relações negociais nas empresas membros, promove uma “orquestração” da estrutura e do comportamento delas segundo um padrão vinculante. Estas, ao atuarem por meio deste controle (externo a cada membro) acabam por se comportar na prática organicamente como uma entidade econômica única no mercado, ao menos sob o enfoque concorrencial (afinal, a coordenação da atuação estratégica necessariamente acarreta em atos concretos que podem vir a representar uma concentração mercadológica relevante)”<sup>33</sup>.

Diferente foi o raciocínio aplicado pela SG/Cade, para fins *cognitivos subjetivos* na aquisição pela Sonic 2503 Participações, de ações da Mustang 25 Participações, que eram detidas pelo GIF IV FIP, fundo de investimento que possui investimento no Grupo Chilli Beans.<sup>34</sup> No caso, destacou a SG/Cade que a “Sonic é uma empresa detida pelo fundador do Grupo Chilli Beans (Sr. Antonio Caio Gomes Pereira Filho), que atua no mercado apenas por meio da franquia Chilli Beans, via Luz Franquias S.A. (franqueadora, controlada pela Mustang) e sua rede franqueada”<sup>35</sup> e as requerentes indicaram que a rede franqueada da Chilli Beans não deveria ser considerada como integrante do Grupo Chilli Beans (franqueador). No entanto, entendeu a SG/Cade que “a depender da natureza da franquia, é possível se constatar a existência de controle externo na relação entre franqueador e franqueados, no tocante à definição dos grupos envolvidos em um ato de concentração”<sup>36</sup>, o que se constatou ser aplicável ao caso, na

---

Grupo PwC em todas as notificações apresentadas ao CADE, indicando que todas as análises conduzidas pelo CADE sempre consideraram suas atividades de forma integrada (vide Parecer nº 95/CGAA5/SGA1/SG).

<sup>33</sup> Parecer nº 258/2015/CGEP/PFE-CADE/PGF/AGU.

<sup>34</sup> Ato de Concentração nº 08700.000395/2019-83 (Requerentes: Sonic 2503 Participações Ltda. e GIF IV Fundo de Investimentos em Participações Multiestratégia). Decidido em 01.03.2019.

<sup>35</sup> Parecer nº 69/2019/CGAA5/SGA1/SG.

<sup>36</sup> Parecer nº 69/2019/CGAA5/SGA1/SG. Destacou a SG/Cade que “a constatação da existência de controle externo decorrente de uma franquia deve passar por uma avaliação de cada tipo de franquia, de modo a deixar claro em qual hipótese poderia ser configurado o controle comum externo das empresas franqueadas, a que se refere o art. 4º, § 1º, inciso I, da Resolução CADE nº 02/2012, para fins de notificação de ato de concentração. Dito de outra forma, é necessário aqui verificar como se dá esse dito controle comum externo, quais variáveis econômicas são decididas pelo

medida em que o modelo de franquia da Chilli Beans restou configurado como um negócio formatado, com “regras rígidas de gestão e operação do sistema, às quais os franqueados devem se submeter, destoando-se de uma franquia tradicional”<sup>37</sup>. Em uma análise cognitiva subjetiva, concluiu-se pela inclusão do faturamento das franqueadas e pela configuração do ato de concentração.

Mais recentemente, a operação envolvendo a Petrobrás e a CDMPI<sup>38</sup> resultou em decisão semelhante: identificando uma estrutura de *controle externo*, a SG/Cade considerou haver aquisição pelo controlador unitário, afastando a obrigatoriedade da notificação. Neste último caso, apresentou orientação indicando que haveria controle externo sempre que houver “atuação como entidade econômica única, com a definição de estratégias de negócio (variáveis econômicas e questões mercadologicamente relevantes) e apresentação perante o mercado como único agente” e “quando da existência de relação de subordinação e dependência entre empresas, incluindo poder de decisão sob a atividade de outrem (ou mesmo o controle unitário)”.

Há ainda outro caso recente em que a menção ao controle externo foi utilizada para fins cognitivos subjetivos. A aquisição de participação societária pelo Siros FIA IE, um fundo de investimento gerido pela Tarpon Gestora, na Kepler Weber,<sup>39</sup> envolveu a discussão de configuração do grupo do fundo de investimentos. Muito embora fundos de investimentos difiram das sociedades comerciais e tenham disciplina legal e

---

controlador externo, e qual a relevância destas para a caracterização do poder de decisão externo sobre as questões mercadologicamente relevantes da empresa sob tal controle. [...] Pode-se dizer que, enquanto na franquia tradicional o franqueado possui mais liberdade sob a oferta de produtos e serviços, já na franquia de negócio formatado há uma rígida relação de subordinação e dependência. Numa perspectiva objetiva, poder-se-ia julgar que a franquia de negócio formatado implicaria uma ingerência externa por parte do franqueador sobre a atividade desenvolvida pelo franqueado, caracterizando-se, assim, um poder de decisão sob a atividade empresarial de outrem (controle externo). Por outro lado, a franquia tradicional não corresponderia em controle relevante sob terceiros, por garantir razoável independência do franqueado.”

<sup>37</sup> Parecer 69/2019/CGAA5/SGA1/SG.

<sup>38</sup> Ato de Concentração c n.º 08700.001750/2020-75. (Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás, CDMPI Investment Co., Ltd. e CDMPI Holding Co.) Decidido em 02.05.2020.

<sup>39</sup> Ato de Concentração n.º 08700.000180/2020-04 (Requerentes: Fundo de Investimento Multimercado Profit 1552 e Kepler Weber S.A.). Decidido em 11.02.2020.

regulamentar própria, o caso é interessante pois ilustra a relevância da discussão na atualidade. No caso, muito embora não houvesse cotistas que detivessem mais de 50% das cotas do fundo,<sup>40</sup> as requerentes argumentaram que determinadas disposições do Regulamento do Siros FIA IE permitiam afirmar que a Tarpon Gestora exerceria “controle de fato” sobre o fundo, na medida em que teria “maior autonomia e, em certa medida, controle sobre os investimentos”<sup>41</sup>.

A SG/Cade adotou o entendimento sugerido pelas requerentes, reconhecendo que “na condução normal (no cotidiano) do fundo, ao que tudo indica, a vontade do gestor prevaleceria, em virtude de ser o agente nomeado para decidir sobre a carteira de investimento do fundo e exercer o direito de voto nos ativos que compõem a carteira do fundo”<sup>42</sup>, que o fundo “não possui comitê de investimento formado pelos cotistas, conferindo ainda mais autonomia à gestora”<sup>43</sup> e que, portanto, em uma “interpretação teleológica” da regulamentação, “bem como o entendimento deste Conselho acerca da configuração de grupo, cujo foco das análises cingiram-se aos agentes que exercem efetivamente o controle de empresas, por cautela, entende-se que o Grupo Tarpon deve ser considerado parte integrante do grupo do Siros FIA IE, sobretudo pela reiterada manifestação da Requerente de que o fundo está sob controle da gestora”<sup>44</sup>.

No entanto, a decisão da SG/Cade foi controversa, levando a Conselheira Lenisa Prado a emitir um despacho requerendo a avocação do caso pelo Tribunal. A Conselheira indicou que a decisão implicava “interpretação a *contrario sensu* da jurisprudência da própria SG e da disposição literal da Resolução [nº 02/2012]”<sup>45</sup> que poderia ensejar insegurança jurídica. Acompanharam o posicionamento da relatora os Conselheiros Sergio Ravagnani e Paula Azevedo, e divergiram o

---

<sup>40</sup> Relembra-se que, segundo a Resolução Cade nº 02/2012, “No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico [...] (i) “o grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas”; e (ii) “empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20%”.

<sup>41</sup> Parecer nº 49/2020/CGAA5/SGA1/SG.

<sup>42</sup> Parecer nº 49/2020/CGAA5/SGA1/SG.

<sup>43</sup> Parecer nº 49/2020/CGAA5/SGA1/SG.

<sup>44</sup> Parecer nº 49/2020/CGAA5/SGA1/SG.

<sup>45</sup> Despacho Decisório nº 9/2020/GAB1/CADE.

Presidente Alexandre Barreto e os Conselheiros Mauricio Bandeira Maia, Luiz Braido e Luiz Hoffmann, quem destacou que “o posicionamento da SG foi o de considerar o Grupo Tarpon como integrante do grupo econômico do fundo Siros FIA IE não devido ao fato de ser gestor deste (hipótese que não encontraria respaldo na redação da Resolução CADE nº 2/2012), mas sim por exercer o *controle de fato* do fundo” (grifo meu). Por fim, o despacho de avocação não foi homologado pelo Plenário, de forma que o Tribunal não se debruçou sobre o caso. No entanto, a controvérsia gerada, levando a uma decisão por maioria simples, ilustra a relevância de se discutir o que, no fim, quer dizer “controle” para fins concorrenciais.

### 3.3. Ausência de controlador definido

Solução distinta à identificação de um controlador externo ao quadro societário pode ser percebida em casos em que não havia, dentre os sócios, exercício definido do poder de controle. Essa solução se evidencia ao se comparar duas decisões que envolvia também a discussões decorrentes da ausência de controle societário interno, mas sob outra perspectiva. Na recente aquisição de participação societária da Ceres Power Holdings plc. pela Robert Bosch GmbH, a SG/Cade, emitiu decisão de não conhecimento do ato de concentração, entendendo que, por ser o capital da sociedade-objeto da aquisição disperso, não havendo acionistas com participação superior a 20%, *esta não seria controlada por qualquer de seus acionistas* e, portanto, não integraria qualquer de seus grupos econômicos para fins de cálculo de faturamento. Dessa constatação, decorreu o não enquadramento da transação no art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência, uma vez que a sociedade-objeto, sozinha não atingia o faturamento mínimo legal.

Este caso traz uma solução para a persistente dúvida que surgia em cenários em que o controle societário dos veículos da operação não era definido, sobretudo na figura de um acionista ou grupo de acionistas. Esta solução parece conceitualmente mais coerente que outra, adotada pela SG/Cade, anos antes. Em 2012, foi analisada uma aquisição pelo ABN AMRO de ações do Banco CR2 S.A.<sup>46</sup>, cujos acionistas detinham também participação na CR2 Empreendimentos Imobiliários S.A., companhia aberta listada no Novo Mercado com capital disperso. As requerentes do

---

<sup>46</sup> Ato de Concentração nº 08700.0099881/2012-91 (Requerentes: ABN-AMRO Bank N.V. e Banco CR2 S.A.).

caso apresentaram pedido de não conhecimento, argumentando, em última análise, que a CR2 Empreendimentos Imobiliários não deveria ser considerada integrante do grupo econômico do banco, pois não estaria sob estrutura de “controle comum” – uma vez que aquela não teria controle definido. Naquele caso, a SG/Cade fixou o entendimento de que não havendo “acionista (ou grupo de acionistas vinculado por acordo) que controle a sociedade individualmente [...] [s]ignifica dizer, logicamente, que o controle é compartilhado, ou seja, todos [...] são co-controladores da empresa”. Esta conclusão à levou a incluir o faturamento da CR2 Empreendimentos Imobiliários naquele do grupo econômico do Banco CR2 e a conhecer do ato de concentração.

Hipótese similar foi aventada no caso envolvendo reorganização societária do grupo Queiroz Galvão Óleo e Gás,<sup>47</sup> cuja estrutura societária envolvia diferentes veículos de investimento, controlados por fundos de investimento. No caso, “os cotistas diretos ou indiretos dos fundos, que possuem mais de 50% das cotas de um fundo, não possuem mais de 50% das cotas de nenhum outro fundo envolvido na operação, nem individualmente e nem por meio de acordo de acionistas, [...] os cotistas dos fundos citados [portanto] não integram um grupo único e, por conseguinte, cada fundo pertence a um grupo econômico próprio”<sup>48</sup>. Entendeu a SG/Cade, ainda, que “cada veículo pertence a um grupo econômico distinto, tendo, por óbvio, cotistas controladores também distintos”<sup>49</sup> e “nenhum desses veículos pode ser considerado controlador da QGOG Participações”<sup>50</sup>.

### 3.4. Outras relações de “ingerência”

Na operação envolvendo a fusão das sociedades estrangeiras Unilever PLC e Unilever NV,<sup>51</sup> a despeito de não haver participação societária relevante de uma parte sob a outra, a SG/Cade identificou uma estrutura que fazia com que, na prática, as requerentes constituíssem uma única entidade econômica, na medida em que (i) “os membros dos

---

<sup>47</sup> Ato de Concentração n° 08700.006518/2016-47 (Requerentes QGOG Participações S.A. e Queiroz Galvão Óleo e Gás S.A.). Decidido em 23.10.2016.

<sup>48</sup> Parecer n° 292/2016/CGAA5/SGA1/SG.

<sup>49</sup> Parecer n° 292/2016/CGAA5/SGA1/SG.

<sup>50</sup> Parecer n° 292/2016/CGAA5/SGA1/SG.

<sup>51</sup> Ato de Concentração n° 08700.002105/2018-55 (Requerentes: Unilever N.V. e Unilever PLC). Decidido em 09.04.2018.

respectivos Conselho e as pessoas chave da administração, como CEOs, CFOs e presidentes das várias unidades de negócios e regiões, serem, [...] as mesmas”<sup>52</sup>, e (ii) “o fato de Unilever NV e Unilever PLC, [...] emitirem, conjuntamente, um único relatório anual [...] de maneira consolidada”<sup>53</sup>. Nesse caso, a própria SG/Cade aproximou as circunstâncias fáticas daquelas de outra operação em que havia sido identificada a existência de “controle externo” entre duas das sociedades envolvidas, embora não tenha explicitamente se referido a essa configuração para o caso em análise.<sup>54</sup> Como se verá adiante, a alusão ao controle externo parece mais adequada que a identificação de circunstâncias fáticas e relações informais.

Um pouco distinto é o caso envolvendo apuração da ocorrência de *gun jumping* na transação entre a envolvendo a União Transporte Interestadual de Luxo S.A. e a Expresso Gardênia Ltda<sup>55</sup>, em que a discussão a respeito da configuração do grupo econômico das requerentes perpassou a identificação de que “compõem o mesmo grupo econômico as empresas que tenham o(s) mesmo(s) sócio(s) integrando o capital social de diversas empresas e que exerça(m) algum *poder de ingerência* sobre as mesmas” (grifo meu). No caso, uma das representadas alegava que a inexistência de sócios com participação superior a 50% do seu capital social - quórum exigido para as deliberações sociais da companhia – fazia com que inexistissem empresas “sob controle comum” de seus acionistas e, portanto, que seu grupo econômico compreendesse apenas seus investimentos que, juntos, não somavam o faturamento mínimo legal.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Parecer n° 95/CGAA5/SGA1/SG.

<sup>53</sup> Parecer n° 95/CGAA5/SGA1/SG.

<sup>54</sup> Nesse caso, importou também o fato de se tratar de uma fusão que, nos termos do art. 90, I, da Lei n° 12.529/2011, só configura ato de concentração quando envolve “duas empresas anteriormente independentes”. Portanto, mais do que não se enquadrar no art. 88, a operação deixava de se enquadrar no art. 90.

<sup>55</sup> APAC n°. 08700.011294/2015-12. Representadas: União Transporte Interestadual De Luxo S.A. E Expresso Gardênia Ltda. Conselheiro-Relator: Paulo Burnier da Silveira. Julgado em 23.11.2017.

<sup>56</sup> Segundo destacou o Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira em seu voto, “destacam-se as alegações de defesa da empresa: “[c]omo se observa, a inclusão das empresas que preenchem o requisito do item “b” [empresas nas quais o sócio detenham mais de 20% do capital social ou votante] na definição do grupo econômico acima reproduzida depende, inicialmente, da identificação das empresas “sob controle comum”. Para tanto, é necessário que se verifique a existência de controle na companhia em questão, seja ele unitário ou compartilhado, o que não ocorre no caso da UTIL. Assim, inexistindo “controle”, inexistente empresa “sob controle comum”



Em sua decisão, entretanto, o Cade entendeu que havia elementos que indicavam que o sócio majoritário possuía *influência significativa* nas deliberações da companhia, na medida em que (i) detinha participação societária relevante (40%); (ii) ocupava posição de Diretor Presidente da empresa; e (iii) tinha relação familiar com os demais integrantes do quadro societário e da administração da empresa. Para o Conselheiro, tais elementos seriam “suficientes para considerar que há controle comum, ainda que compartilhado” entre a representada e as demais empresas investidas por seu acionista, concluindo que

“para fins de configuração de um grupo econômico, o que importa observar é se existe ou não uma direção unitária, qualquer que seja o instrumento pelo qual esse controle é exercido. Portanto, o simples fato de não haver um acionista da UTIL que seja titular da maioria do capital social suficiente para a tomada de decisões de forma unilateral (*controle unitário*) não afasta em absoluto a possibilidade de configuração de controle comum. [...] [A] jurisprudência do CADE tem considerado que compõem o mesmo grupo econômico as empresas que tenham o(s) mesmo(s) sócio(s) integrando o capital social de diversas empresas e que exerça(m) algum poder de ingerência sobre as mesmas. Assim, para fins de incidência do art. 4º da Resolução CADE nº 02/2012, é indiferente se o controle comum que se verifica é unitário ou compartilhado”.

#### 4. Controle para fins de análise de mérito

Um dos casos em que relações de controle foram levantadas para fins de análise do mérito concorrencial da operação envolveu o Grupo EB, que concentrava investimentos do Sr. Edson Bueno em diversas empresas principalmente do setor de saúde. O Sr. Edson de Godoy Bueno havia ocupado a posição de Diretor Presidente na Amil (sociedade em que o Grupo EB detinha apenas 10% de participação) enquanto detinha indiretamente o controle da Diagnósticos da América (DASA). Em uma operação envolvendo esta última, o Cade considerou que o Grupo Amil deveria ser considerado como integrante do Grupo EB pois “existiria um

---

(item "a"), o que impede a aplicação do requisito do inciso II do art. 40, §1º da Resolução Cade nº02/2012 (item "b" acima). Assim, a UTIL compõe grupo econômico próprio, incluindo ela mesma e as demais empresas em que a UTIL possui participação societária: Viação Sampaio Ltda., J3 Operadora Logística S/A e J3 participações Ltda.”.

comportamento cooperativo por parte de Edson Bueno, Diretor-Presidente e acionista do grupo Amil, em relação às sociedades em que detém participação acionária, o que inclui a Dasa” e “Dasa e Amil possuem relações societárias operacionais e estratégicas capazes de proporcionar uma articulação entre os grupos, passível de considera-los como um grupo econômico do ponto de vista concorrencial.”<sup>57</sup> Mais tarde, em uma operação notificada após o falecimento do Sr. Edson Bueno<sup>58</sup>, entendeu a SG/Cade que “não se pode mais afirmar que exista uma articulação entre os grupos. Quando o Sr. Edson estava na presidência da Amil a influência dele no grupo era óbvia. Contudo, uma participação societária inferior a 10%, sem participação, mesmo que indireta, no controle da empresa não é suficiente para determinar que as empresas façam parte do mesmo grupo econômico”<sup>59</sup>.

Destaca-se ainda o caso que envolveu a aquisição indireta da totalidade das quotas da Mataboi Alimentos pela JBJ Agropecuária.<sup>60</sup> Naquele caso, a análise do mérito concorrencial da operação levantou o debate a respeito da “existência de ligação vigente ou pré-existente dos sócios [da JBJ] com a empresa concorrente JBS S.A.”<sup>61</sup>, sobretudo porque o sócio majoritário, José Batista Junior, havia “ocupado cargos no Grupo JBS, por mais de 20 anos, tendo-se retirado do Conselho de Administração da JBS S.A. em meados de 2013, e do capital social da J&F em 08.03.2013”,<sup>62</sup> sendo que seu pai José Batista Sobrinho, à época da

---

<sup>57</sup> Ato de Concentração n° 08012.010038/2010-43 (Requerentes: Diagnósticos da América S.A. e MD1 Diagnósticos S.A.). Conselheiro-Relator: Ricardo Ruiz.

<sup>58</sup> Ato de Concentração n° 08700.002581/2017-95 (Requerentes: Diagnósticos da América S.A. e Salomão Zoppi Serviços Médicos e Participações S.A.). Decidido em 10.08.2017.

<sup>59</sup> Parecer n° 19/2017/CGAA2/SGA1/SG.

<sup>60</sup> Ato de Concentração n° 08700.007553/2016-83 (Requerentes: Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda.). Decidido em 07.06.2017. O caso envolveu *gun jumping* analisado nos autos da Apuração de Ato de Concentração n° 08700.007612/2016-13. Conselheiro-Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Decidido em 09.12.2016.

<sup>61</sup> Apuração de Ato de Concentração n° 08700.007612/2016-13. Voto do Conselheiro-Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Decidido em 09.12.2016.

<sup>62</sup> Apuração de Ato de Concentração n° 08700.007612/2016-13. Voto do Conselheiro-Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Decidido em 09.12.2016. Resumiu o Conselheiro que “o ponto central do caso versa sobre os impactos concorrenciais decorrentes de composições acionárias acima descritas. Nesse sentido, vê-se que atualmente não há relação societária ou administrativa entre José Batista Junior e o Grupo JBS e a relação outrora existente, por intermédio da participação de

operação, sócio minoritário da JBJ, era um dos fundadores da JBS S.A.. Ao analisar os efeitos da operação, a SG/Cade entendeu que

*“há um forte vínculo entre os Srs. José Batista Júnior, José Batista Sobrinho, Wesley Mendonça Batista e Joesley Mendonça Batista [membros da família e acionistas da JBS], que torna bastante próximo e evidente o contato entre eles, sendo uma condição existente antes da presente operação e que supera os aspectos formais concernentes a uma definição de grupo econômico, sob a ótica societária [...] Dessa forma, a relação de parentesco entre sócios das empresas em questão representa uma instância informal de permanente contato entre empresas concorrentes, pela qual pode ser instrumentalizada uma via de troca de informações comerciais. Em vista disso, o vínculo familiar é considerado mais que uma condição facilitadora a uma colusão de concorrentes, conforme reconhecido por este Conselho em casos precedentes envolvendo condutas anticompetitivas. [...] Convém esclarecer que, por ter a condição de filho, o Sr. José Batista Júnior é co-herdeiro do Sr. José Batista Sobrinho. Isto quer dizer que o controlador da JBJ Agro terá direito sucessório, cabendo-lhe parte da herança em igual proporção aos demais irmãos, com reflexos, inclusive, sob o patrimônio acionário detido, direta ou indiretamente, na JBS. Portanto, ainda que de imediato não se aponte vantagens financeiras para o Sr. José Batista Júnior vir a beneficiar a JBS, no que concerne especificamente a uma hipotética tentativa atual de maximização da margem de lucro da JBS, é notório que futuramente este senhor se beneficiaria do sucesso financeiro provindo de eventuais práticas perpetradas em favor da JBS. Em outras palavras, é possível que haja interesse direto do Sr. José Batista Júnior no crescimento dos lucros da JBS no longo prazo, que esta empresa venha a crescer em seu mercado, que é o mesmo da empresa objeto desta operação, a Mataboi.”<sup>63</sup>*

---

José Batista Sobrinho era diminuta e não possuía poderes suficientes para caracterizar controle ou influência relevante.”

<sup>63</sup> Parecer n° 141/2017/CGAA5/SGA1/SG. Tribunal deste Conselho é de que “a relação de parentesco entre sócios de empresas diferentes não apenas é insuficiente para presumir que façam parte do mesmo grupo econômico, como ainda pode ser encarado como elemento adicional de prova da colusão entre as empresas”, conforme proferido no Voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo no Processo Administrativo n° 08012.008184/2011-90 (Representante: Câmara Municipal de Jahu/São Paulo; Representadas: Consladel Construtora e Laços

Nesse sentido, concluindo pela existência de “relação estreita” entre JBJ e JBS, a SG/Cade considerou como provável a coordenação horizontal entre as atividades da Mataboi e JBS nos segmentos em que eram concorrentes, de forma que a participação de mercado de todas: JBJ, Mataboi e JBS foi somada para fins de análise da possibilidade e probabilidade de exercício abusivo de poder de mercado. A conclusão foi similar àquela do caso envolvendo o Grupo EB, em que a SG/Cade se focou também na análise do mérito concorrencial: “eventuais market shares dos Grupos AMIL e UHG no mercado [relevante afetado...] não serão considerados no presente processo”<sup>64</sup>.

## 5. Breves reflexões críticas

Vê-se da análise da jurisprudência que o apelo ao conceito de “poder de controle” é recorrente, muito embora sua aplicação seja pouco coesa. A exceção parece ser a dos casos do uso do conceito com fins *cognitivos objetivos* – aqueles em que busca-se identificar o enquadramento da transação como “aquisição de controle” e seu não enquadramento como “aquisição pelo controlador unitário” – hipótese em que, salvo casos pontuais, a autoridade se vale do conceito societário de controle para identificação da estrutura de controle *ex ante*, via de regra, para identificar o controlador unitário (*i.e.* titularidade de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e uso efetivo do poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia).

Essa orientação aproxima-se da diretriz exprimida em uma das principais decisões da SG/Cade que sucedeu a aprovação da Resolução Cade 02/2012 - a da operação entre SRT Projetos e Digma Participações.<sup>65</sup> Manifestando-se sobre a operação, a ProCade indicou que

---

Detetores e Eletrônica Ltda., Ensin Empresa Nacional de Sinalização e Eletrificação Ltda., e outras), julgado em 08/04/2015.

<sup>64</sup> Parecer n° 19/2017/CGAA2/SGA1/SG. A inclusão da Amil e subsidiárias no Grupo EB não foi relevante para fins de conhecimento na medida em que os critérios de faturamento seriam atingidos independentemente. O mesmo pode ser dito em relação aos grupos econômicos envolvidos na operação JBJ/Mataboi.

<sup>65</sup> Ato de Concentração n° 08700.005381/2012-80 (Requerentes: SRT Projetos e Participações Ltda e Digma Participações S.A). Aprovado em 08.08.2012. A controvérsia surgiu do questionamento pelas partes de se a aquisição de participação

“o inciso I do artigo 9º da Resolução nº 02/2012 deve ser interpretado no sentido técnico da expressão, constante do artigo 116 e 243, §2º, da Lei nº 6.404/76. Quer-se referir a norma, nesse caso, à aquisição do *controle acionário*, seja de forma isolada, seja de modo compartilhado”<sup>66</sup> e que “o conceito de influência relevante está associado justamente aos casos em que não há poder de controle”<sup>67</sup>. Essa orientação levou à interpretação de que o termo “controle” na mencionada Resolução “equivalaria exclusivamente ao conceito de ‘controle societário’”<sup>68</sup>. Ou seja: para fins de conhecimento, deveria ser verificado apenas a existência ou aquisição de *controle societário* (ou seja: exercido por intermédio de participações societárias), muito embora, para análise de mérito, *i.e.*, da possibilidade ou probabilidade de a operação gerar ou fortalecer incentivos para o exercício abusivo de poder de mercado, a autoridade pudesse ter um olhar mais amplo, abarcando, por exemplo, outras posições – societárias ou não – que atribuíssem a um agente influência determinante sobre o outro.<sup>69</sup>

Os demais precedentes da autoridade, entretanto, desenvolveram-se em outro sentido. São inúmeros os exemplos em que a discussão de *conhecimento* – ou seja, de configuração de um ato de concentração – perpassou a análise da estrutura de controle, contribuindo para a extensão jurisprudencial da expressão “poder de controle” para além do controle decorrente de participações societárias. No entanto, o que se percebe é que em alguns desses casos, não se trata de poder de controle, mas sim de outras formas de influência sobre a esfera societária que, em uma

---

societária que atribuísse “influência relevante” ou “influência determinante sobre matérias mercadologicamente relevantes”<sup>65</sup> sem que se configurasse formalmente a aquisição de controle societário nos termos da Lei das S.A., se enquadraria na regulamentação do art. 90, II da Lei de Defesa da Concorrência.

<sup>66</sup> Parecer nº 343/2012-PROCADE/PGF/AGU.

<sup>67</sup> Parecer nº 343/2012-PROCADE/PGF/AGU.

<sup>68</sup> CECORE-OAB/SP, “Controle Concorrencial sobre Operações Societárias: Poder de Decisão e Poder de Interferência no Mercado”, 22 de outubro de 2017.

<sup>69</sup> Segundo o Parecer nº 343/2012-PROCADE/PGF/AGU, “desde que sejam ultrapassados esses limites mínimos, fixados de forma objetiva, permanece a especial importância do conceito de influência relevante tanto por ocasião da análise da abrangência de um grupo econômico quanto na aferição da existência de sobreposição horizontal ou de integração vertical entre os grupos econômicos envolvidos em determinada operação. Ainda quanto ao tema, nada impede que a análise da influência relevante também seja considerada por ocasião do exame dos impactos anticoncorrenciais resultantes da operação notificada, circunstância que deve ser aferida em cada caso não mais no momento do conhecimento da operação, mas sim por ocasião do julgamento do mérito do ato notificado”.

perspectiva de *mérito* concorrencial poderiam ser invocadas, da perspectiva de *conhecimento*, no nosso entender, parecem inadequadas.

O caso Util/Gardenia é ilustrativo dessa situação. Ele se aproxima de outros em que relações pessoais entre sócios de diferentes empresas suscitaram interpretações diferenciadas da regulamentação sobre grupos econômicos e sobre o reconhecimento de poder de controle, em uma situação análoga aquela de *interlocking directorates*<sup>70</sup>, como são os casos JBJ/Mataboi e Grupo EB/Amil. Veja-se que no caso Util/Gardenia, a referência à existência de “influência significativa” para identificação de uma situação de controle está conceitualmente incorreta. Isso porque o conceito legal de influência significativa pressupõe justamente a *ausência de controle*, conforme leitura dos parágrafos 1º e 4º do artigo 243 da Lei das Sociedades Anônimas. Segundo este último, “considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, *sem controlá-la*” (grifo meu). Ou seja, parece incorreto o apelo ao conceito emprestado do direito societário, atribuindo a ele significado distinto daquele previsto na legislação – o resultado de decisões como esta é construção de uma dogmática incoerente com o ordenamento jurídico considerado como um todo. Isso é especialmente inadequado quando se volta para a análise de conhecimento da operação, em que tal consideração foi levantada para determinação do grupo econômico para fins de cômputo do faturamento.

Nesse caso, o que parece correto é – fazendo a regulamentação do Cade referência ao conceito de “controle” – identificar, para fins de conhecimento, se é possível se falar em exercício de controle não majoritário, interno ou externo, e não na identificação de outras formas de influência sobre a esfera societária, o que parece ser relevante apenas para fins de análise do mérito.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Essa situação, que se verifica “quando um membro de um órgão de administração de uma dada sociedade é, ao mesmo tempo, membro de um órgão de administração de uma outra sociedade, ou outras sociedades” (Rodrigues, 2015, p. 124) costuma ser apontada justamente entre estratégias alternativas à influência determinante ou direcionamento das atividades da sociedade que são tipicamente atribuídas ao controlador (Rodrigues, 2015, p. 13).

<sup>71</sup> O Parecer nº 141/2017/CGAA5/SGA1/SG menciona, nesse sentido, entendimento firmado pelo Tribunal do Cade no sentido de que “a relação de parentesco entre sócios de empresas diferentes não apenas é insuficiente para presumir que façam parte do mesmo grupo econômico, como ainda pode ser encarado como elemento adicional de prova da colusão entre as empresas”. Processo Administrativo nº

São diferentes, por exemplo, os casos em que a SG/Cade buscou identificar estruturas de controle externo. Estes casos, à contramão, contribuem para o desenvolvimento da dogmática concorrencial de forma coerente e compatível com o direito societário, na medida em que desenvolvem aplicações específicas para o direito concorrencial que, entretanto, não contradizem a legislação, literatura, e prática societária.

Outra questão que merece destaque decorre do grupo de casos em que se discutiu a configuração de grupo econômico, com fins cognitivos subjetivos, ausente acionista controlador majoritário ou minoritário. Conforme destacado, o caso Bosch/CeresHoldings apresentou solução diferente da orientação que havia sido firmada no caso ABN AMRO/CR2, segundo a qual não havendo controlador unitário definido, necessariamente encontra-se diante de uma estrutura de controle compartilhado. Esta orientação foi repetida pela SG/Cade em mais de uma oportunidade, destacando-se que:

*“há que se ressaltar que, na situação envolvendo empresa que não possua sócio com participação igual ou superior a 20% do capital votante ou total, esta Superintendência já se manifestou pela aplicação exclusiva do enunciado constante no inciso I, do § 1º, do art. 4º, na medida em que os acionistas com participação menor que 20% podem ser considerados co-controladores da empresa em questão e detentores de controle compartilhado, sob pena de se negligenciar uma hipótese na qual o acionista minoritário pode ter ingerência significativa sob a empresa investida, podendo alcançar patamar semelhante ao poder detido por um acionista que detenha mais de 20% (ainda que menos de 50% de participação societária na referida empresa), o que resultaria em uma isenção de notificação de operações desarrazoada e imotivadamente, em face dos critérios atualmente vigentes e destoante do objetivo visado pela norma”<sup>72</sup>.*

Nesse contexto, outros casos partiram do mesmo entendimento para automaticamente converter participações minoritárias que não permitiam o exercício unitário do controle para “verificar se o acionista minoritário com participação igual ou superior a 20% detinha direitos que

---

08012.008184/2011-90 (Representante: Câmara Municipal de Jahu/São Paulo; Representadas: Consladel Construtora e Laços Detetores e Eletrônica Ltda., Ensin Empresa Nacional de Sinalização e Eletrificação Ltda., e outras). Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Decidido em 08.04.2015.

<sup>72</sup> Nota Técnica nº 8/2017/SGTRIAGEM/SG/CADE.

ultrapassariam a mera proteção ao investimento, o que importaria em algum grau de *ingerência* na empresa, com o intuito de enquadrar o acionista majoritário como controlador unitário ou co-controlador, hipótese esta que configuraria uma dependência de deliberação de outros acionistas para o comando das questões concorrencialmente relevantes da empresa”<sup>73</sup>.

Diferentemente do que sugeria a autoridade naqueles casos, não se pode concluir *logicamente* que ausente um sócio exercendo controle unitário, o controle é necessariamente compartilhado. Como destacado anteriormente, a tipologia do poder de controle pressupõe a existência de formas não societárias de controle, de forma que, no caso em questão, este poderia sim ser exercido pelo conjunto dos sócios, mas não necessariamente. Com efeito, indica a doutrina societária que o controle *conjunto* – expressão considerada mais adequada para se contrapor ao controle *individual* (Patella, 2015, p. 14) – se forma a partir da celebração de algum tipo de acordo entre sócios (Prado, 2005, p. 158), ou, no mínimo, da aglutinação em torno de interesses comuns (Bertoldi, 2000, p. 64). No resumo de Eduardo Munhoz (2002, p. 229), “controle conjunto é aquele que pressupõe a reunião de um grupo de pessoas, ligadas por laços familiares, interesses comuns, por acordos de voto, que *se associam* para comandar os destinos da sociedade”.

De fato, a própria exegese do art. 116 da Lei das S.A. não pressupõe que para o exercício conjunto (*i.e.*, plurissubjetivo) do poder de controle deva existir “grupo de pessoas *vinculadas por acordo de voto*” (grifo meu), prevendo ainda uma segunda possibilidade: “grupo de pessoas [...] *sob controle comum*” (grifo meu). Para Laura Patella (2015, p. 67), essa hipótese corresponde àquela de composição de controle em diferentes níveis, criando uma estrutura verticalizada, em que o controle é se organiza em um encadeamento de sujeitos, sendo exercido indiretamente pelo controlador final, mas se trata de hipótese raramente vista na prática, e controvertida aos olhos da doutrina. Vê-se, portanto, que a regra é o controle conjunto firmado por acordo de voto, de forma que parece incorreto pressupor a existência de uma “vinculação volitiva consensual entre uma pluralidade de sujeitos” (Patella, 2015, p. 66), imputando-lhes a qualidade de controlador de forma artificial. Ausente indicação concreta de que o controle naquela sociedade era exercido de forma conjunta, parece incorreta, a indicação feita naquele caso de que, para fins de composição do grupo econômico fossem considerados os faturamentos de

---

<sup>73</sup> Parecer n° 101/2018/CGAA5/SGA1/SG.



sociedades que, formalmente, não estariam sob controle comum. Essa interpretação levaria a identificação de situações repudiadas pela própria autoridade, como foi o caso da reorganização societária do Grupo Queiroz Galvão, entre outros.<sup>74</sup>

O que se percebe é que o uso da palavra “controle” em mais de uma ocasião da Resolução Cade nº 02/2012 faz com que a autoridade tenha que se deparar com controvérsias práticas decorrentes de sua interpretação de forma recorrente. Ausente uma definição da autoridade do que entende como “controle” para fins concorrenciais e, especialmente, se seu entendimento se aplicará indistintamente para análises de conhecimento e análises de mérito, a tendência é que a interpretação continue sendo feita de forma casuística e descoordenada. O que as breves notas reflexivas apresentadas acima indicam é a existência de espaço para uma aplicação do conceito de poder de controle para fins concorrenciais que seja mais coerente com o desenvolvimento desse conceito pelo direito societário. Isso é especialmente importante para casos em que está em debate o juízo cognitivo da autoridade, já que esse é necessariamente anterior à análise de mérito – em que se verifica os potenciais efeitos concorrenciais das transações – análise esta que permite menor aderência à disciplina societária.

---

<sup>74</sup> Destaca-se, por exemplo, a operação envolvendo o grupo HNA, que detinha à época, menos de 10% do capital votante da Azul Linhas Aéreas, embora detivesse mais de 23% do seu capital social total. As requerentes notificaram a operação indicando que apenas considerado o faturamento da Azul, o Grupo HNA atingiria o mínimo legal. Concluindo que os direitos societários do Grupo HNA na Azul eram bastante restritos (apenas direitos restritos de voto e veto visando à proteção do investimento realizado e indicação de minoria nos órgãos de gestão da companhia), decidiu a SG/Cade que a companhia não deveria integrar o Grupo HNA. Ver Ato de Concentração nº 08700.005587/2016-33 (Requerentes: HNA Tourism Group Co., Ltd. e Carlson Hotels, Inc.). Decidido em 18.08.2016. Veja-se que a base do argumento é a mesma, mas em caminho inverso: ausentes direitos que permitam o exercício do direito de controle, não se pode inferir que uma sociedade integra o grupo econômico de sua investidora.

## 6. Referências

ATHAYDE, A., FUJIMOTO, M. T., Brazil: Common ownership by institutional investors and its impact on competition, *Concurrences*, N° 1-2018 1 pp. 218-224.

AZAR, J. SCHMALZ, M., TECU. Anti-Competitive Effects of Common Ownership, (March 15, 2017), *Journal of Finance*, Forthcoming.

BERLE, A. MEANS. The modern Corporation and private property. Transaction Publishers, 1937.

BERTINI, C. Concentração por Aquisição de Controle. São Paulo: Almedina, 2014;

CARVALHO, Vinícius Marques de. A política de defesa da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas? In: A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência, 2015.

\_\_\_\_\_; GODOY, J. P. O juízo de conhecimento aplicável à análise de estruturas concorrenciais e a função cognitiva desempenhada pelo direito societário. In: Ricardo Machado Ruiz; Amanda Flávio de Oliveira. (Org.). Remédios Antitruste. 1ed.São Paulo: Singular, 2011, p. 127-143.

CARVALHOSA, M. A Nova Lei das Sociedades Anônimas – seu modelo econômico, 2ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

CHINAGLIA, O. Poder de Controle, Influência Significativa e Influência Relevante: Breves Anotações sobre a Interface entre o Direito Societário e o Direito da Concorrência, In CASTRO, R. R. M., AZEVEDO, L. A. N. Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 411;

COMPARATO, Fabio Konder. A Reforma da Empresa, in: *Revista de Direito Mercantil*, n. 50, 1983.

\_\_\_\_\_; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo, 6ª ed., Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedade por Ações. In: *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FRAZÃO, A. Objeto do Controle de Estruturas: Os Grupos Societários. In: *Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas*, Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_.Do direito da empresa ao direito das empresas e dos mercados. *Revista de Direito Empresarial*. v. 15, n. 1, pp. 105-125, jan./abr. 2018.

\_\_\_\_\_. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre. (Org.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional. 1ed.Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 139-158.

LAMY FILHO, BULHÕES PEDREIRA, J. L. Direito das Companhias. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I.

LIMA, Ticiano N. C. O Cade e as Reestruturações Societárias. São Paulo: Singular, 2006;

LIMA, Ticiano N. C. O Cade e as Reestruturações Societárias. São Paulo: Singular, 2006.

LOBO, Jorge. Direito dos grupos de sociedades. In.: Direito Empresarial. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1988.

MACEDO, R. Controle Não Societário, Singular, 2004.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PATELLA, Laura Amaral. Controle Conjunto Nas Companhias Abertas Brasileiras. Universidade de São Paulo: Tese (Doutorado), 2015.

POSNER, E. A., SCOTT MORTON, F. M., WEYL, E. G., A Proposal to Limit the Anti-Competitive Power of Institutional Investors. *Antitrust Law Journal* (Forthcoming), 2017

PRADO, Viviane M. Conflito de interesses nos grupos societários. São Paulo, Quartier Latin, 2006.

RODRIGUES, Eduardo Frade. Merger notification policies towards minority shareholdings. In CARVALHO, Vinícius Marques de et al (Org). *International cooperation and competition enforcement: Brazilian and European experiences from the enforcer's perspective*, Wolters Luwer, 2014, p. 103-114.

RODRIGUES, Eduardo Frade. O Direito Societário e a Estruturação do Poder Econômico. Universidade de Brasília, Dissertação (Mestrado), 2016;

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

SCHUARTZ, L. F. “As razões do Direito da Concorrência”, *Revista de Direito Mercantil* no 118.

THOMAS, S. KLING, M. *Kartellrecht* 2. Auflage, Vahlen Jura, 2015.

WARDE JR., Walfrido Jorge. O fracasso do direito grupal brasileiro: a institucionalização do controle oculto e de sua sub-reptícia transferência. In: ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; e

WARDE JR., Walfrido Jorge. Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, 2012.

WIEDEMANN, H. Gesellschaftsrecht. Band I – Grundlagen. Munique: Beck, 1980.

MACHADO, J. Batistella. Submissão dos fundos de private equity à análise concorrencial, RDC, Vol. 1, nº 2, novembro 2013, pp. 119-133.

CAMINATTI, E. A. Fundos de Investimento: Desafios do Cade. In: Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais, São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ZORCIC, Ana C. Competência do CADE na disciplina antitruste das operações envolvendo fundos de private equity, Dissertação (Mestrado), 2015; DAVILA, A. Fundos de Private Equity e o Direito Concorrencial Brasileiro. Revista de Direito da Concorrência, n. 24, p. 121-137, 2011.

## 2. ATUAÇÃO DAS AUTORIDADES ANTITRUSTE MUNDIAIS NA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO MULTIJURISDICIONAIS

### 2. GLOBAL ANTITRUST AUTHORITIES' PERFORMANCE IN THE ANALYSIS OF MULTIJURISDICTIONAL MERGER CASES

*Paula Pinedo e Mariana Llamazalez Ou<sup>77</sup>*

**Resumo:** O presente artigo demonstra que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) vem desempenhando um papel bastante importante frente às operações transnacionais que necessitam de aprovações de agências concorrenciais ao redor do mundo. A autoridade brasileira demonstra-se aberta ao diálogo com as demais agências antitruste, com o objetivo de proporcionar segurança às empresas ao analisar a viabilidade da operação sob o prisma concorrencial.

**Palavras-chave:** operações multijurisdicionais; controle de estruturas; remédios; autoridades concorrenciais

**Abstract:** This article demonstrates that the Administrative Council for Economic Defense (“CADE”) has been playing a very important role in the face of transnational transactions that need approval from competitive agencies around the world. The Brazilian Authority is open to dialogue with other antitrust agencies, with the aim of providing companies with security when analyzing the feasibility of the transaction from a competitive perspective.

**Keywords:** multijurisdictional transaction; merger control; remedies; competition authorities

### 1. Introdução

A cada dia torna-se mais fácil estar conectado e saber o que acontece ao redor do mundo. O alto grau de interação entre os países é observado em todos os cenários, seja político, econômico ou corporativo. Nesse sentido, observa-se que cada vez mais as empresas buscam

---

<sup>77</sup> As autoras agradecem a pesquisa e assistência sempre consistente de Helena Battisti e Luíza Nobrega na elaboração do presente artigo.

aumentar suas presenças para além de seus territórios nacionais por meio de exportações ou subsidiárias. Com esse alto nível de interação para além das fronteiras, aumenta também o número de operações de M&A consideradas transnacionais. Estima-se que, em 2019, os investidores estrangeiros progrediram 18% em relação ao ano de 2018, tendo um aumento no número de operações de 231 em 2018 para 273 em 2019, conforme levantamento realizado pela consultoria PWC<sup>78</sup>. Dentre os muitos desafios enfrentados por operações globais, encontram-se dentre estas a necessidade de obtenção de aprovação prévia por algumas autoridades concorrenciais, conforme os critérios estabelecidos nas respectivas legislações.

É nesse cenário de operações transacionais que requerem aprovação de agências antitruste que o presente artigo irá concentrar sua análise.

Em seu primeiro capítulo, o artigo traçará um panorama geral das operações globais que foram submetidas à análise do CADE e às autoridades concorrenciais de outros países, observando a evolução das notificações, os principais setores envolvidos e outros aspectos pertinentes.

Em seguida, o artigo analisará as operações globais mais complexas, notificadas recentemente às autoridades antitruste, e que apenas foram aprovadas mediante a negociação de um pacote de remédios que abordasse as preocupações identificadas. Ainda no segundo capítulo o artigo procurará identificar, com base nas informações públicas disponíveis, como se deu a interação entre as agências antitruste no mundo com o CADE.

Finalmente, em seu terceiro capítulo, o artigo abordará a importância do planejamento para administrar notificações em diversas jurisdições, apontando recomendações feitas recentemente em precedente do CADE.

## **2. Panorama Geral**

O aumento no número de operações transnacionais no Brasil ao longo dos anos é um reflexo da globalização. Tal cenário gera desafios à autoridade antitruste brasileira, que deve sempre se atentar no modo de

---

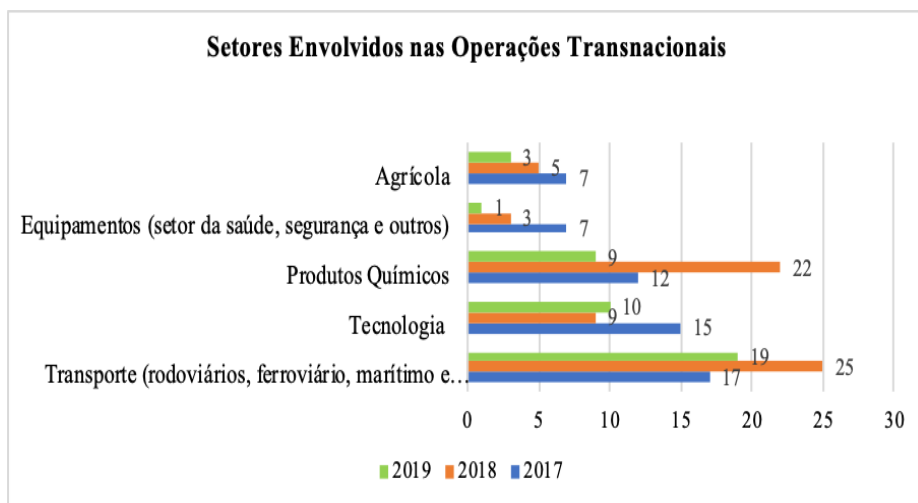
<sup>78</sup> Fusões e Aquisições no Brasil - dezembro 2019. Relatório realizado pela PWC disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/assessoria-tributaria-societaria/fusoes-aquisicoes/2019/fusoes-e-aquisicoes-no-brasil-dezembro.html>

condução da análise dessas operações por outras jurisdições para evitar tomadas de decisões conflitantes.

Conforme pesquisas realizadas pelas autoras, nos últimos 3 anos<sup>79</sup> foram notificadas ao CADE, aproximadamente, 100 operações transnacionais por ano<sup>80</sup>. Verifica-se que essas operações envolveram diversos setores da economia, sendo que para todos os anos analisados, os seguintes setores foram os mais afetados por tais transações: (i) transporte (rodoviários, ferroviário, marítimo e aéreo), (ii) tecnologia, (iii) produtos químicos; (iv) produção de equipamentos (setor da saúde, segurança e outros) e (v) agrícola.

Para visualizar a evolução das notificações envolvendo tais setores ao longo dos anos, apresenta-se o gráfico abaixo:

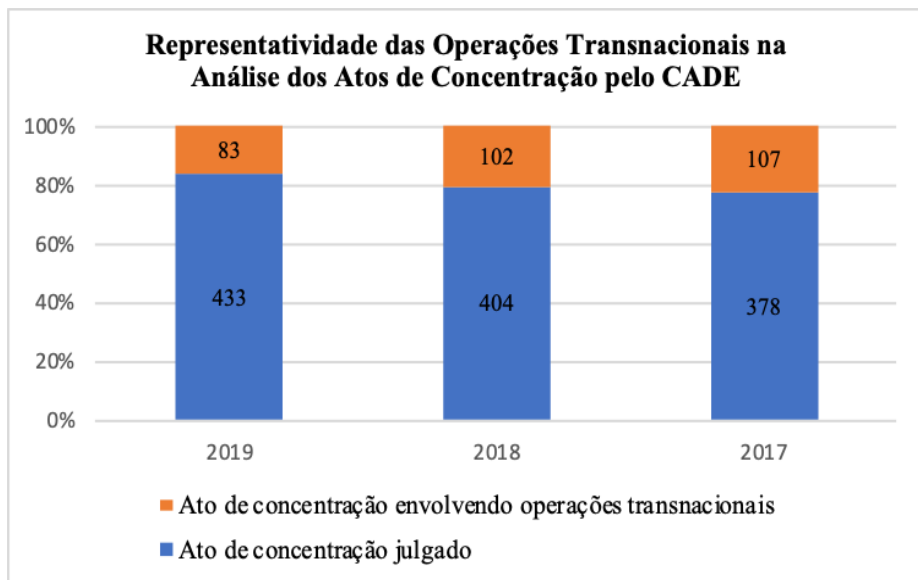
Fonte: pesquisa realizada pelas autoras, com base nas informações disponibilizadas no site do CADE



<sup>79</sup> As autoras esclarecem que para todo o artigo, foi utilizado o recorte temporal de 3 anos, visando observar as tendências de análise mais recentes das autoridades concorrenciais brasileiras com o objetivo de verificar a evolução das operações transnacionais notificadas ao CADE durante os últimos anos.

<sup>80</sup> Em 2019, foram notificadas 83 operações transnacionais ao CADE. Em 2018, foram notificadas 102 operações transnacionais ao CADE. Em 2017, foram notificadas 107 operações transnacionais ao CADE.

Ainda, vale ressaltar que as operações transnacionais representam uma parcela bastante significativa dos atos de concentração analisados pelo CADE em cada ano, chegando a representar, em média, 20% dos casos totais julgados pela autoridade. Além disso, os investimentos estrangeiros ainda englobam parcela relevante de operações que muitas vezes não são capturas pelas regras de notificação dos países.



Fonte: pesquisa realizada pelas autoras e CADE em números.

Nota-se, também, que os valores envolvidos nas operações transnacionais são bastante expressivos e somaram, aproximadamente, 2,5 trilhão, 2 trilhões e de 2,1 trilhões reais em 2017, 2018 e 2019 respectivamente<sup>8182</sup>.

---

<sup>81</sup> Destaca-se que os valores foram calculados com base nas informações dos valores da operação disponibilizada pelas empresas na versão pública do formulário de notificação. Além disso, foi usado a taxa de câmbio de 1USD = 5,4257 BRL e 1EU= 6,0258 BRL 1 libra esterlina = 6,6828, 1 franco suíço = 5,64, em de 29 de maio de 2020.

<sup>82</sup> As autoras informam que os valores apresentados são aproximados, tendo em vista que não foi possível ter acesso aos valores de todas as operações transnacionais notificadas ao CADE, pois alguns valores estavam tarjados como de acesso restritos às partes e ao CADE.



Ademais, importante mencionar que a maior parte das operações transnacionais julgadas pelo CADE também foram objeto de análise pelo *Department of Justice* (“DoJ”) e pela Comissão Europeia, o que talvez permita concluir que grande parte dos investimentos estrangeiros no Brasil advém de empresas com sede e filiais nos Estados Unidos e Europa. Portanto, cabe a autoridade antitruste brasileira ficar atenta às decisões e às conduções das análises feitas por essas duas agências antitruste, para que se evite tomada de decisões contraditórias.

Além do mais, frisa-se que a maior parte das operações transnacionais julgadas pelo CADE foram analisadas pelo rito sumário, tendo em vista que não geraram concentrações superiores a 20% e variação de HHI superior a 200 pontos e/ou integração vertical superior a 30%. Dentre as operações transnacionais analisadas pelo Rito Ordinário, foram aplicados remédios concorrenciais apenas em 3 (três), 2 (dois), 2 (dois) operações nos anos de 2017, 2018 e 2019 respectivamente, conforme análise da planilha abaixo:

<b>Análise das operações transnacionais pelo CADE</b>			
<b>Ano</b>	<b>Operações analisadas pelo Rito Sumário</b>	<b>Operações analisadas pelo Rito Ordinário</b>	<b>Operações que foram aprovadas com restrições</b>
<b>2019</b>	77	16	2
<b>2018</b>	95	18	2
<b>2017</b>	80	26	3

Fonte: pesquisa realizada pelas autoras com base nas informações disponibilizadas no site do CADE

Tendo em vista os números apresentados acima, tem-se que as operações transnacionais representaram 60%, 33,3% e 40% dos atos de concentração aprovados com restrições pelo CADE nos anos de 2017<sup>83</sup>, 2018<sup>84</sup> e 2019<sup>85</sup> respectivamente. Assim, considerando que os casos

---

<sup>83</sup> Em 2017, o CADE aprovou com restrições 05 (cinco) atos de concentração. Segundo as informações disponibilizadas no CADE em números.

<sup>84</sup> Em 2018, o CADE aprovou com restrições 06 (seis) atos de concentração. Segundo informações disponibilizadas pelo CADE em números.

<sup>85</sup> Em 2019, o CADE aprovou com restrições 05 (cinco) atos de concentração. Segundo informações disponibilizadas pelo CADE em números.

transnacionais representaram uma parcela significativa dos casos aprovados condicionados à aplicação de remédios nos últimos três anos, confirma-se a necessidade de a autoridade antitruste brasileira se atentar aos pacotes de remédios que vêm sendo aplicados em outras jurisdições para que haja uma cooperação e coordenação entre as agências antitruste mundiais.

Dessa maneira, será apresentado no capítulo abaixo casos em que houve cooperação entre o CADE e as demais autoridades antitruste, na análise e no julgamento de atos de concentrações envolvendo grandes operações com efeitos mundiais, nos últimos 3 (três) anos.

### **3. Remédios aplicados pelo CADE e por outras autoridades antitruste em operações complexas transnacionais**

Segundo o Guia de Remédios Antitruste do CADE<sup>86</sup>, “*os atos de concentração realizados no exterior com efeitos no Brasil ou atos de concentração realizados no Brasil com efeitos em outras jurisdições mantêm sua análise e decisão de forma independente entre jurisdições*”. Para esses casos, o CADE pontua que a cooperação entre as autoridades antitruste mundiais é recomendável para o desempenho, implementação e monitoramento de eventuais remédios.

Certamente, a cooperação entre as autoridades diminui os riscos de aplicação de remédios contraditórios e inconsistentes, bem como preserva a autonomia de cada país envolvido na operação. Para tanto, cabem às partes envolvidas permitirem, por meio de um Termo de Renúncia à Confidencialidade (*Waiver of Confidentiality*), que haja troca de informações sobre as condições da operação, durante as negociações dos remédios, bem como após as suas implementações.

Além disso, o Guia de Remédios do CADE menciona que, nos casos de remédios coordenados, é recomendável a utilização do mesmo *trustee*<sup>87</sup> de outras jurisdições para que a implementação e

---

<sup>86</sup>Guia de Remédios Antitruste: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/copy\\_of\\_GuiaRemdios.pdf/view](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view). Publicado em outubro de 2018.

<sup>87</sup> O *Trustee* é o agente contratado pelas partes envolvidas na operação para implementar e monitorar o remédio imposto pelo CADE. Os *Trustees* respondem diretamente ao CADE, em mandatos claramente especificados pelo ACC (“Acordo em Controle de Concentrações”) ou por decisão do Tribunal.

monitoramento dos remédios sejam mais eficientes. Nesses casos, os remédios aplicados pelo CADE podem ser ou não os mesmos já adotados pelas autoridades dos demais países.

Nesse ponto, cabe mencionar o relatório denominado “*Remédios antitruste no Cade: uma análise da jurisprudência*” <sup>[1]</sup> elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE (“DEE”), publicado em maio de 2020. O Estudo tem como objetivo analisar os remédios impostos em casos anteriores, de 2014 a 2019, à luz do Guia de Remédios do CADE. Dentre os pontos abordados, o DEE realizou uma breve comparação entre a doutrina e os guias internacionais com o Guia de Remédios do CADE, com o objetivo de analisar a aplicabilidade dos princípios (i.e. proporcionalidade, tempestividade, factibilidade e verificabilidade) e diretrizes concorrenciais pelo Brasil e demais jurisdições. Esse novo estudo demonstra a preocupação da autoridade antitruste de alinhar seus posicionamentos àqueles aplicados pelas demais agências antitruste ao redor do mundo, no que tange as operações transnacionais.

Dessa maneira, para exemplificar os casos em que houve cooperação ou algum nível de interação entre o CADE e as autoridades antitruste das demais jurisdições, apresenta-se abaixo casos de operações transnacionais em que houve aplicações de remédios no Brasil e em outros países.

### 3.1 Caso *GlaxoSmithKline PLC. e Pfizer Inc. (2019)*<sup>88</sup>

A operação mais recente transnacional analisada pelo CADE, em 2019, foi a aquisição, pela GlaxoSmithKline PLC (“GSK”), do controle unitário sobre a divisão de produtos de consumo para cuidados com a saúde da Pfizer Inc. (“Pfizer”), com vistas à criação de uma *joint venture* nesse segmento de produtos. Após a operação, a Pfizer contou com uma participação acionária minoritária de 32% e a GSK, com participação majoritária de 68%.

Segundo análise conduzida pelo CADE, dos 5 (cinco) mercados afetados pela operação, somente o mercado de antiácidos simples (ATC4 A2A1) suscitou preocupações concorrenciais, por resultar em uma participação conjunta das partes de até 60%. Além da elevada

---

<sup>88</sup> Ato de concentração nº 08700.001206/2019-90. Requerentes: GlaxoSmithKline PLC e Pfizer Inc. Aprovado com restrições pelo Tribunal do CADE durante a 144ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada no dia 11 de junho de 2019.

concentração de mercado gerada pela operação, constatou-se que o mercado afetado é majoritariamente ocupado por 3 (três) grandes empresas: GSK, Hypermarcas e Pfizer, o que tiraria a capacidade de contestação das empresas franjas no mercado.

Por conta dos possíveis danos concorrenciais decorrentes da operação, o Tribunal do CADE, em junho de 2019, homologou um ACC prevendo remédios estruturais e comportamentais no mercado afetado, os quais se resumem em: (i) desinvestimento do negócio da Magnésia Bisurada da Pfizer no Brasil e de ativos correlatos; (ii) disponibilização, pela Pfizer, de funcionários relevantes das empresas para entrevistas com a compradora sobre o negócio desinvestido até o fechamento do negócio, ficando a GSK e a Pfizer proibidas de qualquer interferência; (iii) preservação de viabilidade, comercialização e competitividade do negócio desinvestido; (iv) garantia da separação do negócio desinvestido (*Hold-Separate*), do *Ring-Fencing* e da confidencialidade e (v) nomeação de um mandatário de desinvestimento para realizar funções específicas durante o período de desinvestimento.

Por se tratar de uma operação com efeitos internacionais, o caso também foi analisado pela Comissão Europeia e pelas autoridades antitruste da África do Sul, da Nova Zelândia e da Austrália<sup>89</sup>.

Na Europa, as partes se obrigaram a desinvestir o negócio global de dor tópica da Pfizer e outros ativos administrados pela marca ThermaCare, bem como se comprometeram a não interferirem e a preservarem a viabilização, comercialização e a competitividade do negócio, por meio da garantia do *Hold-Separate*, *Ring-Fencing* e confidencialidade.

Diante das semelhanças dos remédios aplicados pelo CADE e a Comissão Europeia, nota-se que pode ter ocorrido uma coordenação entre as autoridades no momento de estabelecer os acordos com as empresas. No entanto, não foi possível identificar com base nos documentos e informações públicas disponíveis nos autos como se deu a interação entre as autoridades.

A autoridade antitruste alemã seguiu os mesmos termos da decisão da Comissão Europeia, estando também alinhada com a atuação do CADE. A agência antitruste da África do Sul, por sua vez, aprovou a operação condicionada ao cumprimento da obrigação de as partes continuarem utilizando a Spechphatm Holdings - uma empresa sul-

---

<sup>89</sup> De acordo com o que encontramos em fontes publicamente disponíveis. Há chance de a operação ter sido notificada em mais jurisdições.

africana que fornece serviços de manufatura e empacotamento, pelo período de três anos. Por fim, a operação foi aprovada sem restrições pelas agências reguladoras neozelandesas e australianas, pois entenderam que a operação não resultaria em riscos concorrenciais.

### *3.2 Caso Walt Disney Company e Twenty-First Century Fox, Inc. (2019)<sup>90</sup>*

Ainda em 2019, o Tribunal do CADE teve a oportunidade de analisar a operação referente à aquisição, pela The Walt Disney Company (“Walt Disney”), da Twenty-First Century Fox – incluindo a Twentieth Century Fox Film, os estúdios de televisão, os negócios de TV por assinatura e os negócios internacionais de televisão (“Fox”), a qual foi aprovada com restrições pelo Tribunal e que acabou sendo reaberta para análise em razão da ausência de um comprador para o negócio desinvestido, conforme melhor detalhado a seguir. A operação gerou repercussão antitruste no cenário mundial, tendo sido notificada em 24 jurisdições<sup>91</sup>.

No Brasil, a operação resultou em sobreposições horizontais em 7 (sete) mercados. Contudo, apenas em 1 (um) suscitou preocupações concorrenciais: no mercado de canais esportivos básicos em TV por assinatura.

O CADE entendeu que a operação acarretaria em (i) um aumento significativo na concentração do mercado de canais esportivos básicos em TV por assinatura; (ii) uma grande probabilidade de exercício de poder de mercado pela Walt Disney; e (iii) uma diminuição do bem-estar do consumidor, por meio da redução da qualidade e diversidade do conteúdo esportivo disponível e do aumento de custos, especialmente para as pequenas operadoras de TV por assinatura.

---

<sup>90</sup> Ato de concentração nº 08700.004494/2018-53. Requerentes: The Walt Disney Company, Twenty-First Century Fox, Inc. Aprovado com restrições pelo Tribunal do CADE durante a 138ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada no dia 27 de fevereiro de 2019. Aprovação de Acordo em Controle de Concentrações revisado pelo Tribunal do CADE durante a 158ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada no dia 06 de maio de 2020.

<sup>91</sup> EUA, Canadá, China, Sérvia, Coreia do Sul, Austrália, Costa Rica, Índia, Equador, União Europeia, Argentina, Chile, Colômbia, Honduras, Israel, Japão, Jersey, México, Filipinas, Rússia, África do Sul, Taiwan, Turquia e Ucrânia.

Dessa forma, considerando que a operação causaria danos à concorrência nos termos apresentados, o CADE condicionou a sua aprovação à aplicação de alguns remédios estabelecidos no Acordo de Controle de Concentrações (“ACC”) celebrado em 27 de fevereiro de 2019. Em síntese, por meio do acordo, as partes se comprometeram a desinvestir o conjunto de ativos necessários à operação da Fox Sports no mercado de produção e licenciamento de canais lineares básicos de esporte para TV por assinatura no Brasil. O pacote de ativos definidos abrangeu a totalidade dos bens tangíveis e intangíveis, bem como os direitos e as obrigações titularizados pela Fox Sports Brasil. O ACC também estipulou às partes obrigações de manter o negócio desinvestido separado e de preservar a sua viabilidade, comercialidade e competitividade.

Além disso, o ACC previa que a decisão de aprovação do ato de concentração poderia ser revisada, caso o compromisso de desinvestimento não fosse alcançado, o que acabou ocorrendo. Como o desinvestimento acordado não foi consumado por conta da ausência de compradores, os autos foram remetidos aos Tribunal do CADE para revisão da operação. Em maio de 2020, foi reconhecido o descumprimento do remédio estrutural imposto pelo CADE, diante da ausência de comprador do negócio a ser desinvestido, que atendessem as condições impostas no ACC.<sup>92</sup>

Assim, o Tribunal reviu o acordo celebrado e impôs um novo ACC com aplicação de remédios comportamentais. A Walt Disney, então, comprometeu-se a manter a distribuição, por 3 (três) anos ou até quando o contrato se encerrar, dos eventos esportivos cujos direitos de transmissão sejam detidos por ela ou pela Fox, assegurar que a Fox Sport continuará atrativa para clientes e que sua marca de canais esportivos continuará operando como fazia no cenário pré-operação.

Tendo em vista se tratar de uma operação com efeitos em diversos países, as agências reguladoras do México, dos Estados Unidos e da União Europeia impuseram, respectivamente, os seguintes remédios estruturais de desinvestimentos: (i) dos negócios da Fox Sports no México; (ii) da Fox RSN, 22 (vinte e duas) redes regionais de canais esportivos da Fox

---

<sup>92</sup> Nos autos do respectivo ato de concentração consta que no acompanhamento da execução do ACC, a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (PROCADE) concluiu que alguns dos interessados no desinvestimento condicionaram a proposta à certas condições que não estavam previstas no acordo celebrado entre as partes e o CADE. Dessa forma, o CADE não aprovou a execução da compra dos ativos.

nos Estados Unidos e (iii) dos canais detidos pela A&E Television Networks, LLC, na qual a Walt Disney possui interesse, na Comunidade Europeia.

Por outro lado, as agências do Chile e do Equador concentraram os remédios em medidas comportamentais, como a obrigação de não-discriminação, proibição de transferência de conteúdo esportivo oferecido pelas partes, proibição de agrupamento de canais, entre outros.

A operação foi aprovada sem restrições nas seguintes jurisdições: China, Coreia do Sul, Canadá, Colômbia, Índia, Honduras, Sérvia e Japão.

Nota-se, portanto, que a operação em questão foi bastante complexa e, justamente pela estrutura de seu mercado, produziu efeitos em diversas jurisdições, resultando em uma análise multijurisdicional. Conforme indicado pelo próprio Tribunal do CADE durante o julgamento do ato de concentração, a análise contou com a colaboração entre autoridades antitruste de diversas partes do mundo, como o DoJ. Especificamente na América Latina., ainda que os remédios tenham sido diversos, percebe-se uma solução coordenada em diversos pontos, fruto principalmente do estreito diálogo entre as agências do Brasil (CADE), a *Fiscalía Nacional Económica* do Chile, e o *Federal Telecommunications Institute* (IFT) e a *Comisión Federal de Competencia Económica* (COFECE), ambos do México<sup>93</sup>.

Nesse sentido, é interessante ressaltar que o próprio ex-Conselheiro Paulo Burnier, em seu voto-vogal, destacou a importância da cooperação entre as agências antitruste para o respectivo caso:

*O diálogo entre as autoridades de defesa da concorrência em casos como esse tem se mostrado fundamental, em especial quando consideradas as possíveis consequências para os remédios adotados por cada país. Trata-se de mecanismo que permite uma maior qualidade nas análises empreendidas, efetividade de eventuais remédios, além da redução das chances de decisões contraditórias ou inconsistentes”. (Voto Vogal Conselheiro Paulo Burnier)*

---

<sup>93</sup> “A operação Disney/Fox foi notificada em 25 jurisdições e culminou com a colaboração entre autoridades antitruste de diversas partes do mundo. Na América Latina, houve cooperação internacional com agências do México e do Chile.”. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-aprova-com-restricoes-compra-da-fox-pela-disney>

### 3.3 Caso Praxair, Inc. (White Martins) e Linde Aktiengesellschaft (2018)<sup>94</sup>

Cabe mencionar também que, em junho de 2018, o CADE analisou o ato de concentração envolvendo a fusão da Praxair, Inc. (White Martins) com a Linde AG, no mercado de gases industriais, especiais e medicinais. Além do Brasil, a operação foi notificada em mais de 20 jurisdições<sup>95</sup>.

Em sua análise, o CADE identificou certas preocupações concorrenciais, principalmente relacionadas ao mercado brasileiro de gases industriais, tendo em vista se tratar de um mercado altamente concentrado, sendo as partes envolvidas na operação (principalmente a Praxair) os principais players do mercado. Além do mercado de gases industriais, a operação também resultava em sobreposições horizontais em 8 (oito) mercados relevantes, e em 2 (duas) integrações verticais, sendo que as participações conjuntas das partes superaram 20% em todos os segmentos de mercado relevante identificados.

Como forma de manter uma concorrência efetiva no mercado e mitigar as preocupações concorrenciais identificadas, o CADE e as requerentes assinaram um ACC, em junho de 2018, cujo foco centra-se em remédios estruturais. Deste modo, as requerentes se comprometeram a desinvestir um conjunto de ativos tangíveis e intangíveis da Linde no Brasil (que foram mantidos confidenciais). A abrangência dos ativos com desinvestimento decretado foi definida de modo a eliminar as altas concentrações percebidas nos mercados e a garantir que o comprador desses ativos tivesse capacidade de operá-los plenamente, tornando-se um efetivo concorrente das empresas.

Além disso, para garantir a efetividade das medidas de desinvestimento, foi definida necessidade de: (i) nomeação de um *Trustee* de monitoramento e desinvestimento; e (ii) imposição de remédios comportamentais, como obrigações de *hold-separate*, *ring-fencing* e confidencialidade, de modo a separar os ativos desinvestidos daqueles a serem retidos pelas partes. Por fim, também foi imposta a obrigação de

---

<sup>94</sup> Ato de concentração nº 08700.007777/2017-76. Requerentes: Praxair, Inc. e Linde AG. Aprovado com restrições pelo Tribunal do CADE durante a 125ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada no dia 13 de junho de 2018.

<sup>95</sup> A operação foi notificada nas seguintes jurisdições: Estados Unidos da América, União Europeia, Coreia do Sul, Canadá, China, Chile, México, Paquistão, Paraguai, Turquia, Rússia, Equador, Quênia, Ucrânia, África do Sul, Índia, Taiwan, Colômbia, Argentina e Uruguai.



não-discriminação no fornecimento de carbeto de cálcio, uma vez que este gás é produzido exclusivamente pela Praxair no Brasil.

Algumas jurisdições, como México e Rússia, aprovaram a operação sem restrições. No entanto, as demais jurisdições impuseram remédios estruturais como condição para a aprovação da operação, com foco no desinvestimento de ativos<sup>96</sup>.

A cooperação entre as autoridades antitruste de diversas jurisdições foi fundamental para o desfecho da análise do caso. A Comissão Europeia, por exemplo, indicou que cooperou com diversas autoridades na análise do caso, em especial com a *Federal Trade Commission* (“FTC”) dos Estados Unidos, e a autoridade antitruste canadense (“*Competition Bureau*”)<sup>97</sup>. Ao mesmo tempo, a autoridade chilena, (*Fiscalía Nacional Económica*), declarou que geralmente analisa os remédios aplicados em outras jurisdições, em caso de operações transnacionais, com o objetivo de verificar se os remédios aplicados pelas autoridades foram suficientes para lidar com as preocupações concorrenciais específicas do Chile, sendo que no caso da fusão da Linde com a Praxair foi necessária a imposição de remédios adicionais relacionados à importação de gases no país.

Por fim, ressalta-se que o CADE desempenhou um papel bastante importante no tocante à cooperação com as autoridades internacionais no referido caso. A autoridade antitruste brasileira foi uma das primeiras a firmar uma decisão sobre a operação, antecedendo, inclusive, a Comissão Europeia, a China, os Estados Unidos e o Chile<sup>98</sup>. O relator do caso, o Conselheiro Maurício Bandeira Oscar Maia, disse ao site de notícias Mlex<sup>99</sup> que manteve contato próximo com autoridades concorrenciais dos Estados Unidos e do Chile para compartilhar informações do caso, mesmo indicando que entendia que algumas das preocupações da operação no

---

<sup>96</sup> Foram impostos remédios estruturais de desinvestimentos pelas seguintes jurisdições: Estados Unidos, União Europeia, Coreia do Sul, Chile e Índia.

<sup>97</sup> *Mergers: Commission clears merger between Praxair and Linde, subject to conditions*. Comissão Europeia, 20/08/2018. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_18\\_5083](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_5083). Acesso em: 28/05/2020.

<sup>98</sup> A decisão do CADE foi publicada em 13/06/2018, enquanto na Europa, China, Estados Unidos e Chile, as decisões foram publicadas em 20/08/2018, 30/09/2018, 22/10/2018 e 23/10/2018, respectivamente.

<sup>99</sup> *Linde-Praxair merger cleared in Brazil with conditions*. Disponível em: <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=997129&siteid=203&rdir=1>

Brasil eram particulares ao mercado nacional. O Conselheiro também relatou que a autoridade norte-americana solicitou que ele se mantivesse disponível para discutir o caso, até mesmo depois do término da análise no Brasil.

Dessa forma, em linha com o que tem sido a prática do CADE, as autoridades brasileiras conduziram a análise da operação de forma coordenada com outras autoridades do mundo, o que certamente garantiu a consistência e a eficácia dos remédios impostos pela autarquia.

### *3.4 Caso Bayer e Monsanto (2018)<sup>100</sup>*

Outro caso envolvendo análise de operações transnacionais pelo CADE foi a aquisição do controle unitário da Monsanto pela Bayer, a qual foi aprovada pelo CADE em fevereiro de 2018. Em princípio, a Superintendência Geral do CADE identificou problemas concorrenciais relacionados a sobreposições horizontais e a reforço de integrações verticais nos mercados de sementes de soja e de algodão transgênicos. Além do mais, o teste de mercado apontou problemas relacionados a efeitos conglomerados decorrentes da operação em mercados correlatos. Além do Brasil, a operação foi notificada em outras 29 jurisdições<sup>101</sup>.

Dessa maneira, a operação foi aprovada condicionada à assinatura de um ACC proposto pelas partes. O principal remédio, de caráter estrutural, consistiu no desinvestimento de todos os ativos detidos pela Bayer na época da operação relacionados aos negócios de sementes de soja e de algodão, bem como ao negócio de herbicidas não seletivos à base de glufosinato de amônio. Além dos remédios estruturais, as partes também propuseram compromissos comportamentais relacionadas à transparência das políticas comerciais, à proibição de imposição de exclusividade nos

---

<sup>100</sup> Ato de concentração nº 08700.001097/2017-49. Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company. Aprovado com restrições pelo Tribunal do CADE durante a 117ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada no dia 7 de fevereiro de 2018.

<sup>101</sup> De acordo com o que encontramos em fontes publicamente disponíveis, a operação foi notificada nas seguintes jurisdições: Estados Unidos, União Europeia, China e Austrália. No entanto, ressalta-se que houve notificação em mais jurisdições, uma vez que as partes indicaram que a operação seria notificada em 29 jurisdições, apesar de manterem como confidencial a informação de quais seriam estas jurisdições.

canais de venda, à proibição de imposição de venda casada e de *bundling* (empacotamento), e ao licenciamento amplo e não discriminatório de seus produtos. O monitoramento dos compromissos firmados no ACC foi realizado com o apoio de um *trustee*.

Verifica-se dos remédios aplicados e da condução da análise do caso que houve uma intensa cooperação internacional entre o CADE e as autoridades de outros países, como da África do Sul, da Índia e da Rússia, além de outras agências mais tradicionais com as quais o CADE mantém um contato mais intenso, como a Comissão Europeia e as autoridades dos EUA<sup>102</sup>.

No voto vogal, o ex-Conselheiro Paulo Burnier sinalizou o papel fundamental da cooperação entre autoridades internacionais, por meio da seguinte observação: “*a cooperação internacional é, assim, um mecanismo-chave para a produção de remédios eficientes (custo), eficazes (resultado) e efetivos (impacto) no controle de fusões internacionais*”<sup>103</sup>.

### 3.5 Caso AT&T Inc. e Time Warner Inc. (2017)<sup>104</sup>

Outra operação transnacional importante de ser mencionada diz respeito à aquisição, pela AT&T Inc. ("AT&T"), do controle unitário da Time Warner Inc. ("Time Warner"), envolvendo, pelo valor de US\$ 85,4 bilhões, a integração da totalidade das atividades do segmento de TV por assinatura. Esta operação foi aprovada com restrições pelo Tribunal do CADE em 18 de outubro de 2017. Além do Brasil, a operação também foi notificada em mais 18 (dezoito) jurisdições<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Embora tenha ocorrido uma grande cooperação e entendimento comum entre o CADE e as demais autoridades antitruste internacionais, verifica-se que o Conselheiro João Paulo Resende e a Conselheira Cristiane Alkimin votaram pela reprovação da operação, sendo vencidos pela maioria do Tribunal do CADE.

<sup>103</sup> Ato de concentração nº 08700.001097/2017-49. Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company. Voto proferido pelo ex-Conselheiro Paulo Burnier durante a 117ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada no dia 7 de fevereiro de 2018.

<sup>104</sup> Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc. Aprovado com restrições pelo Tribunal do CADE durante a 113ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada no dia 18 de outubro de 2017.

<sup>105</sup> A operação foi notificada nas seguintes jurisdições: Chile, México, Colômbia, Equador, Austrália, Canadá, China, União Europeia, Índia, Japão, Macedônia,

Em suma, a operação resultou em uma relação vertical entre as atividades de licenciamento de canais para operadoras de TV por assinatura do Grupo Time Warner (programadora) e os serviços de TV por assinatura via satélite prestados pela Sky, empresa do Grupo AT&T (operadora). Tal integração vertical potencialmente resultaria no alinhamento dos interesses entre as empresas – ambas com relevante poder de mercado – o que criaria incentivos para fechamento de mercado à jusante e à montante, bem como geraria efetivas formas de discriminação de agentes. Essa estrutura, ainda, permitiria o acesso às informações concorrencialmente sensíveis e às condições de negociação mais vantajosas entre as empresas.

Nesse sentido, concluindo que a aprovação da operação sem restrições teria elevado potencial de resultar em efeitos anticompetitivos no segmento de TV por assinatura no Brasil, o CADE decidiu pela imposição de remédios comportamentais, estabelecidos no ACC assinado em 23 de outubro de 2017. As partes, portanto, comprometeram-se a (i) manter a independência estrutural entre a Sky e as programadoras da Time Warner, estando vedada a troca de informações concorrencialmente sensíveis ou que possam implicar na discriminação entre agentes; (ii) formalizar todos os acordos de licenciamento de Canais de Programação das programadoras da Time Warner e da Sky Brasil; (iii) permitir a adoção do mecanismo de arbitragem em questões comerciais de contratação de serviços por qualquer programadora ou operadora não afiliada à AT&T ou à Sky; e (iv) nomear um consultor independente para o monitoramento do cumprimento das obrigações. Tais remédios teriam o condão de inviabilizar o alinhamento de comportamentos no mercado e a adoção de condutas discriminatórias.

Como mencionado acima, a operação foi notificada em outras 18 (dezoito) jurisdições, mas apenas em outras 2 (duas) houve a imposição de remédios: Chile e México.

No Chile, entre os compromissos firmados pelas partes e a *Fiscalía Nacional Económica*, para mitigar as eventuais preocupações concorrenciais decorrentes da operação, destacam-se: (i) a inserção de uma cláusula de confidencialidade que evite a transferência de informações obtidas durante negociações de acordos de licenciamento entre o Grupo AT&AT, as programadoras da Time Warner e qualquer empregado da DIRECTV Chile ou da DIRECTV LA; (ii) obrigações de não

---

Paquistão, Filipinas, Rússia, África do Sul, Coreia do Sul, Turquia e Estados Unidos.

discriminação de clientes; (iii) proibição do grupo AT&T de negociar com a HBO LAG acordos de licenciamentos de canais de programação da Time Warner e de canais de programação licenciados ou distribuídos pela HBO LAG; e (iv) a submissão à Arbitragem de eventuais conflitos relacionados a acordos de licenciamento de canais da Time Warner, entre o grupo AT&T e agentes econômicos não integrados.

Já o *Instituto Federal de Telecomunicaciones* (“IFT”), autoridade regulatória de Telecomunicações no México, aprovou a operação mediante as seguintes condições: (i) separação estrutural da administração da AT&T/TW com a administração da SKY México e da HBO LAG, evitando o contato entre qualquer membro do conselho administrativo e eventual troca de informações sensíveis entre as empresas; (ii) proibição de qualquer empregado do Grupo AT&T ou membro do conselho de administração da SKY México de fazer parte do conselho de administração da HBO LAG; (iii) não compartilhamento de informação confidencial da HBO LAG à SKY México; (iv) obrigações de não discriminação de outras operadoras de telecomunicações; e (v) elaboração de relatórios para IFT sobre os termos e condições dos contratos celebrados entre o Grupo AT&T e as demais operadoras de Telecomunicações, bem como os contratos firmados com a SKY México.

Importante notar que as decisões proferidas no Chile e no México foram levadas em consideração pelo CADE, servindo como base para a formulação da proposta de ACC, uma vez que os cenários concorrenciais em muito se assemelhavam. De acordo com o voto da ex-Conselheira Cristiane Alkmin:

*Os remédios impostos no Chile e no México, por causa da verticalização, adaptados ao mercado brasileiro, podem ser divididos em 4 grupos: (1) na não discriminação do licenciamento de canais da TW para as demais operadoras (que não a Sky) e no oposto, na não discriminação na compra de canais das demais programadoras (que não a TW) pela Sky; (2) na garantia da separação estrutural e na gestão entre os dois negócios (Sky e TW); (3) na resolução de litígios por meio de um árbitro (câmara de arbitragem) e (4) na não discriminação da JV HBO LAG em relação aos concorrentes das Requerentes e na não interferência da JV HBO LAG no management das empresas Sky e TW, sob qualquer aspecto.*

Por fim, vale ressaltar que a análise concorrencial da operação se tornou um caso bastante polêmico e emblemático nos Estados Unidos. O DoJ tentou, desde o início da análise, barrar a operação ou, pelo menos, conseguir a aprovação com condições de desinvestimento, porém, ao final, a operação foi aprovada sem aplicações de remédios, apenas com uma "promessa" de adoção de procedimentos de arbitragem pelas partes. Não obstante, sustentando o entendimento de que a aquisição traria danos ao ambiente competitivo, após o fechamento da operação, o DoJ avocou a decisão e a *U.S. Court of Appeals*, por sua vez, manteve a aprovação da operação.

### 3.6 Caso Dow Chemical e DuPont de Nemours (2017)<sup>106</sup>

Em 17 de maio de 2017, o Tribunal do CADE aprovou sem restrições a fusão mundial entre as empresas Dow Chemical e DuPont de Nemours<sup>107</sup>. Além do Brasil, a operação também foi notificada em outros 24 (vinte quatro) países<sup>108</sup>.

Segundo o conselheiro relator do caso, Paulo Burnier, a operação resultava em elevadas concentrações em mercados relacionados à ciência material. Dessa maneira, as partes negociaram um pacote de remédios com a Superintendência-Geral, que resultou em um ACC, homologado pelo Tribunal da autarquia.

Por se tratar de uma operação totalmente estrangeira do ponto de vista societário, a maior parte dos remédios aplicados foram coordenados com outras jurisdições. Portanto, o relator do caso afirmou que o referido

---

<sup>106</sup> Ato de concentração nº 08700.005937/2016-61. Requerentes: The Dow Chemical Company, E.I Du Pont de Nemours and Company. Aprovado com restrições pelo Tribunal do CADE durante a 105ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada no dia 17 de maio de 2017.

<sup>107</sup> A Dow atua nos segmentos de plásticos e químicos de desempenho, ciências agrícolas e produtos e serviços de energia e hidrocarbonetos. A DuPont opera com uma variedade de produtos químicos, polímeros, produtos agroquímicos, sementes, ingredientes alimentícios e outros materiais.

<sup>108</sup> Argentina, Austrália, Canadá, Chile, China, Colômbia, Mercado Comum da África Oriental e Austral – COMESA, Egito, União Europeia, Índia, Indonésia, Japão, Quênia, México, Nova Zelândia, Filipinas, Rússia, Sérvia, África do Sul, Coreia do Sul, Taiwan, Turquia, EUA e Ucrânia. Apenas as autoridades concorrências americanas, brasileiras e chinesa exigem autorização previa para que haja o fechamento da operação.

caso reflete o amadurecimento do CADE frente as operações transnacionais, conforme abaixo:

*[...] reflete o amadurecimento institucional do CADE na coordenação de fusões transnacionais, com a identificação de problemas concorrenciais comuns a outras jurisdições, mas também locais e particulares ao Brasil. Foi possível desenhar um remédio coordenado com o resto do mundo no tocante aos problemas comuns e outros específicos à realidade do mercado brasileiro<sup>109</sup>.*

Os remédios aplicados foram segmentados de acordo com os mercados afetados pela operação, assim, determinou-se as seguintes subcategorias de remédios estruturais: (i) desinvestimento em licença exclusiva, (ii) negócio autônomo viável e (iii) *carving-out*. Nesse caso, cada subcategoria foi contabilizada apenas uma vez para este AC, apesar de estar previsto mais de um “negócio autônomo viável” e mais de um “desinvestimento em licença exclusiva”.

Em relação ao mercado de ciências materiais, as empresas desinvestiram o negócio global de copolímeros de ácido da Dow (que consiste em um conjunto relevante de ativos tangíveis e intangíveis, e em quadro de funcionários necessários para assegurar a viabilidade e a competitividade do negócio) e as atividades da Dow em ionômeros, de forma a desfazer a sobreposição entre as atividades das empresas nesses mercados específicos.

Com relação ao mercado de defensivos agrícolas, as empresas desinvestiram um pacote de ativos que envolvem herbicidas e inseticidas pertencentes à DuPont. Entre outras medidas, o pacote inclui transferência e/ou licença de certos produtos, registros de produtos, dados de registro, propriedade intelectual (incluindo marcas registradas, patentes e *know-how*), pessoal, registros de clientes, acordos com terceiros, instalações de produção e seus respectivos empregados.

Já para o mercado de sementes, o ACC estabeleceu o desinvestimento de determinados ativos relacionados ao negócio de sementes de milho da Dow no território brasileiro, dentre os quais destacam-se a transferência da cópia do banco de germoplasma da DAS

---

<sup>109</sup>Fusão entre Dow e Dupont é aprovada com restrições. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/fusao-entre-dow-e-dupont-e-aprovada-com-restricoes>. Acesso em maio de 2020.

Sementes, a transferência de parte dos híbridos em Pipeline e híbridos comerciais da Dow no Brasil, e a transferência de plantas produtivas, centros de pesquisa, marcas, equipe e força de vendas. Além dos remédios expostos, o acordo com a autoridade antitruste estabeleceu os requisitos necessários para os possíveis compradores, com a finalidade de definir um perfil de agente econômico capaz de rivalizar de forma efetiva com a nova empresa no mercado, bem como estabeleceu remédio comportamental para o licenciamento temporário da marca.

Verifica-se que em tais jurisdições, assim como no Brasil, houve a necessidade de desinvestimento de negócios de Copolímero de ácido e dos negócios de Ionômeros da Dow, além de determinados ativos e produtos formulados no negócio de herbicidas e inseticidas da Dupont, o que demonstra a cooperação e alinhamento entre as autoridades no momento de definir os remédios a serem aplicados.

A cooperação entre as agências neste caso foi fundamental para garantir um remédio que endereçasse adequadamente as preocupações identificadas em todas as jurisdições e, conforme reconhecido pelo próprio Tribunal, este caso representou uma oportunidade de amadurecimento institucional do CADE em fusões internacionais dadas as próprias características estruturais da operação, mas também do mercado em que estava inserido, o qual exerce um papel muito relevante para outras indústrias adjacentes.

### 3.7 Caso TAM Linhas Aéreas, British Airways e Ibéria Líneas Aéreas (2016) <sup>110</sup>

No âmbito do mercado de transporte aéreo de passageiros, encontra-se a operação referente ao *Joint Business Agreement* (“JBA”) celebrado entre a TAM Linhas Aéreas S.A. (“TAM”), do Grupo LATAM, e a Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal (“Iberia”) e British Airways Plc. (“British”), Grupo IAG, para o transporte aéreo de passageiros e cargas nas rotas Europa-América do Sul, analisada

---

<sup>110</sup> Ato de concentração nº 08700.004211/2016-10. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways Pico. Aprovado com restrições pelo Tribunal do CADE durante a 100ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada no dia 08 de março de 2017.



pelo Tribunal do CADE em março de 2017. A operação foi notificada ao CADE e às autoridades concorrenciais do Chile, Colômbia e Comissão Europeia.

No Brasil, a operação foi notificada em 06 de junho de 2016 e a análise conduzida pelo CADE identificou que a operação resultaria em preocupações concorrenciais especificamente na rota São Paulo – Londres com relação ao transporte aéreo de passageiros. Isso porque, no cenários pós-operação, haveria um monopólio na respectiva rota, tanto em voos diretos entre as empresas envolvidas no JBA, quanto em voos indiretos (considerado um mercado relevante diferente pelo CADE).

A análise do CADE indicou que as condições existentes na rota São Paulo – Londres relacionadas às (i) restrições regulatórias para operação da rota (apenas empresas que possuam sede em um dos dois países podem operar tal rota), (ii) barreiras à entrada decorrentes da escala mínima viável necessárias para operar um voo direto intercontinental, e ainda (iii) barreiras de ordem logística relacionados a infraestrutura dos aeroportos envolvidos (aeroportos de Guarulhos – São Paulo e London Heathrow – Londres), faziam com que as probabilidades de entrada de um novo agente nas rotas diretas São Paulo – Londres fossem muito baixas e, mesmo que ocorressem, não seriam suficientes e/ou tempestivas.

Assim, a operação foi aprovada pelo Tribunal do CADE condicionada a remédios de ordem comportamental e estrutural, a saber: (i) disponibilização, sem custo, para um potencial entrante no mercado, de *slot* no aeroporto de *London Heathrow* ou *London Gatwick*, à escolha da empresa interessada, pelo prazo de 10 anos, para uso em voos diários sem escala partindo do aeroporto de Guarulhos em São Paulo, (ii) formalização de acordo de *interline* (SPA) com potencial entrante, nas melhores condições firmadas com terceiros (exceto intra aliança), para as cidades de São Paulo e de Londres, (iii) manutenção da capacidade (oferta de assentos), enquanto apenas as Requerentes tivessem operando a rota São Paulo – Londres e (iv) criação de duas novas rotas adicionais com destino de uma cidade brasileira à Europa, uma delas partindo de cidade que não seja São Paulo ou Rio de Janeiro. Os 2 (dois) primeiros remédios buscavam mitigar as preocupações relacionadas à entrada no mercado monopolista. O terceiro remédio visava garantir que na ausência de interessados em entrar na rota, não haveria redução de capacidade. Por fim, o quarto remédio buscava garantir que parte das eficiências da operação seriam repassadas aos consumidores.

No Chile, inicialmente, a *Fiscalía Nacional Económica* (“FNE”), órgão responsável pela livre concorrência no país, decidiu pela reprovação

do JBA entre TAM, Iberia e British, por entender que a operação traria mais prejuízos do que benefícios ao ambiente concorrencial no mercado chileno, entendendo que os remédios propostos seriam insuficientes para mitigar as preocupações identificadas.

A decisão proferida pelas autoridades do Chile foi subsequente à decisão do CADE, tendo inclusive analisado a eficácia dos remédios impostos pelo Brasil e concluído que estes não seriam suficientes por entenderem que tais remédios apenas funcionariam se houvesse de fato a entrada de um novo player, o qual mesmo assim entraria no mercado já em desvantagem em razão dos programas de passageiros frequentes. Especificamente com relação à manutenção da capacidade, o relatório produzido pela FNE considerou que as partes poderiam ter incentivos para aumentar preços de forma discricionária, prejudicando os consumidores. A criação de novas rotas tampouco endereçaria as preocupações concorrenciais, pois ao beneficiar alguns passageiros acabaria por prejudicar outros, sendo, na verdade, necessário criar rotas com voos indiretos.

Assim, em maio de 2019, após mais de 2 (dois) anos de análise, a Suprema Corte do Chile reprovou o JBA entre TAM, Iberia e British.

Na Colômbia, a operação não foi submetida à análise concorrencial, porém, foi notificada, em fevereiro de 2015 à agência Aeronáutica Civil Colombiana, que não se opôs à operação.

Com relação à Comissão Europeia, desde maio de 2014, acordos envolvendo transporte aéreo entre países da Comunidade Europeia e países terceiros não são notificáveis à Comissão. Por isso, cabe às próprias empresas analisarem se a operação está de acordo com as normas concorrenciais da União Europeia e, dependendo dos resultados, ajustar o acordo de forma a mitigar efeitos anticompetitivos<sup>111</sup>.

Assim, nota-se que diferentemente de outros casos, o nível de interação entre as autoridades concorrenciais dos países notificados foi aparentemente menor. Não obstante, dado que o CADE foi o primeiro a concluir a análise da operação, sua análise foi tomada como parâmetro pelas autoridades chilenas, mesmo que para concluir que os remédios seriam insuficientes para aprovação.

Com base na breve descrição dos casos mencionados acima, é possível notar que a cooperação internacional entre agências concorrenciais ao redor do mundo mostra-se cada vez mais fundamental e

---

<sup>111</sup> As partes apresentaram informalmente a operação à Comissão Europeia, que decidiu não analisar o caso.

que sua importância é igualmente reconhecida pelas autoridades que têm se mostrado abertas a esse tipo de interação.

#### **4. Como administrar operações multijurisdicionais?**

Como mencionado no primeiro capítulo deste artigo, o número de operações multijurisdicionais cresceu 23% entre 2018 e 2019 e 5% entre 2019 e 2020. Assim, cada vez mais as autoridades têm notado a importância de uma cooperação entre as agências para otimizar suas análises e coordenar eventuais remédios que se façam necessários.

Além dos desafios enfrentados no curso normal das análises de atos de concentração, as operações multijurisdicionais tendem a ser mais complexas no sentido de que não basta apenas notificar a operação a todas as jurisdições aplicáveis, sendo necessário realizar, primeiramente, uma análise estratégica a respeito de quando notificar e em qual jurisdição notificar primeiro, observando as particularidades legais de cada país.

##### *4.1 Aspectos contratuais*

Inicialmente, é preciso observar que as operações multijurisdicionais impactam a forma como as negociações e os contratos devem ser realizados. Isso porque tais operações tendem a exigir um prazo contratual maior para sua conclusão dado o tempo demandado para a finalização de todas as análises concorrenciais por parte de todas as autoridades, implicando, assim, na necessidade de prazos maiores e mais flexíveis no período entre a assinatura e fechamento dos contratos.

Esse aspecto temporal pode, inclusive, afetar a parte financeira e negocial da operação, sendo importante que as partes estejam cientes dos custos incorridos com esses tipos de notificações e eventuais atrasos nas análises.

Além do prazo para fechamento, operações multijurisdicionais e que possuem maior nível de complexidade (como concentrações muito elevadas, mercados com barreiras muito altas e/ou com baixos níveis de rivalidade, entre outros aspectos) podem implicar em aprovações sujeitas a remédios como forma de mitigação das preocupações identificadas pelas autoridades. Para tanto, é importante que durante a negociação de contratos, as partes estejam cientes de tais riscos e dispostas a eventualmente incluir em seus contratos cláusulas de alocação de riscos

concorrenciais, como *break-up fees*<sup>112</sup>, cláusulas de *hell or high water*<sup>113</sup>, *drop dead date*<sup>114</sup>, entre outras.

Assim, frente a uma operação que envolva notificações para mais de uma autoridade, é importante saber qual é o prazo máximo de análise por cada agência antitruste, quando a operação deve ser notificada (se antes da assinatura ou depois), se a operação é de notificação obrigatória ou voluntária, dentre outras particularidades de cada legislação, para que o cronograma de fechamento da operação seja planejado da forma mais eficiente possível.

#### 4.2 Estratégias de notificação – quando e onde

Outro ponto importante para notificações em diversas jurisdições é o alinhamento de quando submeter os atos de concentração, visando criar uma harmonia de tempo de análise por todos os países envolvidos, de forma a permitir uma cooperação entre as agências com relação a preocupações comuns, trazendo resultados consistentes.

Igualmente importante é traçar a estratégia de qual país será o primeiro a ser notificado, pois isso pode auxiliar no processo de obtenção das aprovações. Uma jurisdição que se mostre mais favorável pode influenciar o resultado das demais, assim como um primeiro resultado negativo. Por exemplo, imagine uma operação global de notificação obrigatória à Comissão Europeia, Brasil, EUA, China e Argentina, envolvendo um mercado global. Após estudar as jurisdições e precedentes, as partes entendem que a aprovação na Comissão Europeia seria mais rápida, pois os precedentes estão mais consolidados. Neste caso, poderia ser mais interessante notificar a operação perante a Comissão

---

<sup>112</sup> Indenização que uma parte é obrigada a pagar caso a operação não se realize.

<sup>113</sup> Cláusula de um contrato, geralmente inserida em contrato de arrendamento, que prevê que os pagamentos devem continuar independentemente de quaisquer dificuldades que o pagador possa encontrar (geralmente em relação à operação do ativo arrendado). A cláusula normalmente faz parte de uma garantia controladora.

<sup>114</sup> É comum nos contratos de M&A estabelecer um prazo máximo para o cumprimento das condições precedentes (“*drop dead date*”). Findo este prazo limite sem que as condições tenham sido satisfeitas, haverá frustração da condição precedente e eventuais consequências contratuais.

primeiro para que sua aprovação seja obtida rapidamente, servindo como guia para o processo de análise das demais jurisdições.

É necessário conhecer os processos de notificação em todos os países envolvidos, conhecer a jurisprudência do mercado afetado bem como qual tem sido a prática de análise pela autoridade (se mais rígida ou não), além do tempo necessário para obtenção da decisão.

Também é fundamental que nesses casos as partes, advogados externos e outros assessores estejam alinhados com relação às informações que estão sendo submetidas às autoridades para que as notificações sejam consistentes e coerentes em todos os países, a fim de que as análises e conclusões traçadas pelas autoridades sejam as mais alinhadas possível, tanto em termos de mérito quanto de remédios que eventualmente sejam necessários para obtenção da aprovação. O alinhamento entre os advogados externos das jurisdições envolvidas é elemento fundamental para o sucesso na obtenção das devidas aprovações concorrenciais.

No caso de operações em que remédios são necessários, o alinhamento entre todas as jurisdições é ainda mais importante para que, se possível, o pacote de remédios que enderece as preocupações seja um só, otimizando, assim, o processo de desinvestimento em todos os países. Isso foi o que aconteceu, por exemplo, no caso Bayer/Monsanto, no qual para endereçar as preocupações levantadas pelas autoridades no Brasil, EUA e Comissão Europeia, algumas partes dos negócios foram desinvestidas para a BASF, envolvendo os negócios da Bayer de herbicidas (glufosinato de amônio), sementes vegetais e sementes em geral, além de suas linhas de pesquisa e desenvolvimento.

Ainda neste ponto, também é fundamental o papel exercido pelas partes envolvidas na operação no sentido de anteciparem eventuais preocupações concorrenciais que sejam endereçadas por remédios e apresentar às autoridades envolvidas as medidas que podem ser tomadas para atender às necessidades das diferentes jurisdições. Essa ação preventiva pode muitas vezes auxiliar autoridade em sua tomada de decisão, além agilizar o processo de análise e aprovação como um todo.

A questão da notificação de uma operação em diversas jurisdições foi alvo de debate por parte do Tribunal do CADE no âmbito

do ato concentração envolvendo as empresas International Business Machines Corporation (“IBM”) e Red Hat, Inc. (“Red Hat”)<sup>115</sup>.

Neste caso, em julho de 2019, em razão da ausência de quórum suficiente no Tribunal para a tomada de decisões ocasionado pelo término do mandato de 3 (três) Conselheiros até que novos fossem indicados e tomassem posse, as partes decidiram fechar a operação global, que já havia sido aprovada sem restrições pela Superintendência Geral do CADE, antes do decurso do prazo legal de 15 dias (quinze) permitido para o fechamento das operações, o que, conforme a Lei nº 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência Brasileira”), caracteriza a prática de fechamento prematuro de atos de concentração ou *gun jumping*. Segundo alegado pelas partes, o fechamento da operação no Brasil era necessário, pois esta já havia sido concluída em âmbito mundial e, no Brasil, as partes manteriam as estruturas separadas e atuariam como entidades independentes até que a análise pelo CADE fosse concluída, implementando um *carve-out* das operações brasileiras.

Quando da análise do Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração (“APAC”) referente à investigação de *gun jumping*, a Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira reconheceu que atos de concentração notificados em múltiplas jurisdições envolvem diversos desafios, mas foi expressa ao indicar que cabe às partes administrar e planejar todas as notificações sob à luz das legislações aplicáveis:

*(...) os efeitos da operação sobre o mercado variam de acordo com cada jurisdição e suas respectivas metodologias antitruste aplicadas, tendo cada uma delas, portanto instrução e timing próprios. Assim, é preciso respeitar a instrução de cada jurisdição, além dos prazos legais e etapas processuais dispostos em seus respectivos arcabouços legislativos. (Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração nº 08700.003660/2019-85, voto proferido pela Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira).*

Assim, nota-se que operações transnacionais, como as analisadas no presente artigo, envolvem diversos desafios no âmbito concorrencial e,

---

<sup>115</sup> Ato de Concentração nº 08700.001908/2019-73. Requerentes: International Business Machines Corporation (IBM) e Red Hat, Inc. Aprovado sem restrições pelo Tribunal do CADE em 13 de novembro de 2019.

tendo em vista o aumento dessas transações no Brasil nos últimos anos, é importante que as empresas envolvidas estejam cientes que a necessidade de análise por diversas autoridades antitruste pode interferir na construção da operação como um todo, tanto em termos de *timing* quanto de *valuation* da operação. O alinhamento e a organização da estratégia a se seguir é fundamental para a obtenção de todas as aprovações necessárias.

## 5. Conclusão

Em um mundo onde as fronteiras estão cada vez mais próximas devido aos avanços da tecnologia, identifica-se uma tendência do aumento de operações transacionais que necessitam de aprovações das agências concorrenciais ao redor do mundo. Nesse sentido, diante dos dados levantados para a elaboração do presente artigo, foi possível verificar que houve um aumento, principalmente entre 2018 e 2019, dos atos de notificação submetidos à análise do CADE envolvendo operações transnacionais.

Esse aumento, conseqüentemente, resultou na maior interação entre a autoridade antitruste brasileira e as autoridades de demais jurisdições, principalmente o DoJ e Comissão Europeia. Os casos mais complexos, analisados no capítulo 3 do presente artigo, demonstra que a autoridade brasileira está, cada vez mais, aberta ao diálogo com autoridades de outros países visando obter a melhor solução para a operação e o mercado envolvido, estando igualmente atenta aos benefícios e prejuízos que eventualmente podem ser repassados aos consumidores em decorrência de tais transações.

Dessa maneira, tem-se que o CADE vem desempenhando um papel bastante importante no sentido de cooperar com as diferentes autoridades antitruste, como forma de garantir análises e conclusões coerentes nos atos de concentrações transnacionais.

Por fim, verifica-se que as operações multijurisdicionais tendem a trazer maiores desafios para ambos os lados envolvidos no processo de obtenção das aprovações concorrenciais, seja do lado das autoridades em desenhar a melhor decisão que atenda de forma eficaz as preocupações identificadas, seja do lado das partes ao administrar o processo de submissão da operação em todas as jurisdições aplicáveis.

## 6. Referências

CARVALHO, Vinicius Marques de e SILVEIRA, Paulo Burnier da. A cooperação internacional na defesa da concorrência. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, 2013 p. 97-103.

CORDEIRO, Alexandre. O controle de atos de concentração transnacionais. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-controle-de-atos-de-concentracao-transnacionais-13032017>. Acesso em 05 de junho de 2020.

Fusões e Aquisições no Brasil - dezembro 2019. Relatório realizado pela PWC disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/assessoria-tributaria-societaria/fusoes-aquisicoes/2019/fusoes-e-aquisicoes-no-brasil-dezembro.html>

OCDE (2013). Remedies in Cross-Border Merger Cases - Authorities' Contribution for The Policy Roundtables from OECD. Disponível em: [http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies\\_Merger\\_Cases\\_2013.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies_Merger_Cases_2013.pdf). Acesso em 05 de junho de 2020.

Hopkins, H. Donald & Chaganti, Raj & Kotabe, Masaaki & Co-editors, 1999. "[Cross-border mergers and acquisitions: Global and regional perspectives](#)," [Journal of International Management](#), Elsevier, vol. 5(3), pages 207-239.

HARKRIDER, John e O'MARA, Michael. Managing Timing of Multi-Jurisdictional Review. Global Competition Review (GCR). Disponível em: <https://globalcompetitionreview.com/insight/merger-remedies-guide-second-edition/1209555/managing-timing-of-multi-jurisdictional-review>. Acesso em 05 de junho de 2020.

Remédios antitruste no Cade: uma análise da jurisprudência, elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhoRemediosantitrustenoCade\\_umaanalisedajurisprudencia\\_26.05.2020.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhoRemediosantitrustenoCade_umaanalisedajurisprudencia_26.05.2020.pdf)



**ANEXO I - Relação de atos de concentração transnacionais  
que demandaram remédios como condição para obtenção de  
aprovação concorrencial**

<b>Ato de Concentração</b>	<b>Requerentes</b>	<b>Jurisdições notificadas</b>	<b>Resumo dos remédios no Brasil</b>	<b>Requisitos</b>
08700.001206/2019-90  Julgado em 11 de junho de 2019	GlaxoSmithKlin e PLC. e Pfizer Inc	União Europeia, África do Sul, Nova Zelândia, Austrália, Alemanha <sup>1</sup>	Desinvestimento de ativos tangíveis e intangíveis relacionados ao negócio de magnésio bisurado da Pfizer.  <u>Tempo de análise:</u> cerca de 104 dias	UE/Ale com o global adminis <u>Tempo</u> dias <u>Tempo</u> de 172 d  África c continua Spechph sul-afric manufat anos.
08700.004494/2018-53  Julgado em 27/02/2019 e ACC revisto pelo Tribunal em 06 de maio de 2020	The Walt Disney Company e Twenty-First Century Fox, Inc.	EUA, Canadá, China, Sérvia, Coreia do Sul, Austrália, Costa Rica, Índia, Equador, União Europeia, Argentina, Chile, Colômbia, Honduras, Israel, Japão, Jersey, México, Filipinas, Rússia, África do Sul, Taiwan,	Desinvestimento de ativos necessários para operação da Fox Sports no Brasil no mercado de produção e licenciamento de canais lineares básicos de esporte para TV por Assinatura no Brasil. Os remédios comportamentais incluem: (i) manter a distribuição, por 3 anos, dos eventos esportivos cujos	<b>EUA:</b> desinves redes re da Fox) 147 dias  <b>UE:</b> re desinves intangív detidos Network <u>Tempo</u> c  <b>Chile:</b>

<sup>1</sup> Identificação das jurisdições conforme informações disponíveis publicamente. É possível que a operação tenha sido notificada em outras jurisdições.

		<p>Turquia, Ucrânia.</p>	<p>direitos de transmissão sejam detidos pela Disney ou pela Fox; e (ii) assegurar que a Fox Sport continuará atrativa para clientes e que sua marca de canais esportivos continuará operando nas condições que operava antes da operação.</p> <p><u>Tempo de análise:</u> cerca de 222 dias</p>	<p>como (i) de com oferecid proibição <u>Tempo de</u></p>
<p>08700.007777/2 017-76</p> <p>Julgado em 13 de junho de 2018</p>	<p>Praxair, Inc. e Linde AG</p>	<p>EUA, União Europeia, Coreia do Sul, Canadá, China, Chile, México, Paquistão, Paraguai, Turquia, Rússia, Equador, Quênia, Ucrânia, África do Sul, Índia, Taiwan, Colômbia, Argentina e Uruguai.</p>	<p>Desinvestimento de determinados ativos, os quais foram mantidos como confidenciais. Remédios comportamentais incluem: compromisso de não-discriminação no fornecimento de carbureto de cálcio, obrigações de <i>Hold-Separate</i>, <i>Ring-Fencing</i>, proibição de a empresa resultante adquirir, no todo ou em parte, quaisquer ativos que integram os negócios desinvestidos, bem como participar em novas licitações para renovação dos acordos vigentes</p>	<p><b>EUA:</b> r desinvest <u>Tempo de</u></p> <p><b>UE:</b> re desinvest contrato <u>Tempo de</u></p> <p><b>Chile:</b> desinvest filial da <u>Tempo de</u></p>

			<p>relacionados às plantas <i>onsite</i> que integram os desinvestimentos.</p> <p><u>Tempo de análise:</u> cerca de 189 dias</p>	
<p>08700.001097/2 017-49</p> <p>Julgado em 07 de fevereiro de 2018</p>	<p>Monsanto Company e Bayer Aktiengesellschaft</p>	<p>EUA, UE, China e Austrália.</p>	<p>Desinvestimento de todos os ativos detidos pela Bayer relacionados aos negócios de sementes de soja e de algodão, bem como ao negócio de herbicidas não seletivos à base de glufosinato de amônio.</p> <p>Remédios Comportamentais: (i) licenciamento amplo e não discriminatório; (ii) proibição de imposição de exclusividade no canal de venda; (iii) transparência das políticas comerciais voltadas aos canais de venda; e (iv) proibição de imposição de venda casada e de bundling.</p> <p><u>Tempo de análise:</u> cerca de 293 dias</p>	<p><b>EUA:</b> re desinves ativos c semente dólares p <u>Tempo c</u></p> <p><b>UE:</b> re desinves ativos c semente dólares p <u>Tempo c</u></p> <p><b>China:</b> desinves semente da Bay permitir desenvo software seus ap agricultu Monsanto China. <u>Tempo c</u></p>
<p>08700.001390/2 017-14</p>	<p>AT&amp;T Inc. e Time Warner Inc.</p>	<p>Chile, México, Colômbia, Equador,</p>	<p>Remédios comportamentais: (i) manutenção</p>	<p><b>EUA:</b> emblem operaçã</p>

<p>Julgado em 18 de outubro de 2017</p>		<p>Austrália, Canadá, China, União Europeia, Índia, Japão, Macedônia, Paquistão, Filipinas, Rússia, África do Sul, Coréia do Sul, Turquia e Estados Unidos.</p>	<p>independência estrutural da Sky e as programadoras da TW; (ii) compromisso de não discriminação; e (iii) adoção do procedimento de arbitragem para questões comerciais de contratação de serviços.</p>	<p>aprovaçã desinvest aprovad uma "pr arbitrag Nove m decisão, aprovou <u>Tempo c</u></p> <p><b>Chile:</b> proibiçã program ou Dire não pod LAG (E Warner, Telemur Warner anos, e isonômi paga do <u>Tempo c</u></p> <p><b>México:</b> adminis adminis HBO LA emprega membro adminis parte do da H compa confiden discrimi</p>
<p>08700.005937/2 016-61</p>	<p>The Dow Chemical Company, E.I</p>	<p>Argentina, Austrália, Canadá, Chile,</p>	<p>Desinvestimento do negócio global de copolímero de ácido</p>	<p><b>EUA/E</b> o desin copolím</p>

<p>Julgado em 17 de maio de 2017</p>	<p>Du Pont de Nemours and Company e Basf S/A Syngenta AG</p>	<p>China, Colômbia, Mercado Comum da África Oriental e Austral – COMESA, Egito, União Europeia, Índia, Indonésia, Japão, Quênia, México, Nova Zelândia, Filipinas, Rússia, Sérvia, África do Sul, Coreia do Sul, Taiwan, Turquia, EUA e Ucrânia.</p>	<p>e do negócio de ionômeros da Dow, além de determinados ativos e produtos formulados no negócio de herbicidas e inseticidas da Dupont.</p> <p><u>Tempo de análise:</u> cerca de 216 dias</p>	<p>Ionômeros determinados para formulação de inseticidas</p> <p><u>Tempo de análise:</u> cerca de 216 dias</p>
<p>08700.004211/2016-10</p> <p>Julgado em 08 de março de 2017</p>	<p>TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas e British Airways Plc.</p>	<p>Chile, Colômbia e UE.</p>	<p>Remédios comportamentais com a criação de duas novas rotas adicionais para diversificação das rotas entre Brasil e Europa.</p> <p>Remédios estruturais envolvendo (i) disponibilização de slots no aeroporto de London Heathrow ou London Gatwick, pelo prazo de 10 anos, para uso em voos diários sem escala partindo do aeroporto de Guarulhos em São Paulo; (ii)</p>	<p>N/A</p>

			formalização de acordo de <i>interline</i> (SPA) com potencial entrante, para as cidades de São Paulo e de Londres; e (iii) manutenção da capacidade (oferta de assentos).  <u>Tempo de análise:</u> cerca de 275 dias	
--	--	--	---	--

Fonte: pesquisa realizada pelas autoras com base nas informações disponibilizadas no site do CADE



### **3. THE FAILING FIRM DEFENSE IN BRAZILIAN COMPETITION MERGER REVIEW: PROVING THE MERGER IS THE BEST ALTERNATIVE TO MARKET EXIT**

#### *3. A DEFESA DA FAILING FIRM NO CONTROLE CONCORRENCIAL DE ESTRUTURAS NO BRASIL: PROVANDO QUE O ATO DE CONCENTRAÇÃO É A MELHOR ALTERNATIVA À SAÍDA DO MERCADO*

*Marjorie Gressler Afonso*

**Abstract:** This article introduces the failing firm defense in the context of competition merger control and discusses some of the advantages of its application. After providing context of how the failing firm defense originated and developed in foreign jurisdictions, it narrates the development of the failing firm defense in Brazil and provides a review of CADE's case law on the subject in order to identify what evidence CADE requires to prove a merger is the best alternative to market exit.

**Keywords:** Failing Firm Defense. Merger control. Competition. Brazilian Administrative Council for Economic Defense.

**Resumo:** Este artigo apresenta a defesa da empresa insolvente no contexto do controle concorrencial de estruturas e discute algumas das vantagens de sua aplicação. Depois de fornecer um contexto de como a defesa se originou e se desenvolveu em jurisdições estrangeiras, o artigo narra o desenvolvimento da defesa da empresa insolvente no Brasil e fornece uma revisão da jurisprudência do CADE sobre esse tema para identificar quais elementos são essenciais para demonstrar ao CADE que o ato de concentração proposto é a melhor alternativa à saída da empresa do mercado.

**Palavras-chave:** Defesa da empresa insolvente. Defesa da *failing firm*. Controle de estruturas. Concorrência. CADE.

#### **1. Introdução**

In times of economic crises, one may expect to see a rise in the number of firms in distress. After the 2008 subprime-mortgage crisis, the



number of filings for bankruptcy in the United States doubled in one year.<sup>1</sup> Following the recession faced by Brazil in 2016, the number of firms who were subject to insolvency procedures more than doubled in two years. In 2014, there were 828 insolvency requests, but that number rose to 1,287 in 2015, and 1,863 in 2016. The number of firms that were declared bankrupt also doubled. In 2014, 671 firms were declared bankrupt, while in 2016 that number was 1,516 (OLIVEIRA JR., ESTEVES, 2020). When it comes to the current Covid-19 related crisis, one can expect that the trend will remain. Although there is still no data for the current crisis, given its global scope, its effects can be expected to be even more widespread and far-reaching.

During periods of distress, firms' financial value tends to be severely reduced. This can be caused either by the direct or indirect costs they incur as a result of the distress (which affects their ability to generate returns<sup>2</sup>) or by the very factors that drove them to their state of financial distress in the first place (KANYUGI, 2015). In this context, one often sees an increase in the number of mergers following periods of economic downturn (KRISHNAMURTHY, 2009). In fact, in the midst of the Covid-19 pandemic, an EY study found that 56% of global executives would actively pursue mergers and acquisitions in the year to come (HINKS, 2020).

From the perspective of the firm in distress, a merger is one means of preservation from collapse. Acquiring firms can preserve the target's business by reorganizing its finances and ensuring the injection of much needed capital. From the position of the acquirer, distressed firms may represent an attractive investment. Studies have shown that firms that buy distressed and bankrupt companies or some of these companies' assets earn excess returns that are at least 1.6 percent higher than that earned from regular acquisitions (MEIER; SERVAES, 2014). Furthermore, these acquisitions might not only boost their market share, but also allow them to easily absorb talent and acquire valuable assets.

From an economic welfare perspective, a merger is also a desirable solution to avoid the loss that results when the failing firms exit the

---

<sup>1</sup> In January 2008, 43,828 bankruptcy requests were filed. In little over a year, this number had doubled. In March 2009 there were almost 100 thousand bankruptcy requests filed.

<sup>2</sup> A number of empirical studies have found that financial distress contributes to the negative performance of firms (KANYUGI, 2015).

market. When failing firms are acquired, not only is their going concern preserved, but there is also a greater chance that jobs are retained.

In this context of crisis, one can expect an increase in the use of the failing firm defense in mergers that are subject to the review by competition authorities.<sup>3</sup> It is thus not unsurprising that soon after the Covid-19 crisis took hold many authorities issued statements addressing how they planned to consider the failing firm defense in their merger analysis during this crisis. The United Kingdom's Competition and Markets Authority ("CMA"), for example, published guidance on its approach to the analysis of the "failing firm" claim, and stated that "the Coronavirus pandemic has not brought about any relaxation of the standards by which mergers are assessed or the CMA's investigational standards" (UNITED KINGDOM, 2020).

Brazil is among the jurisdictions expecting to see a rise in the use of the failing firm defense. In a webinar addressing the antitrust challenges of COVID-19, the General-Superintendent of the Brazilian Administrative Council for Economic Defense ("CADE") stated that despite the expected increase in the use of the failing-firm defense by companies seeking approval for their deals, the agency was not going to make changes to its approach to merger review, especially when it comes to the application of the failing firm defense (CANDIL,<sup>2020</sup>).

Given the expected increase in the use of the failing firm defense in the current economic climate, and on future crises which will inevitably come, understanding what the failing firm defense is and how authorities approach it in their merger review work is critical. This is the aim of the present article. To this end, this article will briefly introduce the concept of the failing firm defense. It will then discuss how the defense originated in foreign jurisdictions. Once this broader context is provided, the article will narrate the development of the failing firm defense in Brazil and provide an overview of CADE's case law on the subject. More specifically, this article will focus on how CADE has been considering a key element of the failing firm defense: whether the merger under review is, from a competition perspective, the least harmful alternative to the firm's exit

---

<sup>3</sup> In a guidance published by the CMA in the context of the Covid-19 crisis, the authority stated that it was "aware that the current market environment may lead to additional submissions that firms involved in mergers are failing financially and would have exited the market absent the merger in question" (COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, 2020).

from the market. That is, I will seek to identify what factors weighed in CADE's analysis of whether or not the merging parties sufficiently demonstrated that the proposed merger was the best available alternative to exit from the market, and why that was the case.

Ultimately, the goal of this article is to shed light on when the failing firm defense might be successfully applied, and what actions the merging parties need to take in order to ensure that they have properly attempted to identify available alternatives to the merger under review.

## **2. The Failing Firm Defense**

The failing firm defense is recognized by many antitrust authorities worldwide. The defense applies when one party to a transaction is considered to be "failing". Although the definition of "failing" and the criteria to meet that status might differ between jurisdictions, in general terms it refers to a firm that is likely to exit the market in the near future.

The defense derives from the understanding that when one firm acquires another that is "failing", any reduction in the number of competitors in that market should not be attributed to the transaction itself. Rather, authorities should assess the transaction as if the acquired entity did not exist, did not have any market share, and no longer participated in the market in any way. In practice, this assessment usually takes place in the competition authority's analysis of the counterfactual. The counterfactual is the analytical tool authorities use to evaluate the impact of the transaction on competition. They do so by comparing how the market will look like after completion of the merger with how the market would look like if the merger did not take place. The latter hypothetical scenario is called the counterfactual.

There are numerous hypothetical scenarios that can be used as a counterfactual, and authorities usually assess different scenarios before deciding which is the most appropriate for the purposes of reviewing a given transaction. Probably the most common counterfactual adopted by authorities is the scenario in which market conditions prior to the merger are maintained – that is, the prevailing conditions of competition remain the same, as if the merger had not taken place. Alternatively, authorities can consider that, even absent the merger, there would be a change in competitive conditions.

One scenario authorities may adopt as a counterfactual that is different from the prevailing conditions of competition is when one of the merging parties is a failing firm. When the failing firm scenario is considered in the counterfactual, competition authorities assume that the current conditions of competition will change regardless of the merger because one of the merging parties is likely to leave the market absent the merger. This is what is called the failing firm scenario. In this case, the change in the prevailing conditions of competition is not attributed to the merger, but rather to the fact that the target company was going out of business and about to leave the market.

Although the failing firm defense is an attractive argument for merging parties, it is one that is usually made when parties understand that the merger will have anticompetitive effects. Besides the unappealing prospect of conceding that the conditions of competition following the merger will be worse than the prevailing conditions of competition before the merger takes place, parties often raise the failing firm defense to demonstrate to authorities that the deterioration in conditions of competition should not be attributed to the merger itself but to the fact that one entity was leaving the market regardless of the merger as a result of its economic or financial distress.

### **3. Advantages of allowing the failing firm defense**

Because the failing firm defense is mostly used to allow mergers that may have anticompetitive effects, this argument has been dubbed a “get out of jail free card” (OXERA, 2014). If articulated successfully, it provides a way to clear mergers that would likely be otherwise blocked.

However, from a competition policy perspective, there are significant advantages to allowing a merger on the basis of the failing firm defense. If the failing firm’s assets leave the market, there is substantial risk that this results in greater concentrations than if these were to remain. The classic trade-off antitrust enforcers usually face between market power and efficiency, which is present in the context of the prospective union of two robust and lucrative firms, does not arise when one of the firms is about to fail (MCCHESENEY, 1986).

There are also wider economic justifications for why allowing a merger involving a failing firm is a desirable alternative to letting the firm go out of business and rendering its assets comparatively less valuable.

When a firm ceases operation, its tangible and intangible assets will exit the relevant market, which will be left with a smaller offer of its goods or services. Assets of a firm that has gone out of business are likely to be either sold and repurposed for employment in another activity or can be rendered entirely idle and unused. Even when the asset is put to another use, it is unlikely that the economic value derived from this secondary use will be as great as the one derived from its original purpose. This problem is greater the more specific the asset is to its current activity: the more specific the asset, the less valuable it is when employed for any other purpose.

The firm that goes out of business will also generate unemployment, representing a significant welfare loss. Keeping the firm in business generating income and employment is therefore the most efficient course of action.

However, for the above-mentioned advantages to be realized, the right conditions must be present. In order to identify when this is the case, many competition authorities worldwide have developed tests to identify the conditions under which the failing firm defense should be allowed. In essence, the test proposed by most competition authorities can be boiled down to two main elements, which can be summarized as follows:

1. Absent the proposed merger, the failing firm and its assets would exit the market. I will call this the **“Exit Element”**.
2. From a competition perspective, the proposed merger is the best existing alternative to market exit. I will call this the **“Best Alternative Element”**.

Competition authorities worldwide adopt different tests in order to identify when parties have sufficiently proven the two elements described above. These elements tend to be extremely difficult to prove in practice, and different jurisdictions establish different evidentiary standards that must be met in each case.

Within the Exit Element, competition authorities usually consider the financial situation of the firm, whether it would be able to honor its financial obligations, whether a financial restructuring would be able to save it, and whether the assets would exit the market. in case of bankruptcy. As will be seen in the next section, competition authorities usually break down the Exit Element into smaller tests that need to be met by the merging parties.

The Best Alternative Element of the failing firm defense could, arguably, be the most difficult one for parties prove. It requires parties to

make a negative claim, that is: that there are no better alternatives to market exit than the proposed merger. In practice, this is extremely challenging because there is an inherent difficulty in proving a negative fact. It requires parties to identify all existing alternatives to the merger in question and demonstrate that none of them apply or are better than the proposed merger at preserving competition conditions. The greater the number of existing alternatives, the harder this burden becomes.

In order to address this challenge, many competition authorities have limited the scope of the Best Alternative Element to something that is more realistic to achieve. They have converted the burden of proving a negative fact (“that there are no better mergers than the merger at hand”) to a burden of proving a positive fact. That is, the burden to prove that parties have undertaken reasonable efforts to achieve a better alternative solution to market exit. To exemplify, and as will be seen in the next section, this is what was done by the United States’ Federal Trade Commission (“FTC”), which requires only that the parties demonstrate that they have “made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers of acquisition of the assets of the failing firm” to a competitively preferable purchaser.

In order to apply the failing firm test, some competition authorities require parties to prove that the net loss caused by the failing firm’s exit from the market would be greater than the net loss to competition caused by the proposed merger. In Canada, for example, parties need to demonstrate that the merger is the best alternative to liquidation of the failing firm.

However, most authorities do not require parties to demonstrate that the net effects of the merger are positive, as they find that, from an economic perspective it can be presumed that the exit from the market would represent greater net loss than any alternative that allows the assets to remain in production: there is a clear net gain in efficiency in the concentration when compared to its alternative, the exit of the company from the market. (SALOMÃO FILHO, 2007). In general, a firm's exit from the market results in the loss of productive capacity and the strengthening of current competitors, including the dominant firms. This naturally result in an adverse effect on competition. When compared with the exit alternative, which leads to a reduction of the market’s overall productive capacity, the concentration tends to be the preferable solution.

In the next section we will look at how different jurisdictions apply the failing firm test and how they reflect the Exit and Best Alternative elements.

## **4. Origin and Development**

In order to better understand the failing firm defense as applied by CADE in the context of merger review, we will first look at the origin of this defense, the first cases in which it was applied by foreign courts or authorities, and how these jurisdictions apply the test today. More specifically, we will look at how this defense is applied in the United States, the European Union, the United Kingdom, and Canada. These jurisdictions were selected because they all have a long tradition with the failing firm doctrine and have thus significantly inspired the approach taken by competition enforcers in Brazil.

In most of these jurisdictions, the relevant competition law statutes do not expressly refer to the scenario of the failing firm or clarify how competition authorities or courts should factor this into their merger control analysis. In most cases, the test adopted in each jurisdiction has been created through case law and was further refined over time. In some jurisdictions, the case law has been summarized and explained in official guidelines or other official statements providing more clarity regarding its application.

### *4.1. United States*

In the United States, competition law is applied by both federal and state governments. In the federal sphere, the two main laws aimed at promoting and protecting competition are the 1890 Sherman Act and the 1914 Clayton Act. The first prohibits agreements that aim to restrict trade and acts attempting (or succeeding in achieving) monopolization but does not address anticompetitive mergers. The latter lists some additional conducts considered anti-competitive that are not covered by the Sherman Act, and prohibits mergers that substantially lessen competition. It also provides for the dual enforcement of competition law, which falls on the FTC and the Department of Justice (“DOJ”), both of which have authority to challenge mergers that are deemed anticompetitive.

The first case on record where the failing firm defense was articulated by the parties with the goal of achieving clearance of an otherwise anticompetitive merger took place in the United States in 1930, when the Supreme Court decided the *International Shoe Co. v FTC* case. On that occasion, the Supreme Court was analyzing the acquisition of McElwain Co, a shoe manufacturing company that had become insolvent after a drop in shoe prices and could no longer maintain production despite possessing excess capacity. The purchaser was International Shoe, a competitor who was economically and financially robust, but was lacking capacity to fulfill all its orders. The Supreme Court held that a merger could not be deemed illegal when (1) the acquired firm was insolvent and (2) the acquirer was the only available buyer. The Supreme Court did not require evidence that the failing firm could not avert liquidation, or that the target had actively engaged in the pursuit for alternative buyers. For years after this decision, the failing firm defense test developed in the International Shoe case was widely applied in the United States.

The second landmark failing firm case in the United States was *Citizen Publishing v. United States*, decided by the Supreme Court in 1969. The transaction at issue involved two town newspapers, one of which was lucrative, and one of which was in debt. The companies had decided to enter into a joint operating agreement whereby they would act jointly financially but would keep their news and editorial staffs separate.

In this case, the Supreme Court rejected the failing firm defense articulated by the merging parties and established a narrower failing firm test than the one which had been in use since the *International Shoe* case. The Court's decision ultimately reinterpreted the test articulated in that case, stating that the failing firm defense's requirements should be tightened, as follows: (1) regarding the first prong of the *International Shoe* test: insolvency would only suffice if it would drive the firm to liquidate and go out of business, which would require evidence that the prospects for reorganization were "dim and inexistent"; and (2) regarding the second prong: the lack of an alternative purchaser required proof that, despite reasonable efforts, parties failed to find any alternative purchaser. Importantly, the Court also made clear that burden of proof of these elements rested with the merging firms.

An important reason the Supreme Court refined the failing firm defense test set out in *International Shoe* and increased the thresholds to its application, is the recognition that the original test contained an undesirable loophole. In *International Shoe*, the Court concluded that the



corporate participants in McElwain Company (shareholders, company directors) were in the best position to decide whether or not they should sell their business to International Shoe rather than secure new loans or reorganize in bankruptcy.

The FTC's approach to the failing firm defense was first summarized in its 1968 Merger Guidelines. Throughout the years, the merger guidelines as well as the failing firm test were updated and refined to reflect the current standard of the time. In the 1992 FTC Merger Guidelines, the Commission updated the failing firm test to include four separate criteria. This version of the test came to be highly influential in foreign jurisdictions, such as Brazil. According to the 1992 Guidelines, a merger involving a failing firm is not likely to be considered anticompetitive if four conditions are met: (1) the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future; (2) it would not be able to reorganize successfully under the Bankruptcy Act; (3) it has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers of acquisition of the assets of the failing firm that would both keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed merger; and (4) absent the acquisition, the assets of the failing firm would exit the relevant market<sup>4</sup> (UNITED STATES, 1992). Conditions one, two and four relate to the Exit Element, and condition three relates to the Best Alternative Element.

In 2010, the FTC and the DOJ produced a joint Merger Guidelines which slightly altered the test applicable to the failing firm defense. Pursuant to these revised guidelines, which are currently applicable, the failing firm defense requires evidence that the failing firm at issue (1) would be unable to meet its financial obligations in the near future; (2) could not reorganize in bankruptcy; and (3) made unsuccessful good faith efforts to obtain reasonable alternative offers from buyers that buyers that would keep assets in the market and pose a less severe danger to competition<sup>5</sup> (UNITED STATES, 2020). In these guidelines, the Exit

---

<sup>4</sup> As will be seen in section 5 on this article, these four criteria were widely applied by CADE in its own merger review involving failing firms.

<sup>5</sup> The FTC Guidelines further explains that “any offer to purchase the assets of the failing firm for a price above the liquidation value of those assets will be regarded as a reasonable alternative offer. Liquidation value is the highest value the assets could command for use outside the relevant market”.

Element is reflected in conditions one and two, and the Best Alternative Element is implemented through condition three.

An important feature of the guidelines is that it clarifies what constitutes a good faith effort to secure reasonable alternative buyers. The merging parties must prove that the target did not receive and refuse an offer from a competitively preferable buyer where the purchase price of that offer, despite being lower than the price offered by a less competitively preferable buyer (ie, the purchaser of the transaction under review), was higher than the liquidation value of the assets outside of the market (although estimating this can prove difficult in concrete cases).

#### *4.2. European Union*

The European Union's approach to the failing firm defense is broadly similar (and effectively was inspired by) the US approach. The first landmark European ruling on the issue was *Kali & Salz* case, handed down by the European Court of Justice in 1998. It was the first time that the parties to a merger submitted to the Commission for review successfully argued a failing firm defense. That case involved a merger to monopoly in the potash sector: K&S sought to acquire its rival Mdk, which was facing significant financial difficulties.

The European Commission, upon reviewing the merger, established the following as the failing firm defense test that it would apply: a concentration is not the cause of the competitive structure resulting from a given transaction if three cumulative elements are met. First, the merging parties must prove that the target would have been forced out of the market in the near future absent the merger. Second, they must prove that there is no less anticompetitive alternative purchaser. Third, they must provide evidence that the acquiring undertaking would indeed gain the market share of the target if the latter were forced out of the market (absent a merger). The European Court of Justice agreed with the test articulated by the European Commission, holding that it was compatible with relevant legal provisions (i.e. Article 2(2) of the EUMR), and highlighting that the second element of the Commission's test was particularly relevant as it ensures that the anticompetitive effects resulting from the transaction would be fully observed in the absence of the merger. This second prong of the test refers to the Best Alternative Element.

The third element of the Commission's test as articulated in the *Kali & Salz* case requires parties seeking to put forth a failing firm defense to show that a dominant position would have been created or strengthened even without the merger. This element is a significant departure from the failing firm defense test established in the US, and commentators have pointed out that this added condition may limit otherwise valid failing firm defenses in the context of mergers to monopoly; further, in scenarios where the assets of the failing firm are expected to leave the market, it may just be the case that increasing the acquirer's market share could be less anticompetitive as it would avoid a stark drop in output in the market at issue.

The *Kali & Salz* test was later reinterpreted in the context of the *Basf/Eurodial/Pantochim* case, decided by the European Commission in 2001. This was the second case in which parties to a transaction submitted for review in the European Union successfully pulled together a failing firm defense.

In its decision, the Commission dialed down on the third element described above, concluding that the *Kali & Salz* precedent merely required proof from the merging parties that the same anticompetitive market structure would result. The Commission explained further that this required evidence that (1) the acquired firm would otherwise exit the market; (2) there was no less anticompetitive alternative purchase; and (3) without a merger, the acquired firm's assets would inevitably exit the market. Requirements one and three refer to the Exit Element, and requirement two refers to the Best Alternative Element.

With the *Basf* case, therefore, the failing firm defense in the European Union became largely the same as the test applied in the US. The cumulative criteria articulated in the *Basf* case were three years later reflected in the European Commission's 2004 Horizontal Merger Guidelines (EUROPEAN UNION, 2004).

#### 4.3. *United Kingdom*

The most recent guidelines in the United Kingdom to summarize the failing firm defense is the 2010 *Merger Assessment Guidelines*, published jointly by the Competition Commission and the Office of Fair Trading ("OFT"). It determines that the following three elements should be taken into account: (1) whether the firm would have exited (through

failure or otherwise); and, if so (b) whether there would have been an alternative purchaser for the firm or its assets to the acquirer under consideration; and (c) what would have happened to the sales of the firm in the event of its exit (UNITED KINGDOM, 2010). Steps one and three refer to the Exit Element, while step two refers to the Best Alternative Element.

The Guidelines provide that, after applying these three elements, the authority will then consider what would be the impact of exit on competition compared to the impact on competition caused by the proposed merger. The merger will not be found to be anticompetitive if the authorities conclude that there is no real prospect of a substantially less anti-competitive alternative to the merger, including the exit of the firm from the market.

When addressing whether there would have been an alternative purchaser for the firm or its assets, the guide states that authorities will consider the prospects of alternative offers for the business below asking price. The fact that the alternative purchasers would not be willing to pay the asking price would not rule it out as a best alternative scenario to be taken into account in the authority's counterfactual analysis.

Amid the 2020 Covid-19 pandemic, the CMA published a refresher on the application of the failing firm test (UNITED KINGDOM, 2020). According to this refresher, the CMA's approach can be summarized in a three-prong test. The CMA must consider: (1) whether the firm would have exited (through failure or likewise) absent the transaction, (2) whether there would have been an alternative purchaser for the firm or its assets, (3) what the impact of exit would be on competition compared to the competitive outcome that would arise from the acquisition. The first prong of this test refers to the Exit Element, while the second two refer to the Best Alternative Element. Differently from the position adopted by the FCA and the DOJ in its *Merger Guidelines*, the CMA's failing firm test does consider the net effect of the transaction because it looks at whether the merger is less competitive than market exit.

#### 4.4. Canada

Section 93(b) of Canada's Competition Act provides that, among the factors that are relevant in assessing a merger and its effects on competition is "whether the business, or a part of the business, of a party

to the merger or proposed merger has failed or is likely to fail” (CANADA, 1985). This factor is further explained in Part 13 of Canada’s Competition’s Bureau *Merger Enforcement Guideline*, which provides for the failing firm defense and its application (CANADA, 2011).

In order for this defense to be accepted, the Bureau will look at two main elements: (1) whether the firm is failing<sup>6</sup>; and (2) whether alternatives to the merger are available and are likely to result in a materially greater level of competition than if the proposed merger proceeds. The first refers to the Exit Element, and the second to the Best Alternative Element. The available alternatives that are considered by the Bureau are: (a) acquisition by a competitively preferable purchaser, (b) restructuring the company that allows its competitive survival in the market, and (c) liquidation, when it determines that this is likely to result in a materially higher level of competition in the market than if the merger in question proceeds.

---

<sup>6</sup> Although the first element of the Canada’s Competition Bureau failing firm test does not mention the firm’s exit, if read together with Section 93(b) of the Competition Act, one can interpret this as a test which seeks to identify whether the firm is failing to the point that its exit from the market would be likely. According to Canada’s Merger Enforcement Guidelines, a firm is considered to be failing if: (1) it is insolvent or is likely to become insolvent; (2) it has initiated or is likely to initiate voluntary bankruptcy proceedings; or (3) it has been, or is likely to be, petitioned into bankruptcy or receivership. In assessing the extent to which a firm is likely to fail, the Bureau typically seeks the following information: (1) the most recent, audited, financial statements, including notes and qualifications in the auditor’s report; (2) projected cash flows; whether any of the firm’s loans have been called, or further loans/line of credit advances at viable rates have been denied and are unobtainable elsewhere; (3) whether suppliers have curtailed or eliminated trade credit; (4) whether there have been persistent operating losses or a serious decline in net worth or in the firm’s assets; (5) whether such losses have been accompanied by an erosion of the firm’s relative position in the market; (6) the extent to which the firm engages in “off-balance-sheet” financing (such as leasing); (7) whether the value of publicly-traded debt of the firm has significantly dropped; and (8) whether the firm is unlikely to be able to successfully reorganize pursuant to Canadian or foreign bankruptcy legislation, the Companies’ Creditors Arrangement Act, or through a voluntary arrangement with its creditors (Canada, 2011).

## 5. The development of the failing firm defense in Brazil

In Brazil, Law No. 12.529 of 2011 (“Brazilian Competition Law”) (BRAZIL, 2011) structures the Brazilian System for Protection of Competition and sets forth preventive measures and sanctions for antitrust violations. Like most of the jurisdictions described above, the Brazilian Competition Law does not address whether the failing firm scenario should factor into CADE’s merger analysis. However, CADE’s case law has developed significantly over the years to address this issue.

Since 1995, CADE has analyzed failing firm defenses brought forth by merging parties in at least 15 cases.<sup>7</sup> In the beginning, CADE replicated the tests and standards adopted by foreign antitrust authorities, with an emphasis on the ones developed in the United States. Indeed, in the vast majority of cases decided by CADE up until 2016, the authority applied the four prongs of the failing firm test provided in the FTC’s 1992 Merger Guidelines (OLIVEIRA JR., 2014).

In time, CADE developed its own test to delineate its application of the failing firm defense going forward. CADE’s test was laid out in its Horizontal Merger Guidelines published in 2016 (“H Guidelines”) (CADE, 2016). These guidelines were highly influenced by the experience of foreign competition authorities mentioned above, as well as CADE’s own case law, which will be examined in this section.

According to the H Guidelines, for the failing firm defense to be successfully applied in Brazil, it is necessary for the merging parties to demonstrate the following three elements:

- (1) if the transaction is blocked, the failing firm would exit the market or would be unable to fulfill its financial obligations due to its economic and financial difficulties;
- (2) if the transaction is blocked, the firm’s assets would not remain in the market, which could mean that there would be a reduction in supply within that market, a higher level of market concentration and a decrease in economic welfare; and
- (3) the firm has made efforts to pursue alternatives that are less damaging to competition (for example, through alternative buyers or through a judicial reorganization process) and that

---

<sup>7</sup> This statement was made by CADE’s Superintendent in the webinar “*Antitrust challenges of COVID-19 — Views from Europe and Brazil*,” Dutcham Brasil. May 18, 2020.”

there is no other solution for maintaining its economic activities besides the proposed transaction.

Steps one and two of the test proposed in the H Guidelines both refer to the Exit Element described above. Step three refers to the Best Alternative Element. According to the guidelines, the burden of proving the existence of these elements falls on the merging parties.

The H Guidelines adds that CADE must also find that the net effect of the transaction is positive, and that the harm caused by the firms exiting the market if the transaction were to be blocked is greater than the harm to competition that would result if it were cleared. In practice, in all the precedents where CADE analyzed the failing firm defense, the authority never addressed whether the net effects of the merger would be greater than the net effects of the exit. CADE's focus seems to be on whether there is sufficient evidence that the firm was failing and would exit the market, and whether the parties demonstrated that there were no other alternatives buyers to the asset. The reason for this may well be that CADE never reached this stage of the failing firm analysis (i.e., an examination of net effects) because of the factual circumstances of the cases where the defense was articulated.<sup>8</sup>

In this section, we will look at some precedents in which CADE considered the failing firm argument in order to identify how CADE has addressed this defense throughout the years, from the time it began relying on the FTC 1992 Merger Guidelines up until today, where it uses its own guidelines mentioned above.

Although not an exhaustive list of all existing cases, the precedents summarized below were selected to shed light at what elements CADE looks to when analyzing a failing firm defense – and, most specifically, the last prong of CADE's the test. The precedents described below focus on mergers where CADE addressed the question of whether or not the proposed merger was the least harmful alternative to competition. An examination of these cases allows one to trace some of the characteristics of a successful defense as well as identify the elements that tend to make the claim unsuccessful.

---

<sup>8</sup> As will be seen in this section, CADE only applied the failing firm defense in one merger where the failing firm principle was not the only ground on which the merger was cleared, given that there were also efficiencies that, in itself might have been sufficient to clear the merger.

### 5.1. *Gerdau Case*<sup>9</sup>

CADE first addressed the failing firm defense in the context of the acquisition of a group of companies by a steel producing company, Siderúrgica Laisa S/A from the Gerdau Group, also active in the steel industry (CADE, 1995). Among the companies that belonged to the purchased group was Cia Siderúrgica Pains, another steel producer. Throughout its review of the case, CADE found that the merger would result in significant concentration levels in the national market for steel rods. Given the competition concerns arising from the transaction, CADE allowed the merger only partially, and ordered the parties to divest Cia Siderúrgica Pains. The parties then submitted a request for CADE to reconsider its divestment decision arguing that the merger should be allowed without remedies due to the fact that Cia Siderúrgica Pains was insolvent.

While handing down its decision regarding the parties' reconsideration request, CADE did not accept the argument brought forth by the parties. One of the commissioners of CADE's Tribunal that voted for the refusal did so on two main grounds. First, he believed that parties had not proved that the firm was insolvent but, instead, that it was still productive. Second, he said that, even if it was insolvent, it did not follow that this merger was the only viable alternative for the firm's survival.

Although the failing firm defense was discussed only briefly in this case, this decision suggests two standards had to be met in order for CADE to accept the failing firm defense. First, the parties had to prove that the target was insolvent. Second, the merger had to be the only viable alternative for the failing firm's survival. In this case, the authority did not go into further detail regarding these issues.

### 5.2. *Mendes Júnior Case*<sup>10</sup>

The failing firm defense was once again brought to CADE's attention in 1997 when another steel producer acquired assets from a competing firm. While analyzing the application of the defense in this case, CADE made express reference to the four criteria for application of the failing firm defense as set out in the FTC's 1992 Merger Guidelines.

---

<sup>9</sup> CADE. AC n. 0016/1994.

<sup>10</sup> CADE. AC n. 0044/1995.



CADE recognized that the proposed merger might meet the first two criteria given that there was vast evidence that the firm was insolvent.

The Secretariat for Economic Monitoring (“SEAE”), which was then responsible for providing opinions on these mergers, was favorable to the application of the failing firm defense in this case. SEAE’s opinion stated that the failing firm argument could apply to this transaction because all other purchase offers which had been made for the relevant assets had failed and that, if the merger was allowed, the purchasing party would be able to keep the assets within the market.

Despite SEAE’s assurance that other purchase offers failed, CADE’s final decision was still to deny the application of the failing firm defense. In Reporting Commissioner Renault Castro’s opinion (with which the majority of the tribunal agreed), the parties had not sufficiently proven that the failing firm had undertaken all efforts to find a viable alternative to this acquisition. Although the parties had brought to the case files elements in support of their statement that the failing firm at issue had reached out to some potential buyers, the Reporting Commissioner concluded that there was evidence that these attempts were half-hearted and insufficient, given that not all possible acquirers had been contacted and some of them had been consulted only briefly.

Despite the rejection of the failing firm defense, the transaction was cleared because CADE found that there were enough efficiencies to justify the resulting concentration, and because it was unlikely that the merged entity would abuse its dominant position due to the fact that the price of the relevant goods was highly influenced by the international market. Although the failing firm was not the reason behind the merger clearance, this decision clarified just how far CADE expected (and required) the parties to go in order for them to prove that the merger is the best available alternative, from a competition perspective, to the firm exiting the market. In this case, it became clear that the burden of proof is on the parties to demonstrate that they have proactively and insistently gone to the market to find alternative solutions.

### 5.3. *INCEPA/Celite Case*<sup>11</sup>

In 1998, CADE undertook the review of a merger between two firms in the sanitary ware business when Indústria Cerâmica Paraná S.A

---

<sup>11</sup> CADE. AC n. 0092/1996.

(“INCEPA”) purchased the control of Celite S.A. Indústria e Comércio (“Celite”). The merging parties claimed that the merger did not amount to an economic concentration because Celite was undergoing pre-bankruptcy procedure and was about to suspend its business activities. The parties argued that, since the pre-bankruptcy procedure started in 1996, the firm had been for sale since that time but no interested buyers had been found. Only when bankruptcy was about to be officially declared had the merger finally been agreed by the parties.

Although the transaction was cleared on other grounds, CADE did not accept the failing firm defense in this case. In Reporting Commissioner Renault Castro’s opinion, he applied the criteria set forth in the FTC’s 1992 Merger Guidelines and concluded that “none of the requirements, especially the last two, were met”. The Commissioner stated that important formalities in the selection of possible purchasers were not followed and that the parties had not demonstrated that the merger with INCEPA was the only reasonable alternative to keep the target firm in business. However, he did concede that “the circumstances in which the transaction took place do advocate for a more tolerant treatment regarding its anticompetitive effect”<sup>12</sup>.

Although the Commissioner did not go into greater detail regarding what the “important formalities” for sale should have been, his opinion does suggest the standard required by CADE to meet the third criteria is high, and that the length of time the company was available for sale is not relevant. On the other hand, it did become clear that even when all four failing firm requirements from FTC’s 1992 Guidelines were not met, when the company is in distress CADE might look at the acquisition more favorably than it would otherwise. As was done in this case, the authority may clear the transaction when other factors mitigate the harm to competition, such as when there are acceptable efficiencies associated with the transaction or low barriers to entry.

#### *5.4. Pepsico/Brahma Case*<sup>13</sup>

CADE once again refused to accept the failing firm defense articulated by the parties in the context of its review of the partnership between Brahma and PepsiCo, both active in the soda market. The

---

<sup>12</sup> CADE. AC n. 0092/1996. Reporting Commissioner’s Opinion.

<sup>13</sup> CADE. AC n. 08012.007374/1997-34.

transaction involved a franchise agreement and the acquisition of Buenos Aires Embotelladora S/A ("Baesa") by Companhia Cervejaria Brahma ("Brahma"). Baesa belonged to PepsiCo, and had been going through financial difficulties, high amount of debt, and idle production capacity, amounted by a falling market share.

After applying the four requirements in the FTC's 1992 Merger Guidelines, Reporting Commissioner Arthur Barrionuevo Filho found that although conditions one, two and four (regarding the Exit Element) had been met, the parties had failed to prove the third condition – that there were no alternative buyers for Baesa (Best Alternative Element). CADE did not go into detail as to why this element had not been successfully proven by the parties.

Regardless of CADE's conclusion in respect to the failing firm defense, the merger was cleared because CADE found that there was high rivalry in those market due, in the most part, to the competition with Coca-Cola.

### 5.5. *Metal Leve Case*<sup>14</sup>

In 1998, CADE analyzed the failing firm defense in the context of the acquisition of control of Metal Leve S.A. Indústria e Comércio by COFAP - Companhia Fabricadora de Peças and MAHLE GmbH. The reporting Commissioner Lúcia Helena Salgado e Silva made reference to the criteria set forth in the FTC's 1992 Merger Guidelines. In order to verify if the third criteria (Best Alternative Element) was met, she inquired from the companies whether, before the merger under review, they had "offered the business to the market". In response, the parties explained that the previous owners had tried to sell their shares in an auction in New York. Although potential buyers worldwide had been contacted, no firm offer was received during the auction.

Even though the Commissioner did not expressly recognize that the Best Alternative Element had been met, in the end she found that the failing firm did not apply because parties had not sufficiently proven financial distress (Exit Element). Although this was not expressly confirmed, this suggests that the Commissioner found that the parties had,

---

<sup>14</sup> CADE. AC n. 0084/1996.

in fact, demonstrated that the Best Alternative Element had been met through the attempt to sell the shares in the New York auction.

### 5.6. *Votorantim Case*<sup>15</sup>

The only case in which the failing firm defense was used as a significant basis for allowing a merger to be cleared by CADE was in the review involving the acquisition, by Votorantim Metais Zinco S/A (“Votorantim”) of a company’s assets out of bankruptcy. The company in question, Mineração Areiense S.A., had been declared bankrupt over five years previously and its mining rights had been sold in bankruptcy court to Votorantim.

Although the transaction would result in a horizontal concentration in the zinc market, as well as a vertical integration, SEAE’s Technical Opinion in this case was in favor of clearing the transaction without further investigation due to the fact that “the mining rights (subject of this merger) belonged to an inoperative entity”. CADE’s Attorney-General was also in favor of clearing the transaction based on the failing firm exception, conceding that “when a company is bankrupt or admittedly insolvent, another company is allowed to acquire its assets even if this results in a significant concentration”.

The Attorney-General found that this case fell within all four criteria for the application of the failing firm defense in the FTC’s 1992 Merger Guidelines. The Exit Element had been proven because the purchased assets had already exited the market as they had been inoperative for the past years. Regarding the third criteria (proof of the Best Alternative Element), he observed that no other less anti-competitive solutions could be found since the acquisition had been made through a public auction which was open to all interested parties, but which only Votorantim chose to participate in.<sup>16</sup> Because no other interested buyers came forward, the Opinion concluded that there was no better alternative than the merger at hand.

When the issue was at last brought to CADE’s Tribunal for a decision, the transaction was cleared not only on the grounds of the failing

---

<sup>15</sup> CADE. AC n. 08012.014340/2007-75.

<sup>16</sup> It is worth noting that SEAE’s Technical Opinion in this case was in favor of clearing the transaction without further investigation due to the fact that “the mining right (subject of this merger) belonged to an inoperative entity”.

firm defense, but also because of the finding that it was unlikely that the merging parties would be able to exercise market power due to existing market conditions, rivalry between market participants, and low entry barriers. However, it is clear that the failing firm argument had significant weight in CADE's final decision in this case.

This can be considered a landmark by CADE involving the failing firm defense not only because it was the first case where a merger was cleared predominately on these grounds, but also because it was the first time CADE comprehensively discussed and addressed its implication to Brazilian competition law. CADE's Attorney-General mentioned that, "though there are no provisions for a failing company defense in Brazilian law, it is in line with the Brazilian competition defense legal system". Because welfare maximization is the goal of competition law, the Opinion said, it is inevitable that the social losses derived from an economic concentration would be weighed with the social benefits brought by avoiding losses and waste that would result from the firm's assets going to waste after its bankruptcy.

### *5.7. Casil Case*<sup>17</sup>

Although the failing firm defense was not expressly brought by the merging parties in this case, both the Secretariat of Economic Law ("SDE") and the SEAE both mentioned it in their analysis, due to the fact that parties had argued that the financial recovery of the target company could count as one of the efficiencies of the deal. In this case, CADE found that the conditions for applying the defense were not met because the parties did not demonstrate any other offers besides the one that led to the proposed merger. Regardless, in the end, the transaction was cleared on other grounds.

### *5.8. Mataboi/BJB Case*<sup>18</sup>

In 2017, CADE blocked the purchase of Mataboi by JBJ. As part of the merger review process, CADE's Department of Economic Studies (DEE) – which issues non-binding advisory opinions at the request of CADE's General Superintendence or CADE's Tribunal – considered the application of the failing firm doctrine to this acquisition and concluded

---

<sup>17</sup> CADE. AC n. 08012.005205/1999-68.

<sup>18</sup> CADE. AC n. 08700.007553/2016-83.

that it should not apply for two reasons. First, the DEE found that, although Mataboi was in financial difficulty and was undergoing judicial restructuring procedure, there was no evidence that the recovery plan underway would not be successful and that, absent the merger, Mataboi would have to exit the market.

The DEE found that the parties had failed to demonstrate the merger was the best available alternative to exit. The parties had only stated that they were “unaware of any other interested buyers” at the time. This, DEE found, was insufficient because the burden of proof on this issue was on the merging parties, who had to demonstrate that there were no other alternatives to this merger that were less harmful to competition.

In order to successfully prove this point, DEE stated that the seller had to prove that there were no other parties interested in purchasing Mataboi. In order to do so, Mataboi should have presented letters with credible sale offer to a reasonable number of potential buyers, with proof that these had been rejected. DEE also recommended that this point would have been more successfully made if Mataboi had advertised the sale of assets in a far-reaching media vehicle and submitted information on all parties that had shown interest in the purchase. As evidence, the merging parties should have listed all interested parties, and justified the rejection of all viable offers which had been received and refused but which had the potential of causing less harm to competition. Given that this had not been done, DEE concluded that the parties had not met the requirement of showing that there were no better alternatives to the proposed merger.

During the merger review process, CADE’s General Superintendence reached out to some potential buyers to verify if any of them would be interested in purchasing Mataboi. It was found that at least three of them declared that they would not, while one of them stated that it would need to conduct further inquiries before indicating its position. However, DEE’s opinion was that, even if there were no available purchasers at the current price point, the price of the assets could be reduced in order to spark the interest of other firms in the market that had not thought the original purchase price attractive.

In the end, CADE’s Tribunal agreed with the DEE and refused to apply the failing firm argument because “there was no evidence that the firm would have left the market if the transaction had not been carried out”. Regarding the best alternative element, the Tribunal said that “at the time of the transaction, there were firms who were interested in the asset and, currently, there is no evidence that there would be no such agents,

with interest and financial and technical capacity to make the necessary contributions for Mataboi to remain in the market”.

One interesting aspect of this case that is worth noting is that, after the transaction was implemented by the parties<sup>19</sup>, three of the target firms’ production facilities were shut down. CADE considered this to be an additional argument against the application of the failing firm defense since one of the main objectives of this doctrine is to keep the assets in the market. By shutting down a number of production facilities, the parties demonstrated that the merger would not successfully keep the assets from leaving the market.

### *5.9. Petrobras/Petrotemex Case*<sup>20</sup>

The failing firm argument was once again addressed by CADE in 2018, in relation to the purchase of two subsidiaries of the state-owned enterprise Petrobras, Petroquímica de Pernambuco (PSUAPE) and Companhia Integrada Têxtil de Pernambuco (CITEPE), by the Petrotemex Group, which had been challenged by CADE's General Superintendence (“SG”). The SG had recommended the acquisition be cleared if the parties agreed to undertakings which addressed the risk of foreclosure that was raised by this merger.

In its reasoning, the SG assessed the parties’ failing firm defense and found that Petrobras did actively search for alternative buyers. According to Petrobras, before committing to the merger under review, it had undertaken a sale process that involved the following steps: (1) contact with potential buyers, (2) presentation of an information memo to companies that showed interest in purchasing the relevant assets, (3) accreditation of the firms that presented non-binding proposals for the due diligence stage, and (4) presentation of binding proposals after the due diligence stage. In the end, at the stage of binding proposals, according to the merging parties, only themselves and one other firm submitted proposals. The other firm was also a competing firm, which means that the acquisition by that firm was unlikely to be a better alternative from a competition perspective.

---

<sup>19</sup> Although Brazilian Competition Law requires that parties do not implement the transactions prior to CADE’s approval, this merger had been implemented prior to notification, and parties received a fine for gun jumping.

<sup>20</sup> CADE. AC n. 08700.004163/2017-32.

However, although there was evidence to suggest that the firm was in financial distress, the parties did not manage to prove that the assets would exit the market if the merger was not cleared. Therefore, the SG found that undertakings would need to be taken to address this competition risk. The Tribunal agreed with SG's assessment that undertakings were necessary even though, in its decision, it did not mention the failing firm defense.

However, that Commissioner João Paulo de Resende issued a dissenting opinion where he voted to block the merger on the grounds that it significantly harmed competition. As part of his reasoning, the Commissioner engaged in a thorough analysis of the failing firm argument and, more specifically, of the issue of alternative purchasers. Although this opinion was not adopted by the Tribunal, it does shed some light into how this issue is controversial within CADE's Tribunal itself. The dissenting Commissioner disagreed that parties had sufficiently proven that there were no other parties interested in the assets. In his opinion, the way the sale process was designed restricted the number of firms that would express interest in purchasing the asset, because it imposed criteria that had to be met by those that were to participate in the auction. Furthermore, because direct competitors value the assets more, their purchase offers tend to be greater. This, he claimed in his dissenting vote, discourages other possible purchasers from participating in the sales process even if they would be willing to purchase the asset at a lower price. In short, he observed that the Best Alternative Element should not consider only alternatives buyers that would be willing to pay the highest price but should consider also possibly interested buyers that value the asset less than the competitors.

This position, however, was not adopted by CADE's Tribunal, which found that the Best Alternative Element had been met due to the fact the sale had been conducted through a public auction open to all interested parties, were no other better alternatives were available. It would not be surprising, however, if CADE's opinion regarding the application of the failing firm defense changed if the peculiarities of the case were different. Had a competitively preferable firm demonstrated interest in purchasing the asset, participated in the public auction, but made a losing bid, it is possible that the Tribunal might have considered that the Best Alternative Element had not been met in this case.



## **6. Analysis of the case law: how to prove that the merger is the best available alternative?**

In Brazil, as stated in CADE's H Guidelines, the requirement to prove the Best Alternative Element in the failing firm is twofold: one positive and one negative. The Guidelines state that in order to apply the defense, the parties to a given transaction must demonstrate that: (1) the firm has made efforts in the search for alternatives that are less damaging to competition (for example, through alternative buyers or through a judicial reorganization process) and (2) that there is no other solution for maintaining its economic activities besides the proposed transaction. In practice, however, CADE often looks at the efforts undertaken by the parties and the conditions under which the purchase was made.

CADE has, on two occasions, found that the Best Alternative Element of the failing firm test had been fulfilled. The first occasion was the Votorantim case, involving the purchase of mining rights in bankruptcy court. The reason this case was found to fulfill the Best Alternative Element was because the acquisition had been made through a public auction which was open to all interested parties. Furthermore, no other parties had chosen to participate in the sales process, which suggests that there were no other potential competitively preferable purchasers interested in this asset.

The second case in which CADE found that the Best Alternative Element was fulfilled was the Petrobras/Petrotemex case. Here, CADE's General Superintendence found that Petrobras had undertaken sufficient effort to find an alternative buyer because it had sold the subsidiaries in accordance with a robust sale process that involved the following stages: (1) contact with potential buyers, (2) presentation of an information memo to companies that showed interest in purchasing the relevant assets, (3) accreditation of the firms that presented non-binding proposals for the due diligence stage, and (4) presentation of binding proposals after the due diligence stage. In the end, at the stage of binding proposals, according to the Claimants, only themselves and one other competitor had submitted proposals.

In all other precedents, CADE found that the Best Alternative Element was not met. From an analysis of CADE's case law described above, it is also possible to identify when CADE considers the parties efforts to find a better alternative insufficient. We know that merely stating

that the parties “had no knowledge” of any other interested buyers is not enough to fulfill the Best Alternative Element. In the Mataboi/BJJ case, CADE said that the burden is on the parties to show there are no better alternatives. This could be done by presenting CADE with evidence that (1) parties reached out to a reasonable number of potential buyers with letters of credible sales offer, together with proof that these had been rejected by the potential buyers, or, alternatively, (2) parties advertised the sale of the assets in a far-reaching news media vehicle. In the second case, parties should submit to CADE the information of all parties that had shown interest in the purchase and, if any potential buyer showed interest in the assets, the merging parties should justify the rejection of all viable offers which had been received and refused.

However, merely sending a private letter to potentially interested parties may be insufficient. In the analysis of the acquisition of assets of Mendes Júnior Siderurgia S.A., CADE found that parties had not proven the Best Alternative Element even if they did send private letters to some potential buyers because it found that these attempts were halfhearted. That suggest that CADE wants parties to be more proactive and insistent in their attempt to find alternatives, which places a huge burden on merging parties.

Furthermore, that even when assets have been on sale for a long time, CADE may find that the parties did not do enough to find a better alternative buyer. In the INCEPA/Celite case, the assets had been on sale for a long time, since pre-bankruptcy procedure had begun two years previously, and no other interested parties had been found. Still, CADE concluded that this was not enough to consider the Best Alternative Element met, because important formalities in the selection of possible purchasers had not been followed.

## **7. Concluding remarks**

Times of vertiginous economic downturn, as experienced during the Covid-19 pandemic, bring greater uncertainty about the market and, most importantly, about the value of these assets in the future. A competitor with market power may be the only player interested in acquiring a firm that is insolvent or going bankrupt because it understands the markets’ characteristics and peculiarities (OLIVEIRA JR; ALBERTO ESTEVES, 2020). This market knowledge reduces the risks inherent to any new market entry and makes the purchase by a current market participant more likely. In this context, it is important for competition

authorities, including CADE, to recognize that the acquisition by a competing player might be the only available alternative to the failing firm's exit from the market in times of crisis.

Although none of CADE's precedents analyzed above address the issue of timing, this aspect is of the utmost importance in any corporate restructuring decision. If the failing firm is to be saved before its assets leave the market and are rendered obsolete, CADE's analysis of potential alternatives should consider only those that are immediately available and reasonably certain. Claims that there could possibly be unknown potential buyers should not be enough to block a proposed merger if parties have demonstrated that they have undertaken reasonable efforts to find a superior alternative.

Even though the burden is on the parties to prove that they have undertaken reasonable effort to find a better alternative, it is difficult for them to prove a negative fact – that no other alternatives are available. Therefore, once the parties have proven their genuine effort, the burden to prove that there are better alternatives should be on CADE. This way, no party would have the burden to prove a negative fact. Absent proof of competitively preferable buyers, it should be deemed sufficient for the merging parties to prove they have undertaken reasonable effort to find a better alternative.

## 8. Cited works

BRAZIL. Law 12.529, of 30 November 2011. Available at: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm)>. Accessed: 1 June 2020.

CADE. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. Published July 2016. Available at: < [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)>.

CANADA. Competition Act (R.S.C., 1985, c. C-34). Available at: < <https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-34/index.html>>. Accessed: 1 June 2020.

\_\_\_\_\_. Merger Enforcement Guidelines (2011). Available at: <[https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03420.html#s13\\_0](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03420.html#s13_0)>. Accessed: 1 June 2020.

CANDIL, Ana Paula. Traditional merger review preserved in Brazil during pandemic, CADE's top investigator says. Mlex. Published on: 18 May 2020.

HINKS, Gavin. M&A activity predicted to increase post-Covid-19 crisis. Published: 30 March 2020. Available at: <https://boardagenda.com/2020/03/30/ma-activity-predicted-to-increase-post-covid-19-crisis/>. Accessed: 1 June 2020.

EUROPEAN UNION. Competition Commission *EU Competition Law – Rules Applicable to Merger Control – Situation as at 1 april 2010 – Competition Handbooks*. 2010. Available in: [https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger\\_compiler.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compiler.pdf).

\_\_\_\_\_. Competition Commission. *Merger assessment guidelines*. Published in September 2010. Available at: [http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep\\_pub/rules\\_and\\_guide/pdf/100916\\_merger\\_assessment\\_guidelines.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/rules_and_guide/pdf/100916_merger_assessment_guidelines.pdf). Accessed: 1 June 2020.

JOSSUA, Jean Pierre; METZ, Johann Baptist. Editorial: Teologia e Literatura. *Concilium*, Petrópolis, v. 115, n. 5, p. 2-5, 1976

KANYUFI, Michael Gitonga. The Effects of Financial Distress on The Value of Firms Listed at The Nairobi Securities Exchange. p. 35, 2015.

KRISHNAMURTHY, Ravichandran. Effect of Financial Crisis over Mergers and Acquisitions in GCC Countries. *SSRN Electronic Journal*. 10.2139/ssrn.1360249, 2009.

MCCHESENEY, Fred S. Defending the Failing-Firm Defense. *Nebraska Law Review*, v. 65. n. 1, 2, 1986.

MEIER, Jean-Marie A.; SERVAES, Henri. Distressed acquisitions. London Business School. 2014. Available at: <http://faculty.london.edu/hservaes/distressedacquisitions.pdf>

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Estruturas. Malheiros Editores, 2007. p.214.

OLIVEIRA JR., Fernando Antônio de Alencar Alves de. A teoria da *failing firm* e sua aplicação no Brasil. Ed. JusPODIVM, 2016.

OLIVEIRA JR., Marcio de. ESTEVES, Luiz Alberto. *Covid-19, falência e concorrência: uma proposta de screening test*. Blog do Ibre, 2020/ Available at: < <https://blogdoibre.fgv.br/posts/covid-19-falencia-e-concorrencia-uma-proposta-de-screening-test>>.

Accessed: May 22, 2020.

OXERA, The failing-firm defence: a ‘get out of jail free’ card in mergers? May 2014. Available at: < <https://www.oxera.com/agenda/the-failing-firm-defence-a-get-out-of-jail-free-card-in-mergers/>>.

Accessed: 1 June 2020.

UNITED KINGDOM. Competition and Markets Authority. *Guidance, Annex A: Summary of CMA’s position on mergers involving ‘failing firms’*. 2020 Available at: <<https://www.gov.uk/government/publications/merger-assessments-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic/annex-a-summary-of-cmas-position-on-mergers-involving-failing-firms>>.

Accessed 20 May 2020.

\_\_\_\_\_. Competition and Markets Authority. *Merger Assessment Guidelines*. September 2010. Available at: <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284449/OFT1254.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf)>.

Accessed 25 May 2020

UNITED STATES. Federal Trade Commission. *Merger Guidelines*. 1992. Available at: < <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11250.pdf>>.

\_\_\_\_\_. Federal Trade Commission & Department of Justice. *Merger Guidelines*. 2020. Available at: < <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2010/08/19/hmg-2010.pdf>>.

## **4. DIREITO CONCORRENCIAL CONTRA O CONSENSO: UMA ANÁLISE DA OPERAÇÃO BOEING/EMBRAER E SUAS REPERCUSSÕES**

### *4. ANTITRUST LAW AGAINST CONSENSUS: AN ANALYSIS OF THE BOEING/EMBRAER DEAL AND RELATED IMPLICATIONS*

*Paloma Caetano Almeida; Anna Luiza Estrella Constancio Tavares e  
Júlia Reis Romualdo*

**Resumo:** Diante do crescimento, de um lado, da relevância do Direito Antitruste ao redor do mundo e, de outro, da concentração econômica em diversos setores econômicos, tem havido algum nível de embate de interpretação. Esse embate torna-se ainda mais relevante em cenários mais intervencionistas desse ramo do direito, ou seja, quando as autoridades responsáveis por realizarem tais análises acabam por intervir de forma mais rígida no mercado. Diante desse cenário, o presente artigo busca explorar esse nível de intervenção e os possíveis riscos da falta de consenso para a concorrência segundo a operação envolvendo as empresas Boeing e Embraer. Em abril de 2020, a operação foi abandonada sem antes ter havido qualquer decisão por parte da Comissão Europeia, o que levanta questionamentos sobre consenso entre autoridades e a relevância da celeridade de decisões antitruste em um mundo constantemente em mudança.

**Palavras-chave:** Boeing – Embraer - Concentração econômica - Intervencionismo antitruste

**Abstract:** In a scenario in which the Antitrust Law has a growing relevance around the world and, in turn, economic concentration has also grown in many economic sectors, there has been some level of interpretation clash. This clash becomes more pronounced in more interventionist scenarios of such field of law. That is, when the antitrust

authorities are more prone to harsh intervention on the market. The present article seeks to go through this level of intervention and the possible risks of a lack of consensus towards competition according to the international Boeing/Embraer deal. In April 2020, the parties cancelled the deal before the issuance of a decision by the European Commission. This outcome raises questions on consensus among authorities and the relevance of timing for antitrust decisions within a constantly changing world.

**Key Words:** Boeing – Embraer – Economic concentration – Antitrust interventionism

## 1. Introdução

O Direito da Concorrência não possui um sentido único (mesmo ao longo da história ou entre diferentes jurisdições). Como destaca Paula Forgioni<sup>21</sup>, houve três principais vetores do Direito Concorrencial ao longo de sua evolução: (i) determinação de regras para o comportamento dos agentes econômicos visando a resultados eficazes e imediatos; (ii) regulamentação do comportamento dos agentes econômicos para fins de estruturação do próprio sistema e de proteção do mercado contra seus efeitos autodestrutíveis; (iii) regulamentação da concorrência, ou seja, não apenas do comportamento dos agentes econômicos, mas como um instrumento de implementação de políticas públicas. Sobre isso, Calixto Salomão Filho também destaca que “*se é verdade que as normas de concorrência são essenciais para orientar o comportamento econômico dos agentes, deve-se, em seguida, perguntar em que sentido elas indicam*”<sup>22</sup>.

O presente artigo busca entender em que sentido divergências de interpretação entre as autoridades responsáveis por aplicar políticas de defesa da concorrência têm indicado. Não à toa buscamos analisar essas questões à luz do ato de concentração pretendido pela Boeing e a Embraer, empresas aeroespaciais de fabricação de aeronaves e jatos.

Essa operação consistia em um ato de concentração formado por duas operações interligadas, nos setores de aviação comercial e operação

---

<sup>21</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed. rev. e atual, 2014. pp. 36-37.

<sup>22</sup> FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 39.

de defesa. Ela foi notificada em nove jurisdições diferentes, das quais apenas o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) e a Comissão Europeia se debruçaram por um período relativamente mais longo, sendo que esta última nem chegou a concluir sua análise antes da desistência da operação pela Boeing. Diante de claras divergências entre essas autoridades (na figura da Comissão Europeia), trataremos da questão do consenso (ou de sua falta) como um assunto de relevância para entendermos como atos de concentração internacionais podem ser afetados por construções teóricas e práticas alheias a seu controle. A primeira seção do presente trabalho, após esta introdução, irá detalhar a operação entre as empresas, descrevendo o setor econômico em questão e as justificativas para a concentração econômica.

A segunda parte irá tratar, mais especificamente, das análises concorrenciais da operação conduzidas pelas autoridades antitruste localizadas no Brasil, nos EUA e na União Europeia.

A terceira seção tem o objetivo de apresentar os possíveis riscos decorrentes de uma análise antitruste restritiva e sem consenso no âmbito de grandes operações internacionais como a Boeing/Embraer e operação envolvendo a Boeing e a empresa McDonnell-Douglas, em 1997, bem como indicando os diversos motivos para divergências reiteradas entre os EUA e a União Europeia. A quarta seção, por sua vez, apresenta as repercussões do cancelamento da operação em um cenário de crise.

A quinta e última contém as conclusões do presente artigo diante desse cenário, sobretudo considerando a importância do *timing* e relativo consenso de análises antitruste para se garantir uma efetiva concorrência.

## **2. Descrição da operação**

### *2.1. Breves considerações sobre o setor de fabricação de aeronaves*

O setor de fabricação de aeronaves é consideravelmente complexo. O processo de fabricação exige métodos muito cuidadosos, pois qualquer pequena falha pode causar uma grande tragédia.

Esse processo dificilmente dura menos de uma semana, sendo que as várias etapas necessárias à produção demandam enormes plantas produtivas, contendo vários galpões para produção das diversas peças e estruturas para armazenar materiais comprados de terceiros. As peças chegam às linhas de montagem por meio de caminhões, trens ou aeronaves



modificadas para o serviço, a depender do tamanho, como é o caso das asas de alguns modelos. Cada avião é montado em um galpão diferente já que cada aeronave necessita de manejos específicos durante a fabricação.

A fábrica da Boeing em Everett, por exemplo, conta com 30 mil funcionários divididos em três turnos, e estradas exclusivas auxiliam na locomoção desses colaboradores. A planta também conta com conexão direta a linhas ferroviárias para alimentar o sistema. Toda a estrutura conta com centros médicos, creches, cantinas, centrais de combate a incêndio e departamento de segurança interno<sup>23</sup>.

A Embraer atua nos setores de aviação comercial, aviação executiva, defesa e segurança. A empresa brasileira foi fundada em 1969 com a ajuda do governo nacional e revolucionou a tecnologia do país. Em mais de 50 anos de história, hoje ela é o terceiro maior fabricante de jatos comerciais do mundo, empregando mais de 18.000 pessoas<sup>24</sup>.

## 2.2. Descrição da operação e suas justificativas

A operação em análise envolveu a Boeing Brasil Serviços Técnicos Aeronáuticos Ltda., uma subsidiária integral da The Boeing Company, empresa que atua em mais de 65 países no setor aeroespacial e de defesa, e a Embraer S.A, uma empresa aeroespacial constituída no Brasil. A proposta era um ato de concentração formado por duas operações interligadas. A primeira, chamada de operação comercial, seria a aquisição pela Boeing de ações representativas de 80% do capital social e controle exclusivo sobre o negócio de aviação comercial da Embraer, em formato de *joint venture*. A segunda, por sua vez, compreenderia a operação de defesa, por meio da criação de uma *joint venture* chamada EB Defense, LLC (JV KC-390).

O negócio de aviação comercial da Embraer, sediado na cidade de São José dos Campos em São Paulo, produz e comercializa aeronaves comerciais com menos de 150 assentos, incluindo as famílias E1 e E2 de E-Jets da Embraer. Também oferece serviços de pós-venda para as suas

---

<sup>23</sup>Como funciona uma fábrica de aviões. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/aviao/18728-como-funciona-uma-fabrica-de-avioes.htm> Último acesso em 13.08.2020.

<sup>24</sup> Sobre nós. Disponível em: <https://embraer.com/global/en/about-us>. Último acesso em 13 de agosto de 2020.

aeronaves, incluindo treinamento e suporte operacional e técnico. Após a operação, o controle acionário e o estatuto da Embraer não sofreriam alterações, ela manteria seus negócios de aviação executiva, serviços, defesa e segurança e o governo brasileiro continuaria tendo direitos preferenciais, exceto sobre esse negócio em específico, na qual a Embraer não teria controle ou mesmo direitos de veto relacionados às decisões estratégicas.

A constituição da *joint venture* também combinaria a atividade das empresas no segmento de aeronaves de transporte militares. Todas as suas atividades estariam relacionadas à KC390, uma aeronave de transporte militar a jato, de médio porte e bimotor, em desenvolvimento pela Embraer, capaz de transportar carga, realizar reabastecimento aéreo, projetar carga e paraquedistas, entre outras missões. As principais atribuições da JV seriam a montagem final em uma instalação a ser construída nos Estados Unidos, a comercialização e venda em âmbito global e serviços de pós-venda, incluindo peças para aeronaves, serviços de manutenção, reparo e revisão geral (“MRO”), *upgrades midlife* e serviços de campo e suporte ao cliente, engenharia, treinamento, boletins de serviço e suporte de engenharia relacionado.

Conforme detalhado abaixo, o mercado de aeronaves é atualmente formado por um duopólio entre Boeing e Airbus. Por um bom tempo, a Boeing ocupou o primeiro lugar no mercado. Contudo, após a compra, pela Airbus, do Programa C Series da Bombardier em 2017, outro importante *player* do mercado, e dois acidentes envolvendo a aeronave 737-Max da Boeing, a empresa sofreu uma queda em seus resultados comparativos<sup>25</sup>. Devido a isso, entre 2019 e 2020, pela primeira vez desde 2011, a Airbus alcançou a liderança de vendas nesse mercado: segundo fontes públicas<sup>26</sup>, a Airbus vendeu, em 2019, 863 aeronaves, enquanto a Boeing vendeu apenas 345 aeronaves entre janeiro e novembro do mesmo ano. Segundo as partes, a operação entre a Boeing e a Embraer aumentaria

---

<sup>25</sup> *Airbus ultrapassa Boeing e se torna maior fabricante de aviões*. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/airbus-ultrapassa-boeing-e-se-torna-maior-fabricante-de-avi%C3%B5es/a-51870085>. Último acesso em 13 de agosto de 2020.

<sup>26</sup> *Airbus assume liderança do mercado com 863 aviões entregues em 2019*. Disponível em: <https://www.airway.com.br/airbus-assume-lideranca-do-mercado-em-2019-com-863-avioes-entregues/>. Último acesso em 10 de agosto de 2020.

o portfólio da empresa nesse segmento e prometia ser a solução para a recuperação da posição da Boeing no mercado.

Ainda, a aquisição desse negócio permitiria à Boeing expandir sua participação no segmento de aeronaves comerciais de corredor único com menos de 150 assentos. A empresa seria um dos centros de excelência da Boeing no desenvolvimento, fabricação, comercialização e suporte completos, *end-to-end*, de aeronaves desse tipo, e seria totalmente integrada à ampla cadeia de produção e fornecimento da Boeing.

Por fim, esse ato de concentração também proporcionaria às empresas maior flexibilidade para otimizar compras e redução de custos por meio de sinergias, como no desenvolvimento de aeronaves, permitindo a introdução de novas linhas de produtos e o aprimoramento de aeronaves de maneira mais rápida do que ocorreria individualmente.

Segundo as partes, essa concentração aumentaria a concorrência nesse mercado, visto que as duas não seriam concorrentes diretas, mas empresas com portfólios complementares. Além disso, as duas empresas conseguiriam rivalizar com o forte portfólio oferecido pela Airbus. Com relação à ausência de concorrência direta, as empresas alegaram que a Boeing não tem planos de desenvolver, de forma independente, uma nova aeronave com menos de 150 assentos, e que ela não produz, e não possui nenhum plano para desenvolver e produzir aeronaves de transporte militar de tamanho ou missão similares ao KC-390.

### **3. Análise do ato de concentração**

Em um conceito simplista, concentrações econômicas podem, em geral, ser benéficas ou prejudiciais à concorrência e/ou aos consumidores. Elas costumam ser classificadas em horizontais, verticais ou conglomeradas<sup>27</sup>. Para o presente artigo, importam as concentrações

---

<sup>27</sup> Horizontais quando há concorrência no mesmo nível das atividades afetadas por uma determinada concentração econômica (ato de concentração); verticais quando as partes envolvidas em uma dada operação relacionam-se dentro de uma cadeia de produção, em uma relação, por exemplo, entre fornecedor e produtor; e de formação de conglomerados quando as partes envolvidas em uma dada operação não possuem, a princípio, relação entre si nesse contexto, sendo um tipo de concentração econômica menos óbvia.

horizontais, como no caso da operação aqui analisada, as quais envolvem agentes econômicos “em direta relação de concorrência”<sup>28</sup>.

Ainda, como destaca Daniela Cravo a respeito da finalidade na norma concorrencial<sup>29</sup>: “a teleologia da norma concorrencial é assegurar o bem-estar do consumidor (...)”. A análise de tais concentrações é marcada por uma avaliação de impacto sobre o mercado, de forma a entender se ela pode ser aprovada, com ou sem restrições (e, portanto, consumada pelos agentes econômicos), ou rejeitada (sem possibilidade de consumação), justamente a depender desses mesmos impactos, como redução de opções aos consumidores e de inovações no mercado. Apesar de um certo consenso quanto a essas definições generalistas, é importante ter-se em mente que há possíveis divergências no modo como cada autoridade acaba por analisar um ato de concentração.

O ato de concentração pretendido pela Boeing e a Embraer foi notificado em nove jurisdições diferentes, das quais apenas o Cade e a Comissão Europeia se debruçaram por um período mais longo, ou seja, com decisão, no caso do Cade, apenas no ano seguinte à notificação da operação, e, no caso da Comissão Europeia, a análise nem mesmo foi concluída antes da posterior desistência da operação. A operação preencheria os diversos critérios para notificação obrigatória, como critérios de faturamento mínimo e configuração como ato de concentração<sup>30</sup>, das autoridades antitruste do Brasil, da União Europeia, dos Estados Unidos, da China, do Japão, da África do Sul, do Quênia, da

---

<sup>28</sup> FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed. rev. e atual, 2014. p. 404.

<sup>29</sup> CRAVO, Daniela Copetti. *Venda casada: é necessária a dúplici repressão?*. Revista de Defesa da Concorrência, nº1, Maio 2013, pp. 52-70.

<sup>30</sup> No Brasil, as partes envolvidas em dada operação deverão aguardar a aprovação do Cade antes que possa ser implementada caso seja de notificação obrigatória, ou seja, quando: (i) a operação puder ser considerada um ato de concentração econômica (como aquisição de ativos, contratos associativos); (ii) se a operação for realizada ou produzir efeitos no Brasil; e (iii) se os grupos envolvidos na operação preencherem critérios de faturamento mínimo, no ano anterior à operação (um deles com no mínimo R\$ 750 milhões, e o outro com, no mínimo, R\$ 75 milhões). Esses critérios constam do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, conforme valores atualizados pela Portaria Interministerial nº 994, de 30-5-2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>. Último acesso em 13 de agosto de 2020.

Colômbia e do Montenegro. As notificações ocorreram no mês de agosto de 2019 e foram concluídas com decisão de aprovação, sem restrições ou maiores detalhes, o final desse mesmo ano por essas autoridades, com exceção do Cade e da Comissão Europeia.

De todo modo, o Cade posteriormente também aprovou o ato de concentração sem restrições, concluindo que a operação não geraria preocupações concorrenciais relevantes nos 8 mercados relevantes identificados, sobretudo considerando as respostas ao teste de mercado conduzido, conforme abaixo detalhado. A Comissão Europeia, por outro lado, reteve a operação, prorrogando seu prazo inicial de 90 dias úteis, para investigações mais detalhadas por entender que haveria uma possibilidade considerável de maior concentração pós-operação. Tantos foram os atrasos que a autoridade europeia não conseguiu emitir uma decisão antes da desistência da operação pelas partes.

A seguir, será analisado de forma mais detalhada a atuação das autoridades com maior relevância para o caso: o Cade, devido à análise detalhada realizada; o FTC, devido à aprovação célere e sem restrições (sem informações detalhadas); e a Comissão Europeia, por conta de sua postura relativamente controversa. Como detalhado abaixo, o contexto comparativo considerado no presente artigo compreenderá, inclusive, diferenças legais e de suas perspectivas internas quanto à finalidade do próprio Direito Concorrencial, como ao considerá-lo como uma finalidade em si ou como mero instrumento para consecução de outros objetivos.

### *3.1. Análise da operação pelo Cade*

#### *3.1.1 Definição de Mercado Relevante*

A operação foi notificada ao Cade no dia primeiro de agosto de 2019, em procedimento ordinário. Dada a complexidade, foi necessário realizar uma análise precisa dos mercados relevantes que seriam afetados, bem como das possíveis integrações verticais e sobreposições horizontais. Os mercados relevantes na dimensão produto foram, de forma geral, segmentados em dois, o mercado de aeronaves e os mercados correlatos, que englobam serviços e produtos correlatos às aeronaves, como peças e componentes para aeronaves, peças para reposição e serviços de MRO para aeronaves. Quanto à dimensão geográfica, todos os mercados analisados foram considerados mundiais, de acordo com jurisprudência do Cade.

Em parecer emitido em 28 de janeiro de 2020<sup>31</sup>, a Superintendência-Geral (“SG”) segmentou a operação em duas suboperações, chamadas de operação comercial e operação de defesa. A operação comercial envolveria a aquisição, pela Boeing, de ações representativas de 80% do capital social e do controle exclusivo sobre o negócio de aviação comercial da Embraer. Já a operação de defesa consistiria na criação de uma *joint venture* entre a Boeing e a Embraer, com participações de 49% e 51%, respectivamente, para o desenvolvimento e fabricação da aeronave militar KC-390.

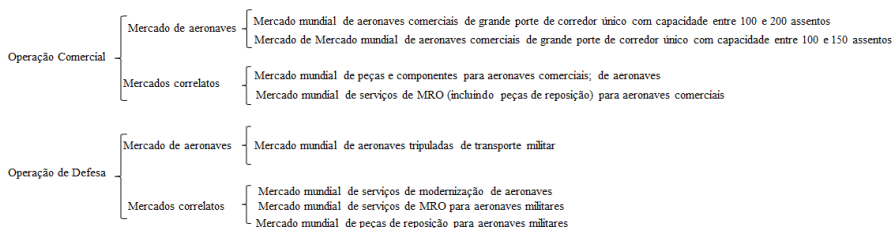
No âmbito da operação comercial, primeiramente é necessário destacar que houve uma segmentação por número de assentos, a segmentação mais geral de aeronaves entre 100 e 200 assentos, e a segmentação mais específica de aeronaves com capacidade de 100 a 150 assentos. Assim, o mercado relevante de aeronaves foi segmentado em dois, o mercado mundial de aeronaves comerciais de grande porte de corredor único com capacidade entre 100 e 200 assentos; e o mercado mundial de aeronaves comerciais de grande porte de corredor único com capacidade entre 100 e 150 assentos. Já os mercados correlatos foram o mercado mundial de peças e componentes para aeronaves comerciais; e o mercado mundial de serviços de MRO (incluindo peças de reposição) para aeronaves comerciais.

Na operação de defesa, o mercado relevante de aeronaves foi definido como mercado mundial de aeronaves tripuladas de transporte militar. Os mercados correlatos, por sua vez, foram três: o mercado mundial de serviços de modernização de aeronaves; o mercado mundial de serviços de MRO para aeronaves militares; e o mercado mundial de peças de reposição para aeronaves militares.

Os mercados relevantes afetados pela operação são indicados a seguir, conforme resumidos no referido parecer:

---

<sup>31</sup> Parecer nº 1/2020/CGAA4/SGA1/SG. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_exter\\_na.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOk4W2RQf4NPaQVzi9GevJ7D6WEgpVkr27o7WXYWsyP2NHPwWtWXXK6gfvvgBS57S4mlctzp4KRgXhmV\\_d1qBiCp1](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_exter_na.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOk4W2RQf4NPaQVzi9GevJ7D6WEgpVkr27o7WXYWsyP2NHPwWtWXXK6gfvvgBS57S4mlctzp4KRgXhmV_d1qBiCp1). Último acesso em 13 de agosto de 2020.



*Fonte: Parecer nº 1/2020/CGAA4/SGA1/SG.*

Foram analisadas sobreposições horizontais entre as atividades da Boeing e da Embraer nos oito mercados acima mencionados. A análise específica para esses mercados é comentada, mais detalhadamente, na seção 3.1.3. abaixo, com enfoque relativo às sobreposições horizontais – não houve considerações relevantes a respeito das integrações verticais.

Com relação ao mercado de aeronaves comerciais, houve uma divergência entre o entendimento das Requerentes e da SG. As Requerentes entendiam que as duas produziam aeronaves com características distintas e projetadas para objetivos diferentes, sendo que a Boeing projetava aeronaves com capacidades para mais de 138 passageiros, e a Embraer projetava aeronaves para menos de 130 passageiros. Elas afirmaram que não fazia parte do plano da Embraer desenvolver aeronaves de grande porte e que as atividades das duas seriam complementares.

A SG afirmou, no parecer, que essas alegações eram apenas parcialmente procedentes, já que o mercado mais abrangente de 100 a 200 assentos tende a diluir mais a participação da Embraer, mas no mercado mais restrito de 100 a 150 assentos a sobreposição entre as duas empresas seria mais relevante, envolvendo o 737 MAX 7 da Boeing e o E195-E2 da Embraer. Tal sobreposição horizontal ocasionaria uma concentração de mais de 20%, abrindo possibilidade para o exercício de poder de mercado, conforme abaixo detalhado.

Sobre o mercado de aeronaves tripuladas de transporte militar, houve novamente uma contradição entre a visão das Requerentes e da SG. Enquanto as Requerentes entendiam não competir nesse mercado, ressaltando que a Boeing não fabrica nenhuma aeronave e não possui planos de desenvolver uma aeronave de transporte militar com capacidade de missão similar ao KC-390, o A SG constatou a existência de dois tipos

de aeronaves de transporte militar da Boeing que poderiam integrar esse mercado, o KC-46A Pegasus e o C-40 Clipper. Apesar das diferenças entre elas, segundo a definição e os critérios propostos pela jurisprudência nacional e internacional, todas poderiam compor, a princípio, o mesmo mercado relevante. Contudo, tal interpretação da SG não se confirmou com o avanço da análise e com o teste de mercado realizado, conforme será explicado posteriormente.

Quanto à integração vertical, foi verificada relação entre o mercado mundial de peças e componentes para aeronaves comerciais (mercado *upstream*) e o mercado de aeronaves comerciais (mercado *downstream*), reforçada pela referida operação comercial. Contudo, a SG entendeu que não haveria risco de fechamento de mercado quanto à oferta de peças e componentes. Isso porque (i) as Requerentes possuem baixo poder de mercado nesse segmento; e (ii) que grande parte da produção das Requerentes nesse mercado é para consumo cativo.

Nem mesmo haveria risco de fechamento do acesso de fornecedores de peças ao mercado de aeronaves, dada a dependência das Requerentes ao fornecimento de peças por terceiros (*i.e.*, boa parte das peças utilizadas pelas Requerentes na fabricação das aeronaves é fornecida por terceiros) e a grande demanda de fornecimento de peças por outras empresas, como a Airbus, que detém mais de 50% do mercado.

### *3.1.2. Análise específica da operação pelo Cade: Mercados Correlatos*

Inicialmente, vale destacar que não houve terceiro interessado habilitado nos autos. Em termos de teste de mercado, por sua vez, a SG enviou ofícios a participantes do segmento. Sobre a operação comercial em mercados correlatos, foram feitos testes nos diferentes mercados destacados.

No mercado de peças para aeronaves comerciais, manifestaram-se as companhias aéreas Gol, LATAM e Azul, além de outras clientes do segmento, como a TAP Manutenção, a COMAF Indústria Aeronáutica, a BSB Peças e a Alestis do Brasil. Grandes fabricantes de peças desse segmento, como a Rockwell Collins Aerospace, a Honeywell, a Safran, e a GE Aviation, também responderam aos ofícios. A resposta da maioria das oficiadas foi a de que se trata de um mercado bastante pulverizado e que a operação não impactaria o mercado mundial de peças para aeronaves comerciais.



No mercado de Serviços de MRO (incluindo peças de reposição) para aeronaves comerciais, foram oficiados os mesmos *players* do mercado de peças. A conclusão geral foi de que esse mercado também é bastante pulverizado, com diversos concorrentes em nível mundial, além do fato de que as Requerentes não são concorrentes diretas, pois oferecem esses serviços apenas para seus próprios produtos. Contrariando a maioria, a Azul e a TAP Manutenções apontaram alguns possíveis problemas, como: o mercado de MRO no Brasil ainda seria pequeno, e, caso a Boeing descontinuasse os serviços de MRO prestados pela Embraer no Brasil, haveria impactos significativos para os clientes.

Na operação de defesa em mercados correlatos, o Comando da Aeronáutica (“COMAER”) emitiu posicionamento favorável à operação. No mercado de serviços de modernização de aeronaves militares, a COMAER afirmou que não vislumbra alteração no cenário concorrencial para essa atividade, já que a possibilidade de ação conjunta das duas empresas está restrita à aeronave KC-390.

Finalmente, no mercado de serviço MRO e de peças de reposição para aeronaves militares, houve o entendimento de que tais mercados não possuem grandes diferenças estruturais em relação aos já apresentados elementos da operação comercial, não sendo necessário um novo debate. É válido ressaltar que o único cliente potencial relacionado à aviação militar no Brasil é a Força Aérea Brasileira (FAB), e, portanto, o único que poderia ser afetado pela operação de defesa.

Após extensa análise, a SG concluiu que, com relação aos mercados correlatos, os impactos da operação seriam concorrencialmente pouco relevantes. No âmbito da operação comercial, no mercado de peças para aeronaves comerciais, concluiu-se que a operação comercial não conferiria às Requerentes participação de mercado suficiente (elas passariam a deter participação de mercado combinada dentro de um intervalo de 0-10%) para que pudessem oferecer riscos aos clientes e concorrentes. Já no mercado de serviços de MRO (incluindo peças de reposição) para aeronaves comerciais a conclusão foi a de que a participação isolada das Requerentes seria insignificante (intervalo de 0-10%), e a operação comercial não conferiria a elas participação de mercado suficiente para que as empresas alcançassem uma posição que pudesse oferecer riscos à concorrência.

Na operação de defesa, mais especificamente quanto ao mercado de serviços de modernização de aeronaves militares, concluiu-se pela ausência de possibilidade de exercício de poder de mercado, dada a baixa

participação conjunta das Requerentes, dentro de um intervalo de 10-20%. Ainda, no mercado de serviço MRO e de peças de reposição para aeronaves militares, a SG concluiu que a participação conjunta das Requerentes seria bastante baixa (participação combinada dentro de um intervalo de 0-10% em ambos os mercados) e que a operação de defesa geraria um incremento insignificante dada a baixíssima participação isolada da Embraer nesse mercado. Assim, verificou-se a impossibilidade de exercício de poder de mercado.

### *3.1.3. Análise específica da operação pelo Cade: Mercados de Aeronaves*

Com relação às sobreposições horizontais nos mercados de aeronaves, as conclusões foram distintas. Quanto à operação de defesa, no mercado de aeronaves tripuladas de transporte militar, a COMAER concordou com as Requerentes no sentido de que as aeronaves fabricadas pela Boeing e identificadas pela SG como possíveis concorrentes da KC-390 possuiriam perfis bastante distintos, não sendo concorrentes perfeitos.

Ao final da análise quanto a esse mercado, a SG concluiu que não haveria possibilidade de poder de mercado. Além de considerar os resultados favoráveis do teste de mercado, a também SG destacou que a operação de defesa não consistiria em uma união dos portfólios de aeronaves de transporte militar das Requerentes, mas apenas a realização de um projeto em comum relacionado à KC-390. Além disso, a participação combinada das duas seria inferior a 20%, mesmo em um cenário considerando as três aeronaves listadas acima como parte do mercado. Há também indícios de que as aeronaves possuem objetivos diferentes, e, como adiantado, a principal cliente do mercado se posicionou a favor da operação.

Porém, a operação comercial demandou uma análise mais apurada, como detalhado a seguir. O mercado de aeronaves comerciais, como já dito, foi segmentado por número de assentos. O segmento de aeronaves comerciais de grande porte de corredor único com capacidade de 100 a 200 assentos não apresentou maiores problemas concorrenciais: a alta concentração nesse mercado, formada pelo duopólio Airbus e Boeing (participações dentro de intervalos de 50-60% e 30-40%, respectivamente) era anterior à operação, sendo pouco reforçada por ela, já que a participação da Embraer nesse mercado estaria dentro de um intervalo de 0-10%.

Por outro lado, contudo, o segmento mais restrito desse mercado, o de aeronaves comerciais de grande porte de corredor único com capacidade entre 100 e 150 assentos, seria mais impactado pela operação. A aquisição da divisão de aeronaves comerciais da Embraer retiraria do mercado um agente especializado no segmento e com participação de mercado relevante. Nesse contexto, vale destacar que a Embraer possui participação de 10-20% nesse mercado, ocupando o segundo lugar, atrás apenas da Airbus com participação de 70-80%, sendo a Boeing o terceiro maior *player* nesse mercado (baixa participação de 0-10%). Ademais, a sobreposição entre as aeronaves E195-E2, da Embraer, e o Boeing 737 MAX 7 ocasionaria uma concentração pós-operação dentro do intervalo de 20-30%, possibilitando um exercício de poder de mercado.

Diante dessa situação, foram feitas análises mais profundas para avaliar a possibilidade de entrada e rivalidade remanescente nesse mercado específico de aeronaves comerciais com capacidade entre 100 e 150 assentos. Tal análise atestou que a entrada de novos agentes seria pouco provável a curto prazo. Por outro lado, também verificou que a operação não teria o condão de afetar negativamente a rivalidade do mercado: apesar da alta concentração e do pequeno número de agentes, a ampliação do portfólio da Boeing aumentaria a capacidade da empresa de exercer pressão competitiva contra a Airbus, a líder do mercado. Com efeito, houve relatos nesse sentido nos testes de mercado, afirmando que a operação poderia intensificar a rivalidade no segmento.

A despeito de eventuais e iniciais preocupações nesse último segmento, a análise concluiu que a operação comercial não foi estruturada com o objetivo de inviabilizar uma futura eventual concorrência nos mercados de aeronaves comerciais com capacidade maior do que 150 assentos, visto que a Embraer nunca chegou a demonstrar interesse em entrar nesse mercado nem possuiria capacidade de fazê-lo em um futuro próximo. Assim, o Cade aprovou a operação, sem restrições, no dia 28 de janeiro de 2020, quase seis meses após a notificação.

#### *3.1.4. Recurso do Ministério Público Federal*

Após a aprovação, o Ministério Público Federal (“MPF”) interpôs um recurso pedindo que o ato de concentração fosse submetido à análise do Tribunal Administrativo do Cade, e os motivos apresentados foram a alta complexidade do mercado, já em dinâmica de concentração. O MPF apontou a importância de também ser analisado o segmento inferior a 100

assentos, chamada aviação de tipo regional, mesmo a SG não tendo levantado essa preocupação: a Boeing não atua no mercado, ou seja, a operação não enseja sobreposição horizontal. Tal análise seria para completude do entendimento do poder de portfólio, já que a Embraer fabrica, atualmente, diversos tipos de aeronaves utilizadas para aviação regional, com significativo sucesso no mercado. Para o MPF, a aprovação do ato de concentração ampliaria o duopólio formado por Boeing e Airbus.

Contudo, o recurso do MPF não foi conhecido pelo Cade. O Conselheiro-Relator Luiz Hoffmann ponderou que, mesmo o MPF tendo enorme relevância em nosso ordenamento jurídico, não lhe foi atribuída a função de atuar em casos de atos de concentração, a teor do inciso IX, art. 129 da Constituição Federal. Divergindo do Conselheiro-Relator, o Presidente do Cade, Alexandre Barreto, foi o único a entender que o representante do MPF que atua junto ao Cade tem prerrogativa para recorrer em atos de concentração na condição de *custos legis* (fiscal da lei).

Insatisfeito com a decisão, o MPF opôs embargos de declaração em face da decisão proferida. O documento ressaltou que o despacho decisório teria sido contraditório ao mencionar a notável atuação do MPF na defesa da ordem econômica, citando vários princípios e dispositivos que asseguram essa participação. O MPF, ainda, pediu nulidade da decisão alegando vício de legalidade.

As Requerentes manifestaram-se contra os embargos, reiterando os argumentos apontados no despacho decisório. Por fim, em sessão de julgamento, o plenário do Tribunal Administrativo conheceu dos embargos de declaração, mas, no mérito, decidiu pelo não provimento, nos termos do art. 220, *caput*, do Regimento Interno do Cade. O Conselheiro-Relator ressaltou também não vislumbrar obscuridades, contradições ou omissões a serem sanadas no despacho decisório, de modo que os embargos declaratórios não comportariam provimento. Dessa forma, a operação seguiu com a aprovação sem restrições por parte do Cade, com trânsito em julgado da decisão.

### 3.2. Análise da operação pelo FTC

A *Federal Trade Commission* (FTC) e a *Antitrust Division of the Department of Justice* (DOJ), nos EUA, possuem competências complementares para analisar operações e condutas que possam afetar a

concorrência. Mais especificamente com relação a atos de concentração, vale destacar que, assim como no Brasil, a análise é prévia e suspensiva. Nesses casos, as partes devem notificar a operação previamente à autoridade antitruste e aguardarem sua aprovação antes de estarem autorizadas para consumar a operação.

No caso dos EUA, conforme descrito por Schapiro e Bacchi<sup>32</sup>, as partes devem submeter o pedido de aprovação de uma operação na forma do “Formulário de Notificação” a ambas as autoridades e segundo a Seção 4C do *Antitrust Improvements Act Notification and Report Form for Certain Mergers and Acquisitions*, ou seja, acompanhado de documentos relevantes sobre a operação e suas justificativas, como trocas de e-mails, estudos e relatórios de mercado e internos sobre os mercados afetados. Posteriormente, a notificação passa por uma etapa de pré-notificação perante o *Premerger Notification Office* (PNO), que fica responsável por conduzir a primeira etapa de análise da operação e de seus documentos a fim de produzir um relatório com suas recomendações (*i.e.*, arquivamento ou prosseguimento da investigação) e encaminhar o caso para a análise final por parte de uma área focada no setor da indústria correlato. É a partir da conclusão da análise pelo PNO que o prazo para a análise pela autoridade antitruste tem início, podendo ser prorrogado apenas caso a autoridade responsável pela análise entenda pela necessidade de uma instrução complementar para investigar possíveis efeitos anticompetitivos decorrentes da operação.

Contudo, diferentemente do Brasil, o processo não é inteiramente transparente em termos de acesso ao público geral, a menos que uma operação levante preocupações concorrenciais após eventual instrução complementar pela autoridade e seja judicializada para fins de impugnação da operação e/ou imposição de remédios que compensem essas preocupações. No caso da operação em questão, a análise não foi publicizada, mas a aprovação por parte do FTC foi formalizada em declarações públicas da Boeing e da Embraer.

Muito embora não seja possível tecermos considerações específicas sobre a análise nos EUA, seu procedimento já permite concluir

---

<sup>32</sup> SCHAPIRO, Mario Gomes. BACCHI, Fabiana Mesquita. Análise dos atos de concentração no Brasil: Forma, função e o incrementalismo reformista do CADE. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (et. al.). **Direito Econômico Concorrencial**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, pp. 49-96. Disponível em: < [https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anilise\\_dos\\_atos\\_de\\_conce\\_ntraouo\\_no\\_brasil.pdf](https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anilise_dos_atos_de_conce_ntraouo_no_brasil.pdf) >. Último acesso em 06.06.2020.

que a operação não levou nenhuma preocupação concorrencial relevante, além de ter sido aprovada pela autoridade com considerável celeridade, antes do Cade, por exemplo. Nesse sentido, segundo o Guia de Concentrações Horizontais das autoridades antitruste dos EUA destaca que o artigo 7º do Clayton Act (legislação relevante sobre o tema) proíbe concentrações se “em qualquer linha de comércio ou em qualquer atividade que afete o comércio em qualquer seção do país, o efeito de tal aquisição puder ser substancialmente o de diminuir a concorrência ou tender a criar um monopólio”<sup>33</sup>.

### 3.3. Análise da operação pela Comissão Europeia

Dentre as autoridades notificadas sobre o caso, a Comissão Europeia se destacou pela demora na análise da operação. Notificada em 30 de agosto de 2019, a aquisição preocupou as autoridades concorrenciais europeias ao ponto de somarem-se cerca de 173 dias úteis de atraso para a decisão, inicialmente prevista para 20 de fevereiro de 2020 considerando seu prazo de 90 dias úteis<sup>34</sup>. Tantos foram os adiamentos, somados ao repentino cenário de pandemia, que a operação foi abandonada antes mesmo da decisão final, em 25 de abril de 2020. Tratava-se, contudo, de uma operação cujas partes esperavam receber as aprovações regulatórias até o final de 2019.

Conforme já mencionado, a operação tinha como fim a aquisição de participação em duas *joint ventures*, a primeira contaria com 80% de participação da Boeing controlando as atividades sobre aeronaves comerciais e serviços prestados pela Embraer e a segunda, com participação de ambas as companhias, voltada para o modelo de aeronave

---

<sup>33</sup> Tradução livre: “(...) *in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly*”. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>. Último acesso em 06.06.2020.

<sup>34</sup> O procedimento da autoridade europeia consiste em uma fase inicial na qual ela tem o prazo de 25 dias úteis para decidir se aprova a concentração ou se inicia uma investigação mais profunda sobre o caso e seus efeitos. Uma vez decidido prosseguir com a segunda opção, a Comissão passa a dispor de 90 dias úteis para finalizar a segunda fase. Essa previsão se encontra no artigo 10 (3) combinado com a leitura do item 1.1 do Anexo 1 da *Merger Regulation (Commission Regulation (EC) n° 802/2004 - versão consolidada)* da Comissão Europeia.

militar KC-390 da Embraer. A operação em tela levantou preocupações na Comissão Europeia acerca de uma possível redução de competitividade no mercado de aeronaves comerciais. Trata-se, por sua vez e conforme já mencionado, de um mercado já considerado concentrado. Além disso, a Airbus e a Boeing se estabelecem notoriamente como principais *players* nesse setor<sup>35</sup>. Esse posicionamento é visível por parte da Comissão Europeia, por exemplo, no ato de concentração entre Boeing e McDonnell-Douglas, o qual será melhor resumido adiante neste artigo.

Em seus breves pronunciamentos, a autoridade europeia não chegou a disponibilizar, publicamente, dados ou estudos capazes de expressar numericamente a concentração desse mercado anterior e posterior à operação. Diferentemente do Cade, a autoridade europeia dá publicidade aos atos de concentração, em um primeiro momento, por meio de pequenas e não muito informativas notas, chamadas de *press releases*. Nesses pronunciamentos, a autoridade informa as bases e conclusões da análise de um de determinado caso, como ao tratar, superficialmente, dos mercados afetados e de elementos não confidenciais das operações propostas. A decisão propriamente dita é disponibilizada para o público muito depois do fim da análise.

No *press release* relativo à operação, disponibilizado no site da Comissão<sup>36</sup> em 4 de outubro de 2019, a autoridade manifestou brevemente seu receio sobre a operação e os impactos da Embraer deixar de ser uma competidora no mercado. Em especial, evidenciou os segmentos de aeronaves comerciais de 100 a 150 assentos (*small single-aisle commercial aircraft*) e o mercado de 100 a 225 assentos (*overall single-aisle market*) como os de maior atuação da Embraer. No primeiro destes segmentos, considerou-se a Boeing e a Embraer como competidores de

---

<sup>35</sup> Apesar da falta de dados da Comissão nessa operação, é possível concluir que se trata de um mercado concentrado considerando que, em 1996, a Boeing possuía 61% e a Airbus 37% de participação de mercado no Espaço Econômico Europeu (Russo, F., Schinkel, M. P., Günster, A., & Carree, M. (2010). *European commission decisions on competition: economic perspectives on landmark antitrust and merger cases*. Cambridge University Press. p. 377). A partir daí nenhum novo grande *player* entrou nesse mercado relevante, logo é pode-se extrair que se trata de um mercado tão ou mais concentrado quanto era em 1996.

<sup>36</sup> *Mergers: Commission opens in-depth investigation into joint ventures proposed by Boeing and Embraer*. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_6007](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6007). Último acesso em 13 de agosto de 2020.

mesmo nível enquanto que no segundo destacou-se o crescimento que a Embraer vinha obtendo apesar de seu pequeno *market share*. Nesse sentido, a principal preocupação da Comissão residia na saída da Embraer, terceiro grande *player*, do mercado de aviação e, como consequência, uma maior concentração prejudicial à concorrência.

Destacou-se, também no *press release*, o fato de que, segundo o entendimento da Comissão Europeia, por conta das altas barreiras de entrada, potenciais *players* de países como China, Japão e Rússia provavelmente demorariam cerca de 5 a 10 anos para equiparar a pressão competitiva exercida pela Embraer atualmente. Com a operação aprovada, até a entrada desses novos agentes esse mercado poderia perder seu ritmo de inovações e sofrer com um aumento de preços. Logo, por essas razões, a operação necessitaria uma investigação mais detalhada, típica da segunda fase de análise da autoridade, para uma decisão acertada sobre a questão.

Contudo, após a operação ser aprovada por sete autoridades concorrenciais rapidamente e sem maiores questionamentos, a Comissão Europeia passou a figurar em notícias por seus constantes atrasos. Mesmo depois da decisão do Cade no dia 28 de janeiro de 2020, ainda não havia sinais da resposta final da Comissão. Por ter um rito processual significativamente menos transparente em comparação à autoridade brasileira, resta averiguar as declarações noticiadas das partes e da própria Comissão Europeia sobre os sucessivos atrasos.

Nesse sentido, antes do abandono da operação, a Boeing e a Embraer se pronunciavam em conjunto. Transmitiam a imagem de forte e conjunta colaboração com as autoridades além do otimismo acerca do resultado, ainda mais por conta das outras sucessivas aprovações sem restrições. Por consequência, a Comissão Europeia aparentava extrema ineficiência pela demora na análise<sup>37</sup>. No entanto, como justificativa, a

---

<sup>37</sup> Para fins de ilustração, um ato de concentração leva em média 337 dias desde o anúncio público da intenção das partes até a decisão da Comissão Europeia. Ou seja, no caso Boeing/Embraer, essa contagem se iniciaria em 17 de dezembro de 2018 e não chegou a ter decisão mesmo com mais de 490 dias transcorridos. (COOK, Christopher (2017). *Real review timetables under the EU Merger Regulation. Concurrences Revue de Droits de la Concurrence*. Disponível em: <[https://www.clearlygottlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/2017/publications/concurrences-real-review-timetables-under-the-eu-merger-regulation-2017\\_cook-05-31-17.pdf](https://www.clearlygottlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/2017/publications/concurrences-real-review-timetables-under-the-eu-merger-regulation-2017_cook-05-31-17.pdf)>)



autoridade europeia informou por e-mail a jornalistas<sup>38</sup> que, uma vez que as partes falhem ao apresentar informações relevantes solicitadas, a contagem do prazo da análise é suspensa. Assim, evidencia-se a nebulosidade sobre os atrasos para a decisão final da comissão. Até o abandono da operação em 8 de maio de 2020, não se encontrava claro se a demora era fruto da falha das partes de prestar as informações necessárias ou de uma grande ineficiência da Comissão.

Em suma, pode-se concluir que a operação apresentada pela Boeing e pela Embraer ensejou preocupações de caráter concorrencial quanto ao grau concentração dos mercados. A Comissão Europeia suspendeu a contagem do prazo por sete vezes de forma que os 90 dias úteis previstos pelo regulamento se tornaram quase um ano. 7 de agosto de 2020 corresponde à última previsão para a decisão, a menos de um mês para o aniversário de um ano da notificação. Dessa forma, o atraso, tanto das partes quanto da autoridade, prejudicou imensamente a celeridade considerada essencial ao Direito Concorrencial.

#### **4. Considerações sobre a desistência da operação segundo o Direito Antitruste**

##### *4.1. Breves considerações sobre os possíveis motivos para a desistência*

Em 25 de abril de 2020, a Boeing publicamente anunciou a rescisão do contrato celebrado com a Embraer (Acordo Global da Operação – MTA). Segundo ela, o prazo inicial para consumação da operação estipulado em contrato foi extrapolado (24 de abril do mesmo ano). Ultrapassado esse prazo, qualquer uma das partes poderia rescindir o contrato caso as condições necessárias para eventual prorrogação não fossem preenchidas tempestivamente. Na visão da Boeing, o contrato não poderia ser estendido em razão do descumprimento das condições contratuais por parte da Embraer<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> *Boeing-Embraer Deal Faces Delays as EU Pauses Its Probe Again*. Disponível em <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-01-23/boeing-embraer-deal-risks-delays-as-eu-pauses-its-probe-again>. Último acesso em 06.06.2020.

<sup>39</sup> *Boeing abandons tie-up with Embraer, citing transaction conditions*. Disponível em: <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1181832&siteid=190&dir=1>. Último acesso em 04.06.2020.

No mesmo dia, a Embraer, por sua vez, publicamente afirmou estar em conformidade com o MTA e alegou que a Boeing teria rescindido indevidamente o contrato, atribuindo responsabilidade à empresa por falsas alegações como pretexto para evitar o cumprimento de seus compromissos contratuais e por “*um padrão sistemático de atrasos e violações repetidas ao MTA*”<sup>40</sup>. Atualmente, as empresas entraram com processos arbitrais buscando ressarcimento pelos danos alegadamente sofridos por cada uma nesse cenário, e não citaram questões regulatórias como motivos para tal situação.<sup>41</sup>

Contudo, para além das manifestações públicas das empresas, é importante termos em mente o contexto em que essa rescisão se encontra e como fatores externos também podem ter contribuído para essa decisão e, conseqüentemente, para todo o prejuízo a que se seguiu desde então.

Conforme acima mencionado, todas as autoridades aprovaram a operação, sem restrições e dentro de um ritmo bastante acelerado, com exceção da Comissão Europeia. O FTC, por exemplo, rapidamente aprovou a operação, mesmo concluindo uma análise detalhada, segundo as empresas em questão<sup>42</sup>. Contudo, a Comissão Europeia não chegou a uma conclusão sobre a operação, mesmo após aproximadamente 8 meses de análise (sem contar o período de pré-notificação), dado que foi notificada perante a autoridade em agosto de 2019. Essa considerável demora associada à falta de perspectiva de aprovação tempestiva foi apontada por alguns veículos como sendo algumas causas para a desistência da operação. Esse cenário, o cenário de crise econômica em razão da pandemia e possíveis motivos para essa demora são comentados abaixo.

#### 4.2. *Direito concorrencial como possível barreira ao consenso (e à concorrência)?*

---

<sup>40</sup> *Embraer afirma que Boeing rescindiu indevidamente o Acordo Global da Operação (MTA)*. Disponível em: <https://embraer.com/br/pt/noticias?slug=1206709-embraer-afirma-que-boeing-rescindiu-indevidamente-o-acordo-global-da-operacao-mta>. Último acesso em 04.06.2020.

<sup>41</sup> *Embraer inicia arbitragem contra a Boeing após americana desistir de parceria na aviação comercial*. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2020/04/embraer-inicia-arbitragem-contr-boeing-apos-americana-desistir-de-parceria-na-aviacao-comercial.html>. Último acesso em 04.06.2020.

<sup>42</sup> *Boeing-Embraer Strategic Partnership Taking Shape*. Disponível em: <https://boeing.mediaroom.com/2019-10-03-Boeing-Embraer-Strategic-Partnership-Taking-Shape>. Último acesso em 06.06.2020.

Conforme acima adiantado, a Comissão Europeia decidiu analisar a operação de forma mais aprofundada, ou seja, seguindo para a segunda fase de análise, pois entendia haver preocupações específicas caso a operação fosse aprovada. Contudo, conforme também debatido por alguns veículos, essas preocupações não se justificariam no caso concreto<sup>43</sup>.

Em primeiro lugar, há críticas ao fato de que as solicitações de informações por parte da Comissão Europeia foram repetidamente excessivas, incluindo pedidos de dados de mais de 20 anos. Isso também teria contribuído para o atraso da análise.

Segundo, parece contraditório que a Comissão Europeia consideraria a Embraer (terceiro *player* distante e sem o mesmo nível de concorrência que o das gigantes do setor) como uma clara esperança para combater o duopólio da Boeing-Airbus. Isso porque, de outro lado, a Comissão também entendeu que até mesmo a China, por meio de sua fabricante estatal Comac, provavelmente não teria condições de exercer uma restrição competitiva de forma tempestiva<sup>44</sup>.

Terceiro, segundo a Comissão Europeia, também haveria uma preocupação concorrencial quanto à possível perda da concorrência entre Boeing e Embraer no mercado de pequenos jatos comerciais. Contudo, não havia nem sido comprovado que as empresas concorreriam nesse mercado dadas as diferenças quanto ao número de assentos, às distâncias possivelmente percorridas pelos aviões em questão e mesmo quanto ao fator preço.

Em análise do MLex sobre a operação, Natalie McNelis conclui, com base nesses pontos, que a tentativa de preservar a Embraer como um concorrente independente não parece ser baseada em um caso minimamente plausível<sup>45-46</sup>:

---

<sup>43</sup> MCNELIS, Natalie. “*Comment: Boeing-Embraer collapse raises questions about long EU review*”. MLex.com. Disponível em: <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1182099&siteid=190&dir=1>. Último acesso em 04.06.2020.

<sup>44</sup> MCNELIS, Natalie. *Comment: Boeing, Embraer's stopped clock gives the EU much-needed time to build its case*. MLex.com. Disponível em: <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1143039&siteid=190&dir=1>. Último acesso em 07.06.2020.

<sup>45</sup> Tradução livre: “*No matter how much the commission might have wished to preserve Embraer as an independent competitor, it's a real question whether it had a strong enough case to write a prohibition decision. At the end of the day, it didn't*

*“Não importa o quanto a comissão deseje preservar a Embraer como um concorrente independente, é uma verdadeira questão se houve um argumento suficientemente forte para demandar uma decisão de proibição. No final do dia, não era necessário. Devido aos atrasos, a UE nunca chegou ao ponto de precisar explicar e fundamentar suas preocupações por escrito”.*

Entretanto, antes mesmo de refletirmos sobre as especificidades da decisão da Comissão Europeia ou mesmo de seus impactos na concorrência, faz-se necessário considerarmos as diferenças inerentes às autoridades mencionadas com destaque neste artigo, sobretudo o FTC e a Comissão Europeia. *“Cada ordenamento jurídico possui uma série de princípios próprios que o embasa, diversa daquela de outros sistemas”*<sup>47</sup>.

Ambas as autoridades possuem algum nível de abordagem econômica na aplicação do direito da concorrência, cada uma a seu próprio modo de buscar o bem-estar do consumidor e eficiências econômicas. Esses conceitos são entendidos de maneiras diferentes por elas, o que também impacta suas análises<sup>48</sup>. Sobre isso, Paula Forgioni destaca que

---

*have to. Due to the delays, the EU never got to the stage of having to explain and shore up its concerns in writing”.* MCNELIS, Natalie. *“Comment: Boeing-Embraer collapse raises questions about long EU review”*. MLex.com. Disponível em: <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1182099&siteid=190&rdir=1>. Último acesso em 04.06.2020.

<sup>46</sup> Somado a isso, EUA e União Europeia atualmente travam disputas comerciais no âmbito da Organização Mundial do Comércio - OMC quanto a acusações mútuas de protecionismo mediante subsídios em benefício da Boeing e da Airbus, respectivamente. *Vide WTO Boeing dispute: EU issues preliminary list of U.S. products considered for countermeasures.* *Vide* [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sk/ip\\_19\\_2162](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sk/ip_19_2162). Último acesso em 07.06.2020.

<sup>47</sup> FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed. rev. e atual, 2014. p. 161.

<sup>48</sup> FIDELIS, Andressa Lin. Entre o “*laissez-faire*” americano e o “intervencionismo” europeu: para qual direção aponta a atual investigação do CADE sobre o mecanismo de busca do Google. *Revista de defesa da Concorrência*. Vol. 3, nº 2. p. 65-86. Novembro 2015.

“estamos longe de qualquer consenso, especialmente fora dos Estados Unidos”<sup>49</sup>.

De um lado, o antitruste norte-americano é sobretudo baseado na tendência de autocorreção dos mercados e uma grande preocupação com o efeito inibidor ocasionado por um excesso de regulamentação. Essa ideia resulta de incorporações trazidas pelos economistas da Escola de Chicago. Essa corrente está fundada em teorias econômicas de menor regulamentação da economia pelo Estado e de busca por eficiência alocativa e bem-estar do consumidor.

Diferente dos EUA, na União Europeia o direito concorrencial não se originou em um contexto em que a concorrência representava um direito fundamental. Lá, os valores centrais do bloco visavam a integração, o acesso aos mercados e o bem-estar social. Influenciado pelos ordoliberais<sup>50</sup>, o antitruste na UE busca proteger para além dos efeitos percebidos diretamente pelo consumidor, isto é, visa a proteção da estrutura competitiva do mercado. É clara a oposição com a Escola de Chicago, a qual ocupa uma posição muito mais liberal e menos intervencionista. Mais relevante, inclusive, é o fato de que a disciplina da concorrência é vista pelo bloco como sendo de caráter instrumental, ou seja, ela não é um fim em si mesmo, mas um dos meios para se alcançar tais valores. Nesse sentido, é possível que a concorrência seja até mesmo sacrificada em prol desses mesmos valores, sobretudo o de integração entre os Estados-membros visando ao estabelecimento de um mercado único - seu escopo principal<sup>51</sup>.

Diante desse cenário, não se torna uma surpresa o fato de que é bastante possível que essas autoridades cheguem a decisões até mesmo opostas. Também vale destacar que essa situação de clara divergência entre elas sobre a potencialidade de rivalidade das empresas envolvidas e do nível de concentração do mercado de aviação não é nenhuma novidade. Em 1997, a Boeing adquiriu a empresa que, na época, seria uma de suas principais rivais, a McDonnell-Douglas<sup>52</sup>. Assim como no caso mais

---

<sup>49</sup> FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed. rev. e atual, 2014. P. 163.

<sup>50</sup> Escola econômica alemã baseada na necessidade de o Estado assegurar a correção das imperfeições dos mercados.

<sup>51</sup> FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed. rev. e atual, 2014. pp. 180-181.

<sup>52</sup> *European Commission. Merger Case number M.877 Boeing/McDonnell Douglas 1997.*

recente (de forma, inclusive, bastante similar), o FTC aprovou a operação sem restrições<sup>53</sup>, ao passo que a Comissão Europeia aprovou a operação sujeita a restrições significativas principalmente considerando ativos que tivessem algum tipo de financiamento público, como: (i) a concessão aos concorrentes de licenças não exclusivas de patentes detidas pela Boeing decorrentes de pesquisa & desenvolvimento (P&D) com financiamento público; (ii) o fornecimento à Comissão, por um período de 10 anos, de um relatório anual sobre projetos de aeronáutica beneficiados por financiamento público; (iii) a cessação de contratos de exclusividade correntes e futuros na cadeia de fornecimento (e.g., com a companhia aérea estadunidense Delta); e (iv) a separação dos negócios militares por um período de dez anos<sup>54</sup>.

Na época, questionou-se se a Comissão Europeia teria adotado uma política antitruste protecionista em benefício da Boeing, em razão dos entendimentos divergentes e das características desses remédios. Ainda, também não está claro como essas medidas restritivas teriam contribuído para reduzir a concentração do mercado, pois, como a Comissão Europeia aponta atualmente, ele continua concentrado e a Boeing, uma das líderes de mercado. Diante das acusações de protecionismo, o ex-Presidente Clinton chegou até mesmo ameaçar impor sanções de caráter comercial à União Europeia caso essa operação fosse bloqueada pela Comissão Europeia<sup>55</sup>.

Como possíveis exemplos desse suposto protecionismo, é possível destacar, por exemplo, que o *press release* da Comissão Europeia da época mencionou que o poder de mercado (64% no mercado global) da Boeing não poderia ser contestado por novos entrantes, dadas as elevadas barreiras à entrada nesse mercado, sem nenhuma menção à participação de mercado da Airbus. Vale notar que, nessa mesma década, a empresa europeia elevou sua participação de mercado com diversas parcerias no mercado e

---

<sup>53</sup> *FTC Allows Merger of the Boeing Company and McDonnell Douglas Corporation*. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/1997/07/ftc-allows-merger-boeing-company-and-mcdonnell-douglas>. Último acesso em 06.06.2020.

<sup>54</sup> *The Commission clears the merger between Boeing and McDonnell Douglas under conditions and obligations*. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_97\\_729](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_97_729). Último acesso em 07.06.2020.

<sup>55</sup> STOCK, Eric J. *Explaining the Differing U.S. and EU Positions on the Boeing/McDonnell-Douglas Merger: Avoiding Another Near-Miss*. 20 U. Pa. J. Int'l L. 825 (1999). P. 17. Disponível em: <<https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol20/iss4/3>>. Último acesso em 06.06.2020.

é, atualmente, a líder do mercado. Essa mudança de mercado não destacada pela Comissão Europeia na época também não foi mencionada pela autoridade em 2020, apenas indicando, genericamente, que a Boeing e a Airbus seriam as líderes do mercado. Outro exemplo é o fato de que a empresa McDonnell-Douglas passava por quedas em sua performance, o que fora atribuído pela Comissão Europeia pelos baixos níveis de investimento da empresa e redução dos investidores em seus negócios. Ainda assim, a aquisição pela Boeing contribuiria, em sua visão, para um fortalecimento de sua posição dominante em razão do remanescente potencial competitivo da McDonnell-Douglas.

Contudo, também é importante apontar que o FTC também sofreu acusações de protecionismo. Como a própria autoridade destaca em seu *press release* na época houve a especulação de que a autoridade provavelmente aprovaria a operação para fortalecer uma única empresa em benefício da indústria estadunidense em um mercado reconhecimento global. Para isso, seria necessário criar um “*national champion*”<sup>56</sup>.

Em sua defesa, o FTC alegou que a aprovação da operação não estaria baseada nesse interesse, mas no compromisso dos EUA com o “*free market*” e na baixa força competitiva da empresa McDonnell-Douglas, sem perspectivas de mudanças para o futuro (entendimento claramente divergente da Comissão Europeia). Essas conclusões tomarem por base os resultados do teste de mercado e da análise dos documentos da operação e das partes<sup>57</sup>:

---

<sup>56</sup> Statement of Chairman Robert Pitofsky and Commissioners Janet D. Steiger, Roscoe B. Starek III and Christine A. Varney in the Matter of The Boeing Company/McDonnell Douglas Corporation Disponível em: <https://www.ftc.gov/public-statements/1997/07/statement-chairman-robert-pitofsky-commissioners-janet-d-steiger-roscoe-b>. Último acesso em 07.06.2020.

<sup>57</sup> Tradução livre: “We do not have the discretion to authorize anticompetitive but “good” mergers because they may be thought to advance the United States’ trade interests. If that were thought to be a wise approach, only Congress could implement it. In any event, the “national champion” argument is almost certainly a delusion. In reality, the best way to boost the United States’ exports, address concerns about the balance of trade, and create jobs is to require United States’ firms to compete vigorously at home and abroad. (...) With respect to the commercial aircraft sector, our decision not to challenge the proposed merger was a result of evidence that (1) McDonnell Douglas, looking to the future, no longer constitutes a meaningful competitive force in the commercial aircraft market and (2) there is no economically plausible strategy that McDonnell Douglas could follow, either as a stand-alone concern or as part of another concern, that would change that grim prospect.” Federal

*“Não temos o poder de autorizar fusões anticompetitivas, mas “boas”, porque elas podem promover os interesses comerciais dos Estados Unidos. Se essa fosse uma abordagem sensata, apenas o Congresso poderia implementá-la. De qualquer forma, o argumento do “campeão nacional” é quase certamente uma ilusão. Na realidade, a melhor maneira de aumentar as exportações dos Estados Unidos, abordar preocupações sobre a balança comercial e criar empregos é exigir que as empresas dos Estados Unidos concorram vigorosamente em casa e no exterior. (...) Com relação ao setor de aeronaves comerciais, nossa decisão de não contestar a fusão proposta foi resultado de evidências de que (1) McDonnell Douglas, olhando para o futuro, não constitui mais uma força competitiva significativa no mercado de aeronaves comerciais e (2) Não existe uma estratégia economicamente plausível que McDonnell Douglas possa seguir, seja como uma preocupação independente ou como parte de outra preocupação, que mudaria essa perspectiva desanimadora”.*

Sobre essas divergências e críticas, Eric Stock escreveu sobre os possíveis motivos e contextos dessas decisões<sup>58</sup>. Em sua opinião, as principais divergências derivaram da interpretação de cada autoridade sobre os seguintes pontos: (i) o “potencial competitivo” da McDonnell-Douglas no setor; (ii) a relevância dada às eficiências esperadas com a operação; e (iii) a relevância dada aos contratos exclusivos de fornecimento entre a Boeing e três companhias aéreas relevantes dos EUA. Em sua análise, entende-se como claro que essas interpretações basicamente resultam de diferentes enfoques: enquanto que a Comissão Europeia e a legislação europeia preocupam-se mais com a criação de monopólios e uma eventual complacência com empresas dominantes

---

Trade Commission. Statement of Chairman Robert Pitofsky and Commissioners Janet D. Steiger, Roscoe B. Starek III and Christine A. Varney in the Matter of The Boeing Company/McDonnell Douglas Corporation. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/public-statements/1997/07/statement-chairman-robert-pitofsky-commissioners-janet-d-steiger-roscoe-b>> Último acesso em 07.06.2020.

<sup>58</sup> STOCK, Eric J. Explaining the Differing U.S. and EU Positions on the Boeing/McDonnell-Douglas Merger: Avoiding Another Near-Miss. 20 U. Pa. J. Int'l L. 825 (1999). Disponível em: <<https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol20/iss4/3>>. Último acesso em 06.06.2020.



(criação ou fortalecimento de posições dominantes), a prática estadunidense preocupa-se mais com facilitação de carteis e a “*market-wide lethargy*”, entendida como a perda de dinamismo e de incentivos em prol de maior eficiências (elementos encontrados nos princípios da Escola de Chicago, conforme acima destacado, e muito relacionados a uma preocupação com a estrutura do mercado como um todo).

Também destaca, citando Karel Van Miert (ex-Conselheiro da Comissão Europeia), que a Comissão possui objetivos econômicos, políticos e sociais, e não apenas com a promoção de eficiências<sup>59</sup>. Por conta disso, é possível que uma decisão europeia proteja a concorrência a despeito, ao menos a curto prazo, dos consumidores, como ao inibir condutas ou concentrações que poderiam garantir desenvolvimento tecnológico e uma melhor prestação de serviços aos consumidores.

O autor termina por concluir que tanto a análise estadunidense como a europeias foram insatisfatórias, e que ambas beneficiar-se-iam de uma postura mais equilibrada e abrangente. Do lado do FTC, Stock entende que a análise não deu a devida importância aos possíveis efeitos (no mercado e aos concorrentes) da aquisição da McDonnell-Douglas por uma empresa que já era dominante (mesmo aquela não mais concorrendo de forma relevante no mercado). Isso possivelmente aumentaria o poder de mercado da Boeing mediante um aumento de participação de mercado e do acesso privilegiado a novos clientes e fornecimentos em um cenário pós-operação. Concordamos com essas críticas, que ainda parecem ser bastante atuais, dado que o FTC aprovou a operação atual com ainda mais facilidade e celeridade do que na época, muito embora o mercado de fabricação de aeronaves ainda seja de dimensão geográfica global e a Boeing continue sendo uma das duas líderes de mercado.

Do lado da Comissão Europeia, o autor criticou o fato de a autoridade ter considerado as relevantes eficiências resultantes da operação (“*an excessively narrowly focused merger regulation*”) e o contrafactual de um cenário sem a operação comparado ao pós-operação, pois impedir a aquisição provavelmente não impediriam a saída da McDonnell-Douglas do mercado ou mesmo do acesso, por parte da Boeing, a seus clientes e funcionários. Como ele também destaca, a análise europeia fora coerente com sua jurisprudência e a própria legislação

---

<sup>59</sup> STOCK, Eric J. Explaining the Differing U.S. and EU Positions on the Boeing/McDonnell-Douglas Merger: Avoiding Another Near-Miss. 20 U. Pa. J. Int'l L. 825 (1999). P. 11. Disponível em: <<https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol20/iss4/3>>. Último acesso em 06.06.2020.

européia, mas isso, ainda assim, permitiria à autoridade proibir operações benéficas à economia mundial, de forma a “minar as perspectivas de despolitização da legislação antitruste e a obter limitado consenso global sobre política antitruste”<sup>60</sup>. Concordamos sobretudo com a última crítica, que de forma direta relaciona-se ao escopo do presente artigo.

Esse ponto é bastante relevante, em nossa visão, pois denota a crescente dificuldade de um consenso positivo entre essas autoridades, além da possibilidade de crescente insegurança jurídica nas relações de agentes sujeitos a análises globais por diferentes autoridades, como ocorreu no caso da Boeing/Embraer. Nesse sentido, também é relevante pensar que dificilmente operações com essas características e escopo global não acabariam sujeitos à análise vinculante da Comissão Europeia. Diferentemente do cenário antitruste brasileiro, uma operação pode estar sujeita à análise prévia e obrigatória na União Europeia mesmo se não produzir (ou puder produzir) efeitos no bloco econômico, mas critérios de faturamento e volume de negócios, resumidamente<sup>61</sup>: (i) volume de negócios total em escala global do conjunto das partes superior a 5.000 milhões de euros e do (ii) volume de negócios de cada parte no espaço da União Europeia de 250 milhões de euros<sup>62</sup>. Não se busca aqui criticar esses critérios, mas apenas demonstrar a relevância de análises vinculantes em um cenário globalizado. Não obter a aprovação de uma única autoridade antitruste ou mesmo obtê-la tardiamente, mas uma das mais relevantes do mundo, pode significar o insucesso de uma operação (ou ao menos

---

<sup>60</sup> Tradução livre: “undermining the prospects for de-politicizing antitrust and obtaining limited global consensus on antitrust policy”. STOCK, Eric J. Explaining the Differing U.S. and EU Positions on the Boeing/McDonnell-Douglas Merger: Avoiding Another Near-Miss. 20 U. Pa. J. Int’l L. 825 (1999). P. 84. Disponível em: <<https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol20/iss4/3>>. Último acesso em 06.06.2020.

<sup>61</sup> *Merger control procedures*. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/mergers/procedures\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/mergers/procedures_en.html). Último acesso em 05.06.2020.

<sup>62</sup> Essa segunda hipótese de notificação obrigatória possui como critérios (i) o volume de negócios total em escala global do conjunto das partes superior a 2.500 milhões de euros, (ii) o volume de negócios realizados pelo conjunto de empresas superior a 100 milhões em pelo menos três Estados membros, (iii) em cada um desses três Estados membros mencionados no item anterior, o volume de negócios realizado individualmente por pelo menos duas empresas envolvidas na operação superior a 25 milhões de euros, e (iv) o volume de negócios realizados individualmente por pelo menos duas das empresas envolvidas superior a 100 milhões de euros no espaço da União Europeia.

prejuízos significativos) e mesmo de obtenção de relevantes eficiências (se houver) resultantes de uma operação desse tipo.

Nesse sentido, McNelis destacou a importância que o *timing* de uma análise antitruste pode ter nesse tipo de operação, principalmente quando as partes já vêm sofrendo prejuízos e, por vezes, questionando a própria existência da operação (como seria o caso da Boeing após dois acidentes fatais que levaram aeronaves da Boeing a serem dispensadas por diversas jurisdições por questões de segurança)<sup>63</sup>: “o que este episódio mostra é que *timing* importa. As condições que permitem às empresas fecharem um acordo em um momento podem mudar fundamentalmente ao longo de uma revisão regulatória (...)”.

Em seu site<sup>64</sup>, a Comissão Europeia disponibiliza um conjunto de informações sobre atos de concentração e seu processo interno de análise. Há, inclusive, explicações sobre o tempo médio de averiguação de cada operação considerando as hipóteses de aprovação após a primeira fase e de quando um caso necessita do procedimento de maior investigação da segunda fase. Sobre a duração, a autoridade concorrencial indica que busca, sempre que possível, alinhar o *timing* de sua análise com as demais autoridades analisando uma operação internacional, bem como que coopera com outras agências como FTC e DOJ. Entretanto, na operação Boeing/Embraer, a Comissão destoou em muito das outras oito jurisdições, cujas aprovações ocorreram de forma célere e a favor da operação.

Também há autores que tratam do risco de o Direito Antitruste acabar por prejudicar a concorrência global caso haja decisões muito díspares entre as principais autoridades. Assim, se a concorrência for

---

<sup>63</sup> Tradução livre: “*Boeing has had a tough year, after two deadly crashes led to its 737-Max aircraft being grounded around the world due to safety concerns. The US company might already have been rethinking the wisdom of making the Brazilian investment, even before the Covid-19 crisis arrived. What this episode shows is that timing matters. The conditions that allow companies to strike a deal at one moment may fundamentally change over the course of a regulatory review. The longer the review takes, the more likely that is to happen.*” MCNELIS, Natalie. “*Comment: Boeing-Embraer collapse raises questions about long EU review*”. MLex.com. Disponível em:

<<https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1182099&siteid=190&rdir=1>>. Último acesso em 04.06.2020.

<sup>64</sup> *Merger control procedures*. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/mergers/procedures\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/mergers/procedures_en.html). Último acesso em 10 de agosto de 2020.

implementada por uma autoridade relevante de forma muito rígida e possivelmente com a ameaça de prejudicar consumidores, esse cenário restritivo também poderia tornar-se o padrão global. Como resultado, consumidores podem ser prejudicados (se for o caso) não apenas na jurisdição em questão, mas também globalmente. Por outro lado, também há a crítica justamente ao fato de que outras jurisdições poderiam procurar nos Estados Unidos e na Europa orientação para formação de jurisprudência antitruste<sup>65</sup>. Não havendo nenhum tipo de consenso relativo, tanto os *players* da concorrência como os consumidores podem ser prejudicados, se não pelos efeitos diretos de uma decisão antitruste muito restritiva, pelo menos por uma crescente insegurança jurídica.

Uma análise célere se torna ainda mais relevante em tempos de crise, principalmente se seu objetivo principal for o de justamente beneficiar os consumidores, como ao dar uma resposta rápida para redução de preços ou para disponibilizar produtos e serviços essenciais ao mercado, por exemplo. Estes, juntamente com o nível de concorrência do mercado, não parecem ter sido mais beneficiados após a desistência da operação, o que tem se agravado pela atual pandemia. Como destacado abaixo, o setor de aviação tem sido, inclusive, um dos mais afetados pela pandemia.

## **5. Considerações sobre a operação após decisão de desistência: status das negociações e prejuízos**

O anúncio do abandono da parceria estratégica ocorreu no dia 25 de abril de 2020, o sábado posterior ao último dia do prazo estipulado em contrato para o fechamento. Após dois anos de trabalho para que a operação se concretizasse, o cenário de pandemia e seus efeitos no mercado de aviação combinado com dificuldades na negociação levaram a Boeing a anunciar a rescisão do contrato. Dessa forma, atualmente ambas as empresas se encontram em uma posição pior do que a de antes.

Em 2018, a Airbus absorveu a linha de aviação comercial da canadense Bombardier. Com isso, a Embraer viu sua principal

---

<sup>65</sup> SOKOL, D. Daniel. *Troubled Waters Between U.S. and European Antitrust*. 115 MICH. L. REV. 955 (2017) (reviewing Daniel J. Gifford and Robert T. Kudrle, *The Atlantic Divide in Antitrust: An Examination of US and EU Competition Policy*). P. 956. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1819&context=facultypub>. Último acesso em: 07.06.2020.

competidora no mercado ser substituída por uma empresa muito maior com a qual dificilmente poderia competir. Essa operação também afetou a Boeing, a qual precisaria buscar melhorias no segmento para disputar com a Airbus. Nessas circunstâncias, a parceria estratégica da Boeing com a Embraer se apresentou como uma alternativa para ambas as empresas. Assinaram, assim, o referido MTA, acordo complexo e ramificado, não poupando esforços para concretizar a operação.

Essa aquisição, cujo valor era de 4,2 bilhões de dólares, demandava investimentos para se concretizar. Segundo a Embraer, o gasto com as exigências do MTA atingiu cerca de 500 milhões de dólares, pois houve a necessidade de criar forças-tarefas com membros de ambas as equipes e realizar diversas adaptações ao seu modelo de negócio para atender aos requisitos da Boeing. Esses custos, entretanto, se mostravam razoáveis frente ao já mencionado valor oferecido no acordo entre as companhias.

O MTA, em contrapartida, estipulou cláusulas prevendo o pagamento de quantias em caso de desistência da operação após o prazo para o fechamento. Encontrava-se prevista a *termination fee* no valor de 75 milhões de dólares a ser paga pela parte que abandonou a parceria antes de seu fechamento, e no valor de 100 milhões em caso de rejeição por autoridades concorrenciais. Entretanto, analisando empiricamente a operação, ambos os valores se mostram insuficientes para cobrir os custos práticos desembolsados pelas partes a fim de consumir a parceria estratégica. A desistência por parte da Boeing, mesmo com o pagamento do valor previsto no MTA, gerou um resultado excessivamente oneroso para a brasileira.

Tais despesas já seriam negativas um momento de normalidade, mas representam um peso ainda maior quando combinadas com o cenário de pandemia global. Desde o final de 2019, o mundo tomou conhecimento da COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus. Fruto de uma mutação ocorrida na China, o novo vírus apresenta alto nível de transmissão e alta mortalidade para o chamado grupo de risco (segundo a OMS, idosos e pessoas com condições de saúde pré-existent)<sup>66</sup>. Até o momento da elaboração deste artigo, nenhuma cura foi descoberta de

---

<sup>66</sup> *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:COVID-19&Itemid=875#risco](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:COVID-19&Itemid=875#risco). Último acesso em 05.06.2020.

modo que a forma mais eficiente para conter o contágio e as letalidades é a adoção de medidas de distanciamento social.

As incertezas provocadas pela pandemia ocasionaram crises econômicas em esfera global atingindo em especial o mercado de aviação. Com objetivo de diminuir a circulação de pessoas e, conseqüentemente, o contágio muitos países fecharam suas fronteiras ou limitaram em muito o número de voos recebidos, além disso a própria conscientização da população e crise econômica resultou na grande diminuição da demanda. Segundo Eduardo Sanovicz, presidente da Associação Brasileira das Empresas Aéreas (Abeaer), trata-se de uma grave crise sem precedentes para o setor<sup>67</sup>.

Nessas circunstâncias, tanto a Embraer quanto a Boeing se encontram imensamente vulneráveis. O fim da operação não ocorreu de forma harmônica e com o consenso de ambas as partes. Pelo contrário, devido aos já mencionados custos para viabilizar a aquisição e trocas de acusações entre as partes, no presente momento as companhias enfrentam um processo de arbitragem motivado pela Embraer. Segundo a brasileira, a Boeing arrastou a operação, desenvolvendo um padrão sistemático de atrasos, com o propósito de frustrar a aquisição por motivos financeiros<sup>68</sup>. Assim, com a arbitragem a Embraer busca reparação para além do valor previsto no contrato.

Nesse sentido, a crise gerada pela pandemia já se apresenta como desafio suficientemente árduo para qualquer empresa deste setor. A Embraer sofre com uma brusca queda no preço de suas ações<sup>69</sup>, tanto em razão da pandemia como pelo fracasso na operação, e com a tarefa de uma reestruturação societária em tempos de crise. Contudo, segundo Francisco Gomes Neto, CEO da companhia, até o início de março nenhum pedido de

---

<sup>67</sup> *Crise do coronavírus sobre o setor aéreo é séria, dizem empresa.* Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/03/crise-do-coronavirus-sobre-o-setor-aereo-e-seria-dizem-empresas.shtml>. Último acesso em 05.06.2020.

<sup>68</sup> *Collapse of Boeing-Embraer deal could have major impact on C-390 Millennium's future.* Disponível em: <https://www.defensenews.com/air/2020/04/27/collapse-of-boeing-embraer-deal-could-have-major-impact-on-c-390-millenniums-future/>. Último acesso em 05.06.2020.

<sup>69</sup> Em 20 de fevereiro de 2020, as ações da Embraer estavam sendo negociadas pelo valor médio de R\$ 19,68. Em 23 de março de 2020, o preço já se encontrava em R\$7,74. Em 11 de agosto de 2020, os papéis foram negociados pela quantia de R\$ 8,02 na B3.

aeronave havia sido cancelado, apenas pedidos para adiar as entregas<sup>70</sup>. No mais, segundo noticiado pela imprensa, a Embraer busca por novas parcerias com empresas russas, indianas ou chinesas para atingir maior posição no mercado<sup>71</sup>. Interessante ressaltar o fato de que a brasileira estuda parcerias justamente com companhias de países cujo entendimento da Comissão Europeia era de que demorariam de 5 a 10 anos para se estabelecer no mercado.

Com relação à Boeing, segundo análise publicada pela revista norte-americana Forbes, o valor poupado pela desistência da operação representa muito mais no cenário atual. A pandemia e a baixa no mercado aéreo afetaram em maior grau a empresa americana resultando na necessidade de o dobro de financiamento externo. Dessa maneira, a companhia necessitaria de 30 bilhões de dólares em recursos externos ao longo do ano de 2020. De acordo com a análise, a Boeing considera atualmente solicitar ajuda do governo americano para manter suas atividades.<sup>72</sup>

Em síntese, é possível afirmar que, nas circunstâncias atuais, ambas as empresas se encontram em situação de vulnerabilidade. As dificuldades já estavam presentes com um mercado concentrado, uma operação de valor alto e a demora excessiva e falta de transparência por parte da Comissão Europeia, a COVID-19 assim como a crise dela proveniente criaram novos empecilhos, mas sobretudo acentuaram as questões já existentes. Resultado da soma de todos esses fatores, o abandono da operação foi o ápice, mas não o fim dos problemas. A Embraer aparentemente não consegue sozinha competir com os grandes *players* do concentrado mercado de aviação da mesma maneira que a Boeing se vê obrigada a continuar crescendo para se manter competitiva frente à europeia Airbus. A operação Boeing/Embraer, no entanto, gerou custos inesperados para a brasileira enquanto poupou a americana de adimplir com o preço final da aquisição. Agora, cabe a arbitragem solucionar essa discussão.

---

<sup>70</sup> *Embraer adia entrega de pedidos devido ao coronavírus*. Disponível em: [https://aeromagazine.uol.com.br/artigo/embraer-adia-entrega-de-pedidos-devido-ao-coronavirus\\_5048.html](https://aeromagazine.uol.com.br/artigo/embraer-adia-entrega-de-pedidos-devido-ao-coronavirus_5048.html). Último acesso em 05.06.2020.

<sup>71</sup> *Embraer estuda novas parcerias e revê estratégia*. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/06/02/embraer-estuda-novas-parcerias-e-reve-estrategia.ghtml>. Último acesso em 02.06.2020.

<sup>72</sup> *Boeing-Embraer Deal Collapses*. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/jeremybogaisky/2020/04/25/boeing-embraer-deal-collapses/#229b29c0247f>. Último acesso em 05.06.2020.

## 6. Conclusão

O mercado de produção/fabricação de aeronaves é bastante concentrado. Portanto, há riscos associados a esse nível de concentração em novos atos de concentração envolvendo empresas já atuantes no setor, como preliminarmente identificados pela Comissão Europeia em sua análise da operação Boeing/Embraer antes da desistência da operação por parte da Boeing. Contudo, todas as outras autoridades responsáveis pela análise da operação não levantaram essa mesma preocupação e aprovaram a operação, sem restrições e com celeridade. As condições de mercado não são muito distintas entre cada jurisdição, como evidenciado nos mercados brasileiro e estadunidense, sobretudo considerando que é um mercado de dimensão geográfica global.

Nesse contexto, apesar de concordarmos com o ponto inicial acerca da preocupação com a já existente concentração no mercado, também há possíveis críticas à atuação tardia e demasiadamente intervencionista da Comissão Europeia. Ela é, inclusive, contrária à necessidade clara de uma análise célere no âmbito do Direito Concorrencial.

Muito embora os motivos para desistência da operação não tenham sido apenas associados a esse atraso, entendemos que ele foi um dos responsáveis por agravar problemas de negociação entre as partes. Isso também contribuiria para demonstrar o impacto que o *timing* de decisões pode ter sobre decisões que afetam todo um setor, além de exemplificar como uma falta de consenso relativo entre as autoridades traz algum nível de insegurança jurídica.

Até o momento, as empresas têm sofrido relevantes prejuízos financeiros, tanto em razão dos altos custos decorrentes da desistência e de procedimentos arbitrais buscando por ressarcimento – cada uma com suas próprias alegações -, como daqueles decorrentes da atual crise econômica e pandemia levando a fechamento de fronteiras, cancelamento de passagens aéreas e planos de aquisições de aeronaves. Sua atual situação no âmbito de um cenário de crise também envolvendo o mercado de transporte de passageiros e de cargas, permite-se concluir que a concorrência não é mais a mesma. Inclusive, uma hipótese aventada no presente artigo foi o de pensar se as empresas pós-concentração não estariam em melhor condição para concorrer com a líder do mercado, a Airbus. Independentemente de cenários hipotéticos, podemos concluir, diante desse cenário, que a maior beneficiada por um consenso relativo e



decisões céleres seria a concorrência. Até o momento, ela segue prejudicada.

## 7. Referências bibliográficas

Aero Magazine. *Embraer adia entrega de pedidos devido ao coronavírus*. Disponível em: <[https://aeromagazine.uol.com.br/artigo/embraer-adia-entrega-de-pedidos-devido-ao-coronavirus\\_5048.html](https://aeromagazine.uol.com.br/artigo/embraer-adia-entrega-de-pedidos-devido-ao-coronavirus_5048.html)> Último acesso em 07.06.2020.

Airway. *Airbus assume liderança do mercado com 863 aviões entregues em 2019*. Disponível em: <<https://www.airway.com.br/airbus-assume-lideranca-do-mercado-em-2019-com-863-avioes-entregues/>> Último acesso em 13.08.2020.

Bloomberg. *“Boeing-Embraer Deal Faces Delays as EU Pauses Its Probe Again”*. Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-01-23/boeing-embraer-deal-risks-delays-as-eu-pauses-its-probe-again>> Último acesso em 07.06.2020.

Boeing. *Boeing-Embraer Strategic Partnership Taking Shape*. Disponível em: <<https://boeing.mediaroom.com/2019-10-03-Boeing-Embraer-Strategic-Partnership-Taking-Shape>> Último acesso em 07.06.2020.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm)>. Último acesso em 06.06.2020.

Cade. Parecer nº 1/2020/CGAA4/SGA1/SG. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt\\_n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOk4W2RQf4NPaQVzi9GevJ7D6WEgpVkr27o7WXYWsyP2NHPwWtWXXK6gfvgsBS57S4mlctzp4KRgXhmV\\_d1qBiCp1](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt_n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOk4W2RQf4NPaQVzi9GevJ7D6WEgpVkr27o7WXYWsyP2NHPwWtWXXK6gfvgsBS57S4mlctzp4KRgXhmV_d1qBiCp1)> Último acesso em 13.08.2020.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.003896/2019-11. Requerentes: The Boeing Company e Embraer S.A. Data de julgamento: 27.01.2020. Decisão publicada em: 28.01.2020.

COOK, Christopher (2017). Real review timetables under the EU Merger Regulation. *Concurrences Revue de Droits de la Concurrence*. Disponível em: <<https://www.clearygottlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/2017/publications/concurrences-real-review-timetables->

under-the-eu-merger-regulation-2017\_cook-05-31-17.pdf. > Último acesso em 12.08.2020.

CRAVO, Daniela Copetti. *Venda casada: é necessária a cópia repressão?*. Revista de Defesa da Concorrência, nº1, Maio 2013, pp. 52-70.

*Defense News. Collapse of Boeing-Embraer deal could have major impact on C-390 Millennium's future.* Disponível em: <<https://www.defensenews.com/air/2020/04/27/collapse-of-boeing-embraer-deal-could-have-major-impact-on-c-390-millenniums-future/>> Último acesso em 07.06.2020.

Deutsche Welle. *Airbus ultrapassa Boeing e se torna maior fabricante de aviões.* Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/airbus-ultrapassa-boeing-e-se-torna-maior-fabricante-de-avi%C3%B5es/a-51870085>>. Último acesso em 08.06.2020.

DW. *Airbus ultrapassa Boeing e se torna maior fabricante de aviões.* Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/airbus-ultrapassa-boeing-e-se-torna-maior-fabricante-de-avi%C3%B5es/a-51870085>> Último acesso em: 13.08.2020.

Embraer. *Embraer afirma que Boeing rescindiu indevidamente o Acordo Global da Operação (MTA).* Disponível em: <<https://embraer.com/br/pt/noticias?slug=1206709-embraer-afirma-que-boeing-rescindiu-indevidamente-o-acordo-global-da-operacao-mta>> Último acesso em 07.06.2020.

Embraer. *Sobre nós.* Disponível em: <<https://embraer.com/global/en/about-us>> Último acesso em: 13.08.2020.

Época Negócios. *Embraer inicia arbitragem contra a Boeing após americana desistir de parceria na aviação comercial.* Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2020/04/embraer-inicia-arbitragem-contra-boeing-apos-americana-desistir-de-parceria-na-aviacao-comercial.html>> Último acesso em 04.06.2020.

European Commission. *The Commission clears the merger between Boeing and McDonnell Douglas under conditions and obligations.* Disponível em: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_97\\_729](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_97_729)>. Último acesso em 07.06.2020.

European Commission. Caso M. 9097 - Boeing/Embraer.

European Commission. *WTO Boeing dispute: EU issues preliminary list of U.S. products considered for countermeasures.* Disponível em:

<[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sk/ip\\_19\\_2162](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sk/ip_19_2162)>

Último acesso em 07.06.2020.

European Commission. *The Commission Clears the Merger between Boeing and McDonnell Douglas under Conditions and Obligations*.

Disponível

em:

<[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_97\\_729](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_97_729)>

Último acesso em 07.06.2020.

European Commission. *Merger control procedures*. Disponível em:

<[https://ec.europa.eu/competition/mergers/procedures\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/mergers/procedures_en.html)> Último

acesso em 07.06.2020.

Federal Trade Commission. *Statement of Chairman Robert Pitofsky and Commissioners Janet D. Steiger, Roscoe B. Starek III and Christine A. Varney in the Matter of The Boeing Company/McDonnell Douglas Corporation*. Disponível

em:

<<https://www.ftc.gov/public-statements/1997/07/statement-chairman-robert-pitofsky-commissioners-janet-d-steiger-roscoe-b>>.

Último acesso em 07.06.2020.

Federal Trade Commission. *FTC Allows Merger of the Boeing Company and McDonnell Douglas Corporation*. Disponível em:

<<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/1997/07/ftc-allows-merger-boeing-company-and-mcdonnell-douglas>>

Último acesso em 07.06.2020.

Federal Trade Commission. *Statement of Chairman Robert Pitofsky and Commissioners Janet D. Steiger, Roscoe B. Starek III and Christine A. Varney in the Matter of The Boeing Company/McDonnell Douglas Corporation*. Disponível

em:

<<https://www.ftc.gov/public-statements/1997/07/statement-chairman-robert-pitofsky-commissioners-janet-d-steiger-roscoe-b>>

Último acesso em 07.06.2020.

FIDELIS, Andressa Lin. Entre o “*laissez-faire*” americano e o “intervencionismo” europeu: para qual direção aponta a atual investigação do CADE sobre o mecanismo de busca do Google. *Revista de defesa da Concorrência*. Vol. 3, nº 2. p. 65-86. Novembro 2015.

FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

Folha de São Paulo. *Crise do coronavírus sobre o setor aéreo é séria, dizem empresa*. Disponível

em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/03/crise-do-coronavirus-sobre-o-setor-aereo-e-seria-dizem-empresas.shtml>>

Último acesso em 07.06.2020.

Forbes. *Boeing-Embraer Deal Collapses*. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/jeremybogaisky/2020/04/25/boeing-embraer-deal-collapses/#229b29c0247f>>. Último acesso em: 07.06.2020.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed. rev. e atual, 2014.

MCNELIS, Natalie. “*Comment: Boeing-Embraer collapse raises questions about long EU review*”. MLex.com. Disponível em: <<https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1182099&siteid=190&rdir=1>>. Último acesso em 04.06.2020.

MCNELIS, Natalie. *Comment: Boeing, Embraer's stopped clock gives the EU much-needed time to build its case*. MLex.com. Disponível em: <<https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1143039&siteid=190&rdir=1>>. Último acesso em 07.06.2020.

MLex. *Boeing abandons tie-up with Embraer, citing transaction conditions*. Disponível em: <<https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1181832&siteid=190&rdir=1>>. Último acesso em 07.06.2020.

OPAS Brasil. *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875#risco](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875#risco)>. Último acesso em 07.06.2020.

[Pesquisa Fapesp. \*Briga nos céus do planeta\*](https://revistapesquisa.fapesp.br/briga-nos-ceus-do-planeta/). Disponível em: <<https://revistapesquisa.fapesp.br/briga-nos-ceus-do-planeta/>>. Último acesso em: 13.08.2020

SCHAPIRO, Mario Gomes. BACCHI, Fabiana Mesquita. *Análise dos atos de concentração no Brasil: Forma, função e o incrementalismo reformista do CADE*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (et. al.). **Direito Econômico Concorrencial**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, pp. 49-96. Disponível em: <[https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/analise\\_dos\\_atos\\_de\\_concentraouo\\_no\\_brasil.pdf](https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/analise_dos_atos_de_concentraouo_no_brasil.pdf)>. Último acesso em 06.06.2020.

SOKOL, D. Daniel. *Troubled Waters Between U.S. and European Antitrust*. 115 MICH. L. REV. 955 (2017) (reviewing Daniel J. Gifford and Robert T. Kudrle, *The Atlantic Divide in Antitrust: An Examination of US and EU Competition Policy*). Disponível em: <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1819&context=facultypub>>. Último acesso em: 07.06.2020.

STOCK, Eric J. *Explaining the Differing U.S. and EU Positions on the Boeing/McDonnell-Douglas Merger: Avoiding Another Near-Miss*.

20 U. Pa. J. Int'l L. 825 (1999). Disponível em: <<https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol20/iss4/3>>. Último acesso em 06.06.2020.

The United States Department of Justice. *Horizontal Merger Guidelines*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>>. Último acesso em 07.06.2020.

Tecmundo. *Como funciona uma fábrica de aviões*. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/aviao/18728-como-funciona-uma-fabrica-de-avioes.htm>> Último acesso em: 13.08.2020.

Valor Econômico. *Embraer estuda novas parcerias e revê estratégia*. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/06/02/embraer-estuda-novas-parcerias-e-reve-estrategia.ghtml>> Último acesso em 07.06.2020.

## 5. A REVISÃO DE ACORDOS EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL

### 5. THE REVIEW OF REMEDIES IN MERGER CONTROL AGREEMENTS IN BRAZIL

*Renata Zuccolo; Mariana Hiromi Sonoda; Bruna Silvestre Prado*

**Resumo:** O presente artigo busca fornecer um panorama geral sobre o embasamento legal e a jurisprudência recente do Cade na revisão de remédios concorrenciais estabelecidos em acordos em controle de concentração. Assim, o objetivo do artigo é identificar as principais tendências decisórias do Cade e avaliar as justificativas usadas pelo órgão para aceitar ou recusar a revisão de remédios em atos de concentração.

**Palavras-chave:** Remédios concorrenciais. Revisão de remédios. Acordos em controle de concentração. Atos de concentração.

**Abstract:** This article seeks to provide an overview of the legal basis and precedents from Cade in the review of remedies in merger control agreements. Thus, the article aims to identify Cade's decisional practice and to evaluate the justification to accept or refuse to review remedies in merger control cases.

**Keywords:** Antitrust remedies. Remedies review. Merger control agreements. Merger control cases.

### 1. Introdução

Entre a aprovação incondicional e a reprovação de um determinado Ato de Concentração (“AC”), a imposição de remédios antitruste representa a opção intermediária (e, na vasta maioria dos casos, a mais proporcional) para os casos de maior complexidade sob o ponto de vista concorrencial, sendo aquela que possibilita a preservação das eficiências decorrentes da operação, sem deixar de endereçar os problemas concorrenciais dela resultantes.

Conforme previsto na Lei nº 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência”), os remédios poderão ser impostos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) como condição de aprovação de uma operação. Nesse sentido, o Regimento Interno do Cade<sup>73</sup> estabelece a possibilidade de as empresas oferecerem e acordarem remédios com o Cade, por meio da celebração de um Acordo em Controle de Concentração (“ACC”), podendo tais remédios incluir restrições estruturais (quando envolvem a transmissão definitiva de direitos e ativos), ou comportamentais (quando impõem outros tipos de obrigações – comerciais, financeiras ou econômicas – às partes envolvidas na operação).

Importante ressaltar que os remédios concorrenciais podem ser impostos de forma unilateral pelo Cade (cabendo às empresas apenas acatá-los e implementá-los) ou podem ser negociados entre a autarquia e as Partes. A doutrina entende que as soluções negociadas entre o Cade e as compromissárias “tendem a suscitar menos questionamentos ou pedidos de reapreciação”<sup>74</sup>, o que as torna mais eficientes.

Apesar de constituir condição prévia à aprovação da operação, o uso de remédios antitruste não se esgota na definição das obrigações, envolvendo também ações de execução e monitoramento no período pós-operação.<sup>75</sup> Após a celebração do ACC, portanto, é possível que o Cade verifique que os efeitos compensatórios dos remédios não se confirmaram na prática ou que a execução do remédio acordado se tornou inviável. No recente caso Disney/Fox, por exemplo, a aprovação da operação foi

---

<sup>73</sup> BRASIL, Regimento Interno do Cade. Aprovado pela Resolução nº 22 de 19 de junho de 2019 e atualizado pela Emenda Regimental nº 01/2020 de 02 de abril de 2020. Artigo 124. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/REGIMENTOINTERNODOCONSELHOADMINISTRATIVODEFESAECONOMICAINDICESISTEMATICOAtualizado.pdf>. Acesso em 07 de junho de 2020.

<sup>74</sup> CABRAL, Patricia Semensato. “Remédios em atos de concentração: uma análise da prática do CADE”. 2014. 82 f. Tese (IX Prêmio SEAE) – Secretaria de Acompanhamento Econômico, Brasília, 2014, p. 41. CESÁRIO, Diandra Domingues. “A Operação Societária de *Drop Down* como Remédio Antitruste no Controle dos Atos de Concentração”. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 4, nº 2, 2016, p. 45.

<sup>75</sup>BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. "Guia de Remédios Antitruste". Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias-do-Cade/copy\\_of\\_GuiaRemdios.pdf/view](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias-do-Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view). Acesso em 04 de junho de 2020

condicionada ao desinvestimento futuro de um conjunto de ativos, que restou impossibilitado diante da ausência de compradores efetivos para o negócio que se pretendia desinvestir. É nesse contexto que a Lei de Defesa da Concorrência prevê a possibilidade do Cade, em sede de revisão, alterar as obrigações previamente estabelecidas.

O tema, além de atual, deve ganhar destaque devido ao contexto econômico gerado pela pandemia da COVID-19, uma vez que situações de crise econômica tendem a vir acompanhadas de dificuldades na implementação de remédios (sobretudo quando a crise – ou seus reais efeitos – são ainda imprevisíveis e de difícil mensuração). Dessa maneira, a pandemia trará um cenário econômico difícil, ao qual a autoridade antitruste brasileira já sinaliza estar atenta. Não por acaso, o Tribunal do Cade considerou as implicações da atual crise econômica em ao menos dois pedidos recentes de revisão de remédios.<sup>76</sup>

O instituto também se mostra relevante ao reforçar a importância do uso de boas práticas na construção/discussão de remédios, tema que tem sido amplamente discutido e analisado pela autarquia nos últimos anos. Além da publicação do Guia de Remédios pelo CADE em 2018, o Departamento de Estudos Econômicos (“DEE/Cade”) disponibilizou recentemente um extenso estudo prático sobre o tema, denominado “Documento de Trabalho 2/2020, Remédios antitruste no Cade: uma análise da jurisprudência”, sinalizando as preocupações da autarquia em analisar a evolução da aplicação de remédios antitruste no país<sup>77</sup>.

Nesse sentido, o presente artigo apresenta um panorama legal e jurisprudencial da revisão de ACC e se propõe a discutir as perspectivas para a sua aplicação no Brasil. Para tanto, inicialmente será apresentada uma breve contextualização acerca do embasamento legal do instituto. Em seguida, serão abordadas algumas considerações sobre o tema, a partir da experiência prática da autoridade antitruste brasileira.

---

<sup>76</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53. Partes: The Walt Disney Company; Twenty-First Century Fox, Inc. Data de julgamento: 06 de maio de 2020. Data de publicação: 07 de maio de 2020. Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21. Partes: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A., Rádio e Televisão Record S.A., TV Ômega Ltda. Data de julgamento: 11 de abril de 2016. Data de publicação: 12 de abril de 2016.

<sup>77</sup> Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhoRemediosantitrustenoCade\\_umaanalisedajurisprudencia\\_2.6.05.2020.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhoRemediosantitrustenoCade_umaanalisedajurisprudencia_2.6.05.2020.pdf) Acesso em 04 de junho de 2020



## 2. O embasamento legal da revisão de remédios

A Lei de Defesa da Concorrência<sup>78</sup> dispõe no artigo 61, *caput*, que o Tribunal do CADE poderá aprovar um AC (i) integralmente, (ii) rejeitá-lo, ou (iii) aprová-lo parcialmente mediante restrições. Nesse último caso, as medidas que o Tribunal impuser condicionarão a validade e eficácia do AC e podem incluir:

*I - a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;*

*II - a cisão de sociedade;*

*III - a alienação de controle societário;*

*IV - a separação contábil ou jurídica de atividades;*

*V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e*

*VI - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica."*<sup>79</sup>

Caso se verifique, no futuro, a impossibilidade da implementação ou da manutenção do remédio que havia sido acordado, o CADE tem a prerrogativa de revisar as restrições impostas aos compromissários, conforme previsto no artigo 91 da Lei de Defesa da Concorrência, que dispõe:

*"Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da*

---

<sup>78</sup> BRASIL, Lei nº 12.529 de 2011. "Lei de Defesa da Concorrência". Artigo 61, *caput*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,co%20sumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,co%20sumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso). Acesso em 04 de junho de 2020.

<sup>79</sup> BRASIL, Lei nº 12.529 de 2011. "Lei de Defesa da Concorrência". Artigo 61, parágrafo 2º. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,co%20sumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,co%20sumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso). Acesso em 04 de junho de 2020.

*Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados*<sup>80</sup>.

O Guia de Remédios do CADE, em seu capítulo 6<sup>81</sup> ("Monitoramento de ACC"), também trata dessa hipótese (excepcional) que abrange a renúncia, modificação ou substituição das obrigações acordadas, fornecendo, inclusive, informações de caráter procedimental, ao dispor que a revisão pode ser provocada mediante solicitação fundamentada das compromissárias, de ofício pelo Cade ou por provocação da Superintendência Geral do Cade ("SG"), sendo que qualquer revisão terá a sua eficácia condicionada à homologação pelo Tribunal do Cade<sup>82</sup>.

A aplicação do instituto também encontra suporte em guias internacionais, como por exemplo, *Merger Remedies Guide* ("Guia de Remédios da ICN") elaborado pela *International Competition Network* ("ICN"). Segundo o referido guia, as modificações de remédios assumem diversas formas, variando de uma mera prorrogação de prazo, à substituição por medidas alternativas, ou até mesmo à exclusão total da obrigação, sem nenhuma contrapartida.

Ainda, o Guia de Remédios da ICN recomenda que revisões substanciais devem ser autorizadas apenas se restar demonstrado que as alterações nas condições do mercado tornaram desnecessários os remédios (hipótese em que caberia a exclusão da obrigação) ou que as preocupações concorrenciais podem ser efetivamente endereçadas por uma nova medida (hipótese em que caberia a substituição da obrigação).

---

<sup>80</sup> BRASIL, Lei nº 12.5129 de 2011. "Lei de Defesa da Concorrência". Artigo 91, caput. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso). Acesso em 04 de junho de 2020.

<sup>81</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. "Guia de Remédios Antitruste". Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/copy\\_of\\_GuiaRemdios.pdf/view](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view). p. 53. Acesso em 07 de junho de 2020.

<sup>82</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. "Guia de Remédios Antitruste". Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/copy\\_of\\_GuiaRemdios.pdf/view](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view). p. 53. Acesso em 07 de junho de 2020.

Exposto o panorama legal e os principais guias que vem orientando a aplicação do instituto, passa-se a fazer considerações acerca dos principais casos julgados recentemente pelo Cade e que envolveram a revisão de remédios em sede de ACC (ou instrumentos similares).

### **3. Experiência prática: os precedentes do CADE**

O estudo prático do DEE/Cade mencionado acima, bem como o próprio Guia de Remédios demonstra que o Cade vem adotando práticas que estão em linha com as melhores práticas internacionais recomendadas à negociação e ao desenho de remédios em sede de AC.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> Nesse sentido, o documento revela que muitas dessas recomendações já têm sido adotadas pela autarquia, em especial, preferência por remédios estruturais, adoção de *up-front buyer* e de *trustes*: (i) *preferência por remédios estruturais*: de acordo com o Guia de Remédios, obrigações estruturais tendem a ser mais efetivas, visto que direcionam a causa do dano concorrencial de forma mais direta, trazem menor custo de monitoramento e menor risco de distorções do mercado. Dos 36 casos analisados pelo estudo do DEE/Cade, 17 apresentaram remédios estruturais ou remédios híbridos; (ii) *adoção do up-front buyer*: de acordo com o estudo, o condicionamento da consumação de determinado AC à definição do comprador dos ativos desinvestidos contribui para (a) a diminuição dos riscos de deterioração do potencial competitivo dos ativos e (b) garante que o comprador seja empresa efetivamente competitiva. Apesar de não ser considerada uma das diretrizes gerais adotadas no Guia de Remédios, o estudo do DEE/Cade infere a relevância do *up-front buyer*, visto que o próprio guia considera que há maiores riscos de implementação no remédio “pós consumação” (Nesse caso, pressupõe-se a capacidade do desinvestimento atrair compradores adequados, assim como a não degradação dos ativos até a concretização da venda – o que nem sempre se verifica na prática. Em termos práticos, o estudo concluiu que, dos 36 casos analisados no período 2014 a 2019, 5 casos previram a adoção de *up-front buyer*. Não obstante haver poucos casos nos últimos anos, o estudo conclui pelo importante avanço no perfil de remédios adotados pela Autarquia); (iii) *adoção de trustees*: o *trustee* consiste em terceiros contratados pelas partes para participar da implementação e monitoramento do remédio, podendo (i) supervisionar a implementação dos remédios (*monitoring trustee*), (ii) gerir ativos, enquanto não são transferidos para o comprador (*operating trustee*) ou (iii) conduzir o processo de desinvestimento (*divestiture trustee*). Em termos práticos, dos 36 casos analisados, 17 instituíram *trustes*. Ainda, a pesquisa afirma que a adoção de *trustees* tem se tornado mais constante a partir de 2015, o que tem contribuído para a diminuição dos custos administrativos arcados pelo CADE em relação ao monitoramento do cumprimento de ACC.

No entanto, o uso de boas práticas não blinda um ACC de eventuais revisões pelo Cade. Além de ser impossível a previsão de todo e qualquer fato capaz de impedir a implementação de remédios, situações excepcionais (tal como a atual crise econômica) podem, inclusive, exigir a adoção de remédios alternativos àqueles recomendados em situações de normalidade. Assim, passa-se à análise jurisprudencial da revisão de remédios pelo Cade nos últimos anos.

#### *4.1. Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53 (Caso Disney/Fox)*

A aquisição da Twenty-First Century Fox (“Fox”) pela The Walt Disney (“Disney”) foi aprovada em fevereiro de 2019 mediante a celebração de um ACC. À época, duas preocupações concorrenciais nortearam o desenho dos remédios que condicionaram a aprovação da operação: o incremento do poder de portfólio da Disney e a redução do número de *players* no mercado. Nesse sentido, o voto condutor da decisão do CADE conclui:

*“O que fica claro é que a Operação levaria a TWDC [Disney] a incrementar o seu poder de portfólio ao acrescentar os canais da Fox ao seu mix de canais, o que certamente reforçaria a capacidade de a empresa fusionada impor aumento de preços, sobretudo em relação aos provedores de TV por assinatura. Contudo, não é apenas esse efeito do aumento do poder de barganha em relação aos distribuidores que marca o risco concorrencial da presente operação.*

*A redução de 3 para 2 players no mercado tem o potencial de afetar diretamente o bem-estar dos consumidores finais, seja pela perda de qualidade do conteúdo veiculado em canais esportivos (comentaristas, por exemplo), seja pela diminuição da diversidade de conteúdo (esportes menos demandados, a parte ao futebol), seja pelo aumento de preços para acesso a esses conteúdos.”<sup>84</sup>*

---

<sup>84</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53. Partes: The Walt Disney Company; Twenty-First Century Fox, Inc. Data de julgamento: 06 de maio de 2020. Data de publicação: 07 de maio de 2020.

Portanto, a fim de dirimir tais riscos concorrenciais, o compromisso firmado obrigava a Disney à desinvestir um “conjunto de ativos necessários às operações da Fox Sports no Brasil relacionadas às atividades de produção e licenciamento de canais lineares básicos de esporte para TV por Assinatura no Brasil”.<sup>85</sup> Na época, o ACC não previu a necessidade de um *up-front buyer*, diante da realização de um teste de mercado que apontava a existência de potenciais compradores para o negócio a ser desinvestido. A despeito dos resultados desse teste de mercado, as tentativas de desinvestimento restaram infrutíferas, resultando, em 2020, no pedido de revisão do ACC celebrado.

Diante da baixa viabilidade do remédio estrutural original,<sup>86</sup> a Disney cooperou com a autarquia apresentando novos planos de reestruturação do negócio desinvestido com o intuito de reestabelecer o equilíbrio financeiro dos canais Fox Sports. A despeito dos esforços empreendidos, tais tentativas restaram infrutíferas, vez que os três potenciais compradores do negócio demonstraram desinteresse pela nova proposta. Vale mencionar que dois dos três interessados alegaram impossibilidade de analisar o plano de reestruturação em meio ao agravamento da atual pandemia provocada pela COVID-19.

Somado à dificuldade na busca por eventuais compradores, a atual crise também impactou, em particular, o próprio negócio desinvestido, conforme destacado pelo Conselheiro Relator:

*“Os canais esportivos sofrem especialmente com a interrupção de praticamente todas as competições esportivas no mundo. A Fox Sports, em particular, é ainda impactada pela desvalorização da moeda brasileira, observada em decorrência da pandemia, na medida em que seus direitos de transmissão possuem obrigações indexadas ao dólar norte-americano e ao*

---

<sup>85</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n° 08700.004494/2018-53. Partes: The Walt Disney Company; Twenty-First Century Fox, Inc. Data de julgamento: 06 de maio de 2020. Data de publicação: 07 de maio de 2020.

<sup>86</sup> De acordo com informações constantes dos autos, o Cade apurou que Fox Sports incorria em prejuízo desde 2016, quando vivenciou um substancial aumento de custos com direitos de transmissão, devido a mudanças no formato da contratação dos direitos de transmissão de alguns eventos futebolísticos, sendo o principal deles a ‘Copa Libertadores da América’.

*euro, enquanto que suas principais receitas são auferidas em reais.*<sup>87</sup>

Nesse sentido, a demonstração dos esforços para a realização do desinvestimento e a consideração dos impactos do momento econômico atual foram circunstâncias relevantes para a admissão da revisão do ACC pelo Tribunal.

Por meio de um aditivo ao ACC originalmente celebrado, a Disney se comprometeu, em essência, a um conjunto de obrigações comportamentais, incluindo: (i) manter na grade de programação de seus canais lineares básicos todos os eventos esportivos ora distribuídos no Brasil através da sua grade atual de programação, por três anos ou até o término de seus respectivos contratos; (ii) manter o canal principal da Fox Sports, com o mesmo padrão de qualidade ora existente, incluindo a transmissão dos jogos da Copa Libertadores da América, até o dia 1º de janeiro de 2022. Ademais, após esta data, a Disney comprometeu-se a (iii) transmitir os eventos da Copa Libertadores da América em algum de seus canais afiliados, até o final do seu atual contrato com a Conmebol; e (iv) devolver antecipadamente a marca Fox Sports, caso opte por encerrar a transmissão deste canal, deixando-a livre para ser utilizada por qualquer outro grupo que se interesse, mediante arranjo comercial com seu proprietário.

Verifica-se, portanto, que a revisão de remédios implicou em alteração de um remédio estrutural por remédios comportamentais, que poderiam ser vistos como mais brandos. A mudança substancial das medidas previstas no ACC, no entanto, foi possível porque o Tribunal do Cade tinha elementos suficientes para concluir que as novas medidas eram suficientes para mitigar o problema concorrencial anteriormente constatado, qual seja a diminuição da diversidade de programação esportiva disponível ao consumidor. Também foi fundamental para a conclusão do Tribunal do Cade o entendimento de que essa era uma

---

<sup>87</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n° 08700.004494/2018-53. Partes: The Walt Disney Company; Twenty-First Century Fox, Inc. Data de julgamento: 06 de maio de 2020. Data de publicação: 07 de maio de 2020.

alternativa mais proporcional e razoável do que simplesmente revisar a decisão de aprovação da operação.<sup>88</sup>

#### 4.2. *Ato de Concentração nº 08012.009198/2011-21 (Caso CSN/Usiminas)*

A revisão do acordo celebrado entre Companhia Siderúrgica Nacional (“CSN”) e o Cade<sup>89</sup> referente à operação realizada entre a CSN e Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A (“Usiminas”) guarda alguma relação com o Caso Disney/Fox, ao sinalizar que a flexibilização de remédios – via revisão – somente é possível mediante o convencimento da autarquia de que as novas medidas são, de fato, capazes de endereçar as preocupações concorrenciais geradas pela consumação da operação.

O TCD firmado à época exigia, como obrigação principal, o desinvestimento de um lote de ações da Usiminas e estipulava um prazo para a sua realização.<sup>90</sup> A fim de contornar os riscos concorrenciais durante o período pré-desinvestimento, também foram definidos remédios

---

<sup>88</sup> O plenário homologou a nova proposta de ACC, vencida a Conselheira Lenisa Prado, que votou pelo adiamento da decisão do processo enquanto durar a pandemia da Covid-19. Nesse sentido, a Conselheira pondera que: “o principal efeito causado pela pandemia COVID-19 é a suspensão das atividades corriqueiras da maior parte das empresas, o que evidentemente prejudica a avaliação dos termos do negócio à venda, além do que é possível que o próprio negócio (transmissão de eventos televisionados) sofra mudanças significativas após a pandemia, quando o findarem as medidas de isolamento e suas decorrências.”

<sup>89</sup> Aprovada ainda sob à luz da antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94), a aquisição, pela CSN, de ações que não integram o bloco de controle da Usiminas foi aprovada mediante a assinatura de um Termo de Compromisso de Desempenho (“TCD”), instrumento, similar ao ACC, utilizado durante a vigência da antiga norma.

<sup>90</sup> A determinação de um prazo mais longo para o cumprimento do remédio estrutural se justificaria, uma vez que o anúncio de um desinvestimento imediato promoveria a queda brusca e acentuada de valor da Usiminas, uma das poucas concorrentes que atuam no mercado concentrado de aços longos. Desta maneira, a adoção de uma medida imediata não seria desejável, sob o risco de ser potencialmente danosa à concorrência.

comportamentais que neutralizariam a presença da CSN na governança da Usiminas no período<sup>91</sup>.

Quatro anos após a aprovação da operação, a CSN solicitou a dilação do prazo para a implementação do remédio estrutural, pois, segundo a empresa, a obrigação teria se tornado excessivamente onerosa diante da desvalorização das ações da Usiminas. Nesse contexto, a Procuradoria Especializada do Cade (ProCade) procedeu a revisão do TCD, tendo concluído que o pacote de remédios comportamentais (referentes ao congelamento dos direitos políticos da CSN) se mostrou eficiente para evitar a interferência da empresa na governança da Usiminas. Desse modo, a recomendação da ProCade, posteriormente referendada pelo Tribunal, concluiu pela “calibração do remédio”<sup>92</sup> (i.e. prorrogando o prazo para cumprimento do desinvestimento), já que dita flexibilização não implicaria em preocupações concorrenciais.

O caso, portanto, suscitou um debate semelhante ao ocorrido no Caso Disney/Fox, sugerindo que, em circunstâncias excepcionais, a autoridade antitruste pode flexibilizar remédios, desde que existam alternativas, viáveis e mais proporcionais do que a revisão da decisão de aprovação, que solucionem o problema concorrencial de forma tão adequada quanto a medida definida anteriormente.

#### *4.3. Ato de Concentração n° 08700.006723/2015-21 (Caso TVSBT/Record/Ômega)*

Outra revisão que guarda um debate similar àquele do Caso Disney/Fox é a do Caso TVSBT/Record/Ômega. Assim como no primeiro caso, a autoridade antitruste reforçou que a flexibilização do compromisso, via revisão, só é admitida mediante a existência de um contexto excepcional. Como se verá, nesse caso, o Cade entendeu que não restou

---

<sup>91</sup> As obrigações comportamentais, em suma, incluíam: (i) o congelamento de direitos políticos, salvo aluguel de ações de forma pulverizada na Bolsa (não direcionada); (ii) a possibilidade de exercício apenas de direitos patrimoniais; e (iii) a vedação de acesso à informação concorrencialmente sensível ou capacidade de exercício de influência na Usiminas, por qualquer outro direito.

<sup>92</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n° 08012.009198/2011-21. Partes: Companhia Siderúrgica Nacional, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A. Data de julgamento: 9 de abril de 2014. Data de publicação: 10 de abril de 2014.



comprovada a existência de um fato novo impeditivo ao cumprimento das obrigações assumidas (e alheio à vontade das empresas).

A formação de uma *joint venture* entre a TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A. ("SBT"), Rádio e Televisão Record S.A. ("Record") e TV Ômega Ltda. ("Rede TV") para atuar no licenciamento de canais de programação para prestadoras de serviço de TV por assinatura havia sido objeto de aprovação em maio de 2016, mediante compromissos assumidos, que buscavam assegurar que os consumidores finais do serviço de televisão por assinatura não suportassem os custos do incremento de poder de mercado da *joint venture*. Nesse sentido, as obrigações assumidas incluíam: (i) especificações quanto ao objeto social da *joint venture*<sup>93</sup>; (ii) estabelecimento de um prazo de 06 anos para a existência da *joint venture*; (iii) estabelecimento de investimentos conjuntos das partes com o intuito de desenvolver produtos e serviços que melhorassem a qualidade do conteúdo já ofertado no mercado; e (iv) investimentos individuais também voltados a aprimorar o conteúdo disponibilizado aos consumidores.

Ainda que a motivação do pedido de revisão seja confidencial, o parecer da ProCade sugeriu (e o Tribunal referendou) o indeferimento do pedido de revisão do ACC. Para tanto, a ProCade se baseou na ausência de constatação de qualquer onerosidade desproporcional e inevitável às compromissárias decorrente da pandemia da COVID-19. Diferentemente do Caso Disney/Fox, portanto, a autarquia entendeu que os compromissos específicos firmados não teriam sido particularmente afetados pelas adversidades provocadas pela crise, não havendo fundamento para revisão dos remédios anteriormente definidos. Nesse sentido, conclui:

*“Há de se ressaltar, inicialmente, que a autoridade antitruste está ciente e atenta aos riscos e desafios trazidos pela pandemia de Covid-19, bem como às dificuldades a ela inerentes, reconhecendo a existência de um contexto extraordinário. No entanto, tais adversidades não tem o condão de alterar por si só*

---

<sup>93</sup> Alguns dos objetos da *joint venture* deveriam incluir obrigações assumidas perante o Cade, a fim de melhorar as condições concorrenciais no mercado: (i) criação, produção e geração de conteúdo audiovisual para diferentes meios de comunicação, (ii) intermediação e agenciamento de conteúdo destinados à televisão por assinatura, (iii) prestação de serviços de assessoria de marketing e vendas em geral, (iv) representação publicitária e/ ou venda de publicidade para os canais criados e/ ou programados, (v) intermediação e representação para distribuição e venda de sinais de televisão para qualquer meio de distribuição e (vi) participação em outras sociedades;

*as obrigações pactuadas uma vez que, conforme entendimento pacífico desta Procuradoria Federal Especializada (referendado pelo Conselho), revisões dos compromissos devem levar em consideração possíveis impactos negativos de sinalização da política de acordos da autoridade antitruste. Na presente situação, a flexibilização das cláusulas em comento, mesmo em caráter extraordinário, pode comprometer o enforcement da tutela concorrencial, e não parece resultar de uma situação de uma onerosidade desproporcional e inevitável ao compromissário para seu cumprimento (nos termos do art. 85, §12 da Lei nº 12.529, de 2011).”*

#### *4.4. Ato de Concentração nº 08700.010866/2013-83 (Caso JBS/Rodopa)*

Ainda acerca da comprovação de fato impeditivo relevante para o cumprimento do ACC, o caso JBS/Rodopa também sinaliza o rigor da autarquia, que admite a flexibilização de remédios apenas em circunstâncias excepcionais.

A operação envolvendo o arrendamento, pela JBS S.A. (“JBS”), de três unidades industriais de propriedade da Rodopa Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. (“Rodopa”) e da Forte Empreendimentos e Participações Ltda. (“Forte”) foi aprovada mediante um conjunto de obrigações, comportamentais e estruturais, assumidas pelas três empresas.<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> Os compromissos assumidos incluíam: (i) manutenção, pela JBS, da atividade das três unidades industriais objeto da operação, pelo período de três anos contados da data em que assumisse as plantas (essa obrigação contava também com a manutenção de níveis médios de abate de bovinos realizados em 2013, salvo quando a manutenção das atividades em tais níveis for impossibilitada por caso fortuito), (ii) não aquisição e não arrendamento, pela JBS, de determinadas unidades industriais independentemente da detenção de posse/propriedade dessas plantas pela Rodopa e/ou pela Forte, (iii) renúncia ao direito de preferência, pela JBS, na aquisição, locação ou arrendamento das unidades industriais da Rodopa/Forte, (iv) não aquisição, pela JBS, pelo prazo de cinco anos, de unidades ativas de abate de bovinos nos estados em que a JBS detenha participação de mercado superior a 45%, (v) notificação, pela JBS, de aquisição, locação ou arrendamento de unidades de abates de bovinos inativas nos estados em que a JBS detenha participação de mercado superior a 45%, (vi) obrigação, pela JBS, pelo prazo de dez anos, de informação ao Cade sobre futuros arrendamentos, locações ou aquisições de unidades ativas ou inativas de abate bovino, (vii) não alienação ou não arrendamento, pela Rodopa, à JBS de determinadas unidades, (viii) aceitação,

À época, a imposição de remédios buscou mitigar três preocupações concorrenciais: (i) um possível desabastecimento do mercado de carne bovina, caso houvesse o fechamento de plantas produtivas da Rodopa (com efetivas condições de funcionamento e produtividade), (ii) o crescimento por aquisições por parte da JBS, a qual já detinha um considerável poder de mercado oriundo, tanto de aquisições, quanto de esforços próprios; e (iii) a iminente situação de insolvência da Rodopa, um *player* que estava em ascensão nos anos anteriores à operação.

Em sede de monitoramento, no entanto, o Tribunal determinou a revisão do ACC, em especial de três dos compromissos assumidos, conforme a tabela abaixo:

<b>Responsável</b>	<b>Compromisso</b>	<b>Preocupação concorrential relacionada</b>
JBS	Manutenção da atividade das três unidades industriais objeto da operação, pelo período de três anos, contados da data em que a JBA assumisse as plantas. A obrigação contava também com a manutenção de níveis médios de abate de bovinos realizados em 2013, salvo quando a manutenção das atividades em tais níveis for impossibilitada por caso	Assegurar a integridade das plantas da Rodopa enquanto a JBS detivesse a posse dessas unidades industriais, com a finalidade de evitar queda da oferta e aumento de preços.

---

pela Rodopa, da renúncia sobre o direito de preferência da JBS na aquisição, locação ou arrendamento das unidades industriais, (ix) alienação, pela Rodopa, de marca relevante para terceiro que não integrasse o Grupo J&F (caso não encontrasse comprador em 12 meses, a Rodopa deveria promover leilão da marca com fixação de preço mínimo), (x) alienação, pela Rodopa, de unidade determinada para terceiro que não integrasse o Grupo J&F (sendo que o termo inicial dessa alienação seria contado a partir da resolução das pendências judiciais que envolvem a unidade), (xi) apresentação, pela JBS, de relatório semestral de cumprimento das obrigações, e (xii) adoção, pela JBS e Rodopa, de política de portas abertas.

	fortuito.	
Rodopa	Alienação de marca relevante (e confidencial) para terceiro que não integrasse o Grupo JBS. Caso não encontrasse comprador em 12 meses, a Rodopa deveria promover leilão da marca com fixação de preço mínimo.	Evitar o incremento do conjunto de marcas (Swift, Friboi e Bertin) detido pela JBS por meio da incorporação de marca detida pela Rodopa com elevado valor de mercado. Ainda que a título precário, a aquisição de marca relevante pela JBS poderia acarretar significativo prejuízo à concorrência no mercado de abate bovino.
Rodopa	Alienação de unidade relevante da Rodopa para terceiro que não integrasse o Grupo JBS. Caso não encontrasse comprador em 12 meses, a Rodopa deveria promover leilão da marca com fixação de preço mínimo.	Evitar o aumento da concentração econômica no mercado estadual de abate de bovinos. À época do AC, a participação de mercado conjunta JBS-Rodopa era elevada. Nesse contexto, permitir a agregação de diversas plantas da Rodopa pela JBS (sem qualquer contrapartida) não seria concorrencialmente desejado.

A primeira cláusula (referente à obrigação de manutenção do nível de abate nas plantas arrendadas da Rodopa), foi objeto de duas revisões pelo Cade. Na primeira, o Tribunal optou por flexibilizar o remédio comportamental inicialmente proposto, reduzindo os níveis de produtividade inicialmente estabelecidos. Para tanto, foi relevante o convencimento do Cade de que o cenário de crise no setor – provocado pelo decréscimo na exportação da carne bovina e queda do consumo interno – havia afetado a viabilidade do cumprimento dos remédios da forma como originalmente estabelecidos, configurando em fato inevitável e alheio à vontade das partes.

Ainda que flexibilizado, a JBS voltou a descumprir os novos níveis estabelecidos, levando a uma segunda revisão da obrigação. Desta vez, no entanto, o Tribunal entendeu pelo descumprimento do compromisso, vez que, diferentemente do que ocorreu na primeira revisão, o descumprimento

do ACC decorrera de fato previsível relativo à edição de uma nova regulação ambiental:

*“Entende-se que a restrição de níveis operacionais impostos pela licença é anterior à propositura da operação, razão pela qual não se caracteriza o caso fortuito alegado pela JBS S/A. Ela tinha conhecimento da licença emitida em 19/01/2011 e válida até 19/01/2014 (Licença de Operação 62000076), que é documento indispensável à operação da planta, e não levou ao conhecimento do Cade esse elemento imprescindível para a avaliação dos remédios cabíveis. A operação JBS-Rodopa foi notificada ao CADE em 06/12/2013, portanto muito depois do início da validade dessa licença.”<sup>95</sup>*

Ademais, o Tribunal também entendeu pelo descumprimento das outras duas cláusulas (referentes à alienação de marca e unidade relevantes pela Rodopa). Para tanto, foi analisada cuidadosamente a existência (ou não) de esforços genuínos, por parte das compromissárias, em cumprir com os remédios comportamentais definidos. Nesse sentido, o Cade entendeu que a Rodopa pleiteou a inexigibilidade da obrigação, sem antes fornecer outras formas para viabilizar o seu cumprimento, ou sugerir outros remédios alternativos. Essa decisão, portanto, sinaliza que o Cade considerará em suas análises, não apenas a ocorrência de fatos supervenientes impeditivos da realização do acordo, mas também (e com igual peso) a comprovação de esforços genuínos por parte dos interessados para cumprir com os remédios, sendo ambos relevantes (e pelo teor da decisão, imprescindíveis) para a admissão da revisão.

#### *4.5. Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47 (Caso ICL/Vale)*

---

<sup>95</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.010866/2013-83. Partes: JBS S.A., Rodopa Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., Forte Empreendimentos e Participações Ltda. Data de julgamento: 20 de agosto de 2014. Data de publicação: 21 de agosto de 2014.

Outra revisão que demonstra o rigor da autarquia na análise de flexibilização de remédios se refere ao Caso ICL/Vale. Como se verá, nesse caso, a autoridade antitruste sinalizou que a revisão de remédios não tem o condão de desonerar a compromissário de uma obrigação sem razão plausível aparente.

O ACC era decorrente de uma operação de consolidação de controle da Bromisa Industrial e Comercial Ltda. (“Bromisa/Gurpo ICL”) na Fosbrasil S.A. (“Fosbrasil”), por meio da dissolução da *joint venture* entre a Bromisa e a Vale Fertilizantes S.A. (“Vale”) e foi objeto de revisão pelo CADE em 2016.

À época da celebração do ACC, em 2014, a SG apontou que a operação era capaz de proporcionar incentivos ao fechamento do mercado de Ácido Fosfórico Purificado (“PPA”)<sup>96</sup> e a eventuais condutas discriminatórias. Tais preocupações eram reforçadas pela ausência de importações e pelas elevadas barreiras à entrada constatadas no mercado.

Com o fim de evitar o fechamento ao acesso do insumo PPA e a prática de preços discriminatórios aos concorrentes da Bromisa, o ACC incluiu remédios comportamentais, tais como: (i) o fornecimento, pela Fosbrasil, de PPA a todos os produtores do mercado *downstream* (mercado de sais de fosfato) por um período de até 8 anos; (ii) o fornecimento, pelo Grupo ICL, de informações acerca de qualquer pedido de investigação/revisão antidumping relacionados aos mercados afetados; e (iv) o fornecimento, pelo Grupo ICL, de relatórios semestrais sobre recusas de fornecimento de PPA.

Passados dois anos da celebração do ACC, a ICL requereu a dispensa da obrigação de apresentar relatórios semestrais ao Cade. Segundo as empresas, o cumprimento regular e tempestivo do referido remédio sinalizava que “as preocupações concorrenciais do Conselho não se materializaram, visto que não houve até a presente data, qualquer recusa da Fosbrasil a fornecer PPA de grau alimentício a quaisquer compradores”<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Na análise, a SG entendeu que a Operação afetava três mercados: (i) mercado *middlestream* de PPA (ácido fosfórico purificado) de dimensão nacional; (ii) mercados *downstream* de sais de escopo nacional; e (iii) mercados *downstream* de sais de dimensão internacional.

<sup>97</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.000344/2014-47. Partes: Bromisa Industrial e Comercial Ltda., Fosbrasil S.A., Vale Fertilizantes

O pedido de revisão, no entanto, não foi acatado pela ProCade, sendo relevante para tal conclusão o fato de que não havia qualquer evidência de onerosidade superveniente e excessiva para o seu cumprimento. Nesse sentido, conclui:

*“Esta Procuradoria entende que o pleito da Compromissária não deve ser acatado, sob pena de se fragilizar, sem qualquer lógica ou motivo coerente, as disposições que foram elaboradas à luz de um cenário definido na época da assinatura do ACC e que, por isso, refletiu, com precisão, as preocupações concorrenciais do CADE naquela oportunidade. Não se mostra razoável, agora, alterar o sentido da redação de uma obrigação, simplesmente, para desonerar a interessada de uma imposição, sem que haja uma razão plausível aparente, como por exemplo, uma superveniente e excessiva onerosidade no seu cumprimento.”<sup>98</sup>*

#### 4.6. Ato de Concentração n° 08700.009924/2013-19 (Caso Innova/Videolar)

Ainda que os precedentes acima tenham discutido a viabilidade do uso da revisão para a flexibilização de ACCs, a alteração dos remédios nem sempre visa afrouxar as obrigações das compromissárias. Como será exposto a seguir, o Caso Innova/Videolar é um exemplo disso, já que a revisão (ainda em análise pelo Cade) poderá resultar em medidas mais rígidas para as empresas.

Em abril de 2020, o Tribunal do Cade determinou a revisão da aquisição da Innova pela Videolar<sup>99</sup>, operação que havia sido aprovada em 2014 mediante celebração de um acordo, que previa a imposição de remédios com a finalidade de mitigar efeitos decorrentes da criação de um

---

S.A. Data de julgamento: 10 de dezembro de 2014. Data de publicação: 11 de dezembro de 2014.

<sup>98</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n° 08700.000344/2014-47. Partes: Bromisa Industrial e Comercial Ltda., Fosbrasil S.A., Vale Fertilizantes S.A. Data de julgamento: 10 de dezembro de 2014. Data de publicação: 11 de dezembro de 2014.

<sup>99</sup> Segundo a análise da SG, o mercado relevante pode ser definido como monômero de estireno, poliestireno e chapas de poliestireno.

duopólio no mercado de poliestireno - dado que além da Innova e da Videolar, apenas a Unigel fabricava esse produto no Brasil.

Nesse sentido, as partes se comprometeram a cumprir uma série de obrigações eminentemente comportamentais, incluindo: (i) abster-se de adquirir ou arrendar novas plantas de poliestireno no mercado brasileiro por 5 anos, (ii) manter níveis mínimos de produção de poliestireno nos patamares praticados pelas empresas à época, (iii) adotar um Programa de *Compliance*, que deveria ser apresentado ao Cade em até 6 meses após a assinatura do ACC, (iv) adotar políticas "de portas abertas" com o Cade, (v) apresentar um plano de repasse de eficiências aos consumidores de poliestireno em 60 dias, contados do fechamento da operação, (vi) realizar investimentos em pesquisa e desenvolvimento no setor, (vii) licenciar, de maneira gratuita e não exclusiva, as patentes de poliestireno e de monômero de estireno registradas e as que viessem a ser registradas nos próximos 5 anos.

Seis anos após a aprovação, no entanto, a SG avaliou que parte das obrigações assumidas teriam sido descumpridas (em especial, a principal obrigação do ACC, que versa sobre a quantidade mínima de poliestireno a ser produzida pela empresa), e que, na prática, a implementação da operação teria gerado danos concorrenciais materializados na redução da oferta e no aumento de preços no mercado. Nesse contexto, o parecer da SG, a ser ainda julgado pelo Tribunal do Cade, sugere medidas mais rígidas, desta vez incluindo remédios estruturais com o fim de restabelecer o número de agentes anteriores à operação no mercado brasileiro:

*"Esse dano é entendido como diretamente decorrente da estrutura resultante da operação. Hoje, à luz do Guia de Remédios do Cade - publicado em período posterior a primeira análise deste caso pelo Tribunal - entende-se que os remédios comportamentais nos termos originalmente prescritos não foram suficientes para o caso. Assim, o remédio adequado ao caso deve ser relacionado ao desfazimento da estrutura vigente, sendo, portanto, imperioso recomendar a separação das plantas (Triunfo e Manaus) em empresas distintas, reestabelecendo o número de agentes anteriores à 2014 no mercado"*<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.009924/2013-19. Partes: Videolar S.A., Lírio Albino Parisotto, Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, Innova S.A. Data de julgamento: 01 de outubro de 2014. Data de publicação: 02 de outubro de 2014.



Assim, diferentemente do Caso Disney/Fox, a revisão de ACC foi adotada aqui com o intuito de converter remédios comportamentais (tidos como mais brandos) em remédios estruturais mais severos. A recomendação reforça, portanto, a mensagem de que a revisão também pode ser feita por iniciativa do Cade e quando esse entender que está havendo descumprimento do compromisso celebrado com a autarquia. Nesses termos, a SG conclui que:

*"a análise reiterando que os dois elementos que justificaram a autorização para atuação conjunta das empresas (Eficiências e Compromissos do ACC) mesmo diante de um diagnóstico de potencial efeito deletério ao mercado não foram integralmente alcançados. Entende-se que o descumprimento do ACC e, em especial, o não adimplemento do principal remédio estabelecido no Acordo (cláusula 2.1), geram repercussões negativas para o próprio SBDC, uma vez que comprometem a credibilidade dos instrumentos utilizados pelo CADE para a defesa da concorrência."<sup>101</sup>*

#### *4.7. Ato de Concentração nº 08012.001015/2004-08 (Caso Petrobras/White Martins)*

À semelhança do Caso Innova/Videolar, a revisão dos remédios impostos no caso Petrobras/White Martins também resultou na substituição de remédios comportamentais (considerando mais brandos) por remédios estruturais mais rígidos. Assim como naquele caso, a decisão sinaliza que a revisão em ACCs não necessariamente implica em flexibilizações das medidas anteriormente definidas.

Aprovada em 2007 mediante a celebração de um TCD, a operação consistia na criação de um consórcio (“Consortio Gemini”) para a produção, comercialização e distribuição de GNL entre a Petróleo Brasileiro S.A (“Petrobrás”), White Martins Gases Industriais Ltda.

---

<sup>101</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.009924/2013-19. Partes: Videolar S.A., Lírio Albino Parisotto, Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, Innova S.A. Data de julgamento: 01 de outubro de 2014. Data de publicação: 02 de outubro de 2014.

("White Martins") e GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. ("Gas Local").

À época, os remédios impostos visavam dirimir preocupações sobre eventuais práticas discriminatórias, geradas pela integração vertical existente entre a Petrobras e o Consorcio Gemini.<sup>102</sup> Mais especificamente, a autarquia constatou que o referido consórcio poderia estar sendo beneficiado de um gás natural a custo mais favorável.<sup>103</sup>

A fim de facilitar o monitoramento desses remédios o Cade exigiu a publicidade (i) do Anexo 6 do Acordo Operacional, (ii) das demonstrações contábeis da GásLocal e (iii) dos contratos firmados entre a GásLocal e seus clientes finais.

No mesmo ano de sua aprovação, no entanto, tais obrigações foram objeto de questionamento judicial pelas empresas, de modo que não foram observadas na prática.<sup>104</sup> Ademais, novas obrigações estruturais foram impostas às empresas, decorrentes da instauração de um processo administrativo contra elas, que buscava investigar a prática de condutas discriminatórias no mercado.

Dessa forma, diante da alegada ineficácia dos remédios propostos, o Conselheiro Paulo Burnier da Silva concluiu pelo descumprimento dos compromissos assumidos e, considerando a necessidade de se manter a consistência com a decisão sancionatória oriunda de investigação instaurada, também votou pela revisão dos remédios, a fim de que o

---

<sup>102</sup> Nesse sentido, o Conselheiro Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos expressou preocupações concorrenciais decorrentes da operação, dentre elas (i) o fato de o mercado brasileiro de gás natural ser um monopólio natural, (ii) o poder de mercado *upstream* da Petrobrás, (iii) o incentivo das empresas em restringir a competição na cadeia produtiva, (iv) o fato da operação poder gerar uma estrutura industrial em que a firma integrada teria incentivos econômicos e poder de mercado suficiente pra realizar práticas discriminatórias.

<sup>103</sup> No entender do Cade, além do fornecimento por parte da Petrobras ser direto, a White Martins e a GásLocal não estão sujeitas às exigências tarifárias e regulatórias, de modo que o preço final do gás poderia ser artificialmente mais competitivo – resultando assim em fechamento de mercado e danos variados.

<sup>104</sup> As empresas apresentaram recursos ao Poder Judiciário, com pedido de medida cautelar, a qual foi deferida e suspendeu os efeitos da decisão do Tribunal do Cade, ficando facultado ao Conselho proferir outra decisão. Ainda, após o trânsito em julgado da decisão judicial, por ausência de recuso por parte do Cade, as empresas propuseram Ação Anulatória para declarar a nulidade das restrições impostas.

compromisso refletisse as mesmas medidas impostas no contexto da investigação referida acima:

*"pela adoção de medidas estruturais que sejam capazes de mitigar as preocupações do CADE. Considerando que o Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41 determinou um conjunto de sanções estruturais, entendo que as medidas estruturais impostas no presente Ato de Concentração devem refletir integralmente àquelas previstas no referido Processo Administrativo, de modo a trazer consistência para a decisão do Cade. Neste sentido, remeto ao inteiro teor da seção relativa às sanções estruturais daquele voto, inclusive quanto às multas diárias previstas para fins de cumprimento das obrigações impostas"<sup>105</sup>.*

Nesse sentido, os novos remédios, incluem uma série de medidas que visam a evitar a discriminação das demais distribuidoras de gás natural, obrigando que o Consórcio Gemini seja operado em conformidade com a Nova Política de Preços (NPP) da Petrobrás. Além desta obrigação principal, as empresas ficaram igualmente sujeitas à adoção “de condições comerciais análogas àquelas praticadas nas relações entre a Petrobrás e a Comgás, como eventuais descontos e formas de reajuste contratual, em linha com o princípio geral de não-discriminação, o qual deverá reger todo o funcionamento do Consórcio Gemini, sob supervisão de auditoria independente”.<sup>106</sup>

## **5. Conclusão**

Diante da análise acima, é possível concluir que a Lei nº 12.529/2012 e o Guia de Remédios conferem ao Cade a liberalidade de revisar compromissos definidos em sede de análise de AC, podendo

---

<sup>105</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.001015/2004-08. Partes: White Martins Gases Industriais Ltda., Petróleo Brasileiro S.A., Petrobrás Gás S.A. – Gaspetro, GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. Data de julgamento: 26 de abril de 2005. Data de publicação: 27 de abril de 2005.

<sup>106</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.001015/2004-08. Data de julgamento: 26 de abril de 2005. Data de publicação: 27 de abril de 2005.

renunciar, modificar ou substituir obrigações previstas em ACC, por iniciativa das partes ou de ofício pelo Cade, especialmente durante a fase de monitoramento do ACC.

Essa revisão, poderá, inclusive, concluir pela impossibilidade de implementação dos remédios definidos, seja por não atenderem a finalidade para a qual foram desenhados, seja por terem se tornados inviáveis (em especial por alterações mercadológicas que não existiam ou não poderiam ser previstas quando da época de sua negociação).

Por um lado, a jurisprudência, demonstra que o instituto é aplicado em casos excepcionais, não podendo ser usada como alternativa ou saída para o descumprimento dos compromissos celebrados com a autoridade. Nesse sentido, os precedentes aqui analisados sinalizam especial rigor na avaliação das condições que levaram ao descumprimento do ACC. Dentre elas, a comprovação de boa-fé por parte das empresas foi destacado em mais de um precedente. No Caso Disney/Fox, a flexibilização de remédios, via revisão, foi possível apenas mediante o convencimento do Tribunal de que as empresas haviam despendido esforços consideráveis na tentativa de cumprir com as obrigações assumidas. Já no Caso JBS/Rodopa, a flexibilização não foi admitida, dentre outros motivos, porque as empresas não teriam apresentado evidências de esforços genuínos ou até formas alternativas para o cumprimento do remédio, simplesmente pleiteando a inexigibilidade da obrigação.

Além da boa-fé das compromissárias, a flexibilização de remédios (por meio da revisão de ACC) também exige a ocorrência de fatos supervenientes impeditivos da implementação/continuidade do remédio acordado. De fato, as decisões do CADE demonstram especial rigor na verificação desse requisito. Por exemplo, no Caso ICL/Vale, o pedido de revisão não foi acatado, sendo relevante para tanto o fato de que não havia qualquer evidência de onerosidade superveniente e excessiva. Em sentido contrário, no Caso Disney/Fox, a pandemia relacionada ao COVID-19 foi admitida como justificativa para flexibilização de remédios, tendo em vista o especial impacto da crise no negócio que se pretendia desinvestir.

Apesar da decisão sinalizar que a autoridade antitruste reconhece a pandemia da COVID-19 como uma situação extraordinária, o Caso TVSBT/Record/Ômega demonstra que esta situação não tem o condão de alterar, por si só, as obrigações pactuadas. Nesse sentido, a autarquia deve se convencer de que o cumprimento dos remédios foi especialmente impactado pela crise, gerando onerosidade desproporcional às empresas.

A partir da experiência recente do Cade, conclui-se que a revisão de ACC para que se proceda uma flexibilização dos remédios anteriormente acordados só é possível quando constatado que (i) o remédio estrutural ou comportamental, anteriormente estabelecido se tornou absolutamente inviável ou desproporcional e (ii) existem alternativas viáveis e proporcionais que solucionem ou mitiguem o problema concorrencial, de forma tão adequada quanto a medida definida anteriormente.

Por fim, também é possível inferir que o instituto da revisão de remédios não necessariamente implica em flexibilização dos compromissos assumidos. Em sede de monitoramento, é possível que o Cade conclua pela ineficácia dos remédios definidos e imponha, inclusive de maneira unilateral, obrigações mais rigorosas às compromissárias. No Caso Inova/Videolar, a revisão de ACC foi adotada por iniciativa do próprio Cade com o intuito de converter remédios comportamentais (que não estariam sendo cumpridos) em remédios estruturais, o que ainda está pendente de decisão final pelo Tribunal do Cade. Similarmente, no Caso Petrobras/White Martins, a revisão dos remédios também resultou na substituição das obrigações existentes por outras mais rígidas. Ambos os precedentes reforçam, portanto, a credibilidade do instituto, dando a mensagem ao mercado de que a revisão não serve como alternativa para o descumprimento de compromissos celebrados com o Cade.

## **6. Referências Bibliográficas**

BRASIL, Regimento Interno do Cade. Aprovado pela Resolução nº 22 de 19 de junho de 2019 e atualizado pela Emenda Regimental nº 01/2020 de 02 de abril de 2020. Artigo 124. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/REGIMENTOINTERNODOCONSELHOADMINISTRATIVODEDEFESAECONOMICAINDEXESISTEMATICOAtualizado.pdf>. Acesso em 07 de junho de 2020.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. " Documento de Trabalho nº 002/2020 - Remédios Antitruste no Cade: uma análise da jurisprudência". Disponível em: [http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhoRemediosantitrustenoCade\\_umaanalisedajurisprudencia\\_26.05.2020.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhoRemediosantitrustenoCade_umaanalisedajurisprudencia_26.05.2020.pdf). Acesso em 07 de junho de 2020.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. "Guia de Remédios Antitruste". Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/copy\\_of\\_GuiaRemdios.pdf/view](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view). Acesso em 07 de junho de 2020.

BRASIL, Lei nº 12.529 de 2011. "Lei de Defesa da Concorrência". Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estruturara%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estruturara%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso). Acesso em 07 de junho de 2020.

International Competition Network. "Merger Remedies Guide". Disponível em: [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG\\_RemediesGuide.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf). Acesso em 01 de junho de 2020.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.001015/2004-08. Partes: White Martins Gases Industriais Ltda., Petróleo Brasileiro S.A., Petrobrás Gás S.A. – Gaspetro, GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. Data de julgamento: 26 de abril de 2005. Data de publicação: 27 de abril de 2005.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.009198/2011-21. Partes: Companhia Siderúrgica Nacional, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A. Data de julgamento: 9 de abril de 2014. Data de publicação: 10 de abril de 2014.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.009924/2013-19. Partes: Videolar S.A., Lírio Albino Parisotto, Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, Innova S.A. Data de julgamento: 01 de outubro de 2014. Data de publicação: 02 de outubro de 2014.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.010866/2013-83. Partes: JBS S.A., Rodopa Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., Forte Empreendimentos e Participações Ltda. Data de julgamento: 20 de agosto de 2014. Data de publicação: 21 de agosto de 2014.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.000344/2014-47. Partes: Bromisa Industrial e Comercial Ltda., Fosbrasil S.A., Vale Fertilizantes S.A. Data de julgamento: 10 de dezembro de 2014. Data de publicação: 11 de dezembro de 2014.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.006723/2015-21. Partes: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A., Rádio e Televisão Record S.A., TV Ômega Ltda. Data de julgamento: 11 de abril de 2016. Data de publicação: 12 de abril de 2016.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53. Partes: The Walt Disney Company; Twenty-First Century Fox, Inc. Data de julgamento: 06 de maio de 2020. Data de publicação: 07 de maio de 2020

RODRIGUES, Eduardo Frade; SCOTT, Maria Eduarda. "Posologia do antitruste quando o ato de concentração precisa de remédio". Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrenca-regulacao/posologia-do-antitruste-quando-o-ato-de-concentracao-precisa-de-remedio-28052020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrenca-regulacao/posologia-do-antitruste-quando-o-ato-de-concentracao-precisa-de-remedio-28052020). Acesso em 01 de junho de 2020

MLex. "Comment: Merger remedies during pandemic must suit companies' situation to avoid non-compliance, deal reviews". Disponível em: <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1183091&siteid=203&rdir=1>). Acesso em 01 de junho de 2020

MLex. "Comment: Failed remedies spark reviews of years-old merger approvals in Brazil". Disponível em: <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1176719&siteid=203&rdir=1>. Acesso em: 01 de junho de 2020.

MLex. "Disney-Fox deal poised for clearance with behavioral remedies in Brazil". Disponível em: <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1184413&siteid=203&rdir=1>. Acesso em: 01 de junho de 2020.

## 6. TERCEIROS INTERESSADOS EM NÚMEROS: COMO TEM SIDO SUA ATUAÇÃO EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO CADE?

### 6. *THIRD PARTIES IN NUMBERS: HOW HAVE THEY CONTRIBUTED TO CADE'S MERGER ACTS?*

*Vívian Salomão Ianelli*

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo apresentar estudo empírico quantitativo sobre o instituto do terceiro interessado no âmbito de atos de concentração perante o CADE a partir da vigência da Lei 12.529/2011. Além de uma revisão legislativa do tema, serão apresentados dados quantitativos sobre a evolução no tempo da atuação dos terceiros e suas contribuições para a instrução de processos pelo CADE. A partir desses dados, concluiu-se que a maioria dos casos com terceiros interessados foi declarado complexo, e que sua atuação no CADE é relevante por meio de reuniões e manifestações adicionais. Porém sua atuação perante o Tribunal ainda carece de atenção quando se trata de recursos, pois apenas em um caso houve acolhimento e alteração da decisão final do AC.

**Palavras-chave:** Terceiros interessados. CADE. Contribuições.

**Abstract:** The present article aims to present an empirical study of the institute of the third party in the scope of merger acts before CADE from the validity of Law 12.529/2011. In addition to a legislative antitrust review of the subject, quantitative data will be presented on the evolution in the period analyzed of the performance of third parties and their contributions to CADE's analysis. Based on these data, it is concluded that most cases with third parties' participation were declared complex and their activities before CADE constitutes in meetings and petitions. However, their participation still lacks CADE's attention when it comes to appeals, since in only one case the appeals managed to change the merger act's final decision.

**Keywords:** Third party. CADE. Contribution.



## 1. Introdução

O presente trabalho analisará quantitativamente o instituto do terceiro interessado no âmbito de atos de concentração (“ACs”) submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) desde a edição da nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei nº 12.529/2011 (“LDC”). O artigo pretende avaliar a evolução da atuação de terceiros habilitados no processo e como esses agentes de mercado têm desempenhado suas atividades na posição de terceiros interessados.

Neste artigo, questionou-se: como se dá o desenvolvimento da atuação de terceiros interessados habilitados em atos de concentração a partir da nova LDC? A hipótese sustentada seria a de que, com a consolidação da nova Lei, o número de casos com terceiros interessados aumentaria com o passar dos anos. Concomitantemente, esses terceiros passariam a contribuir com maior frequência com a instrução dos processos realizada pelo CADE.

O tema em estudo ainda tem pesquisas incipientes, sem haver grande aparato bibliográfico sobre a questão. Portanto, o artigo representa uma oportunidade de apresentar um instituto utilizado no cotidiano de atos de concentração de forma solidificada em dados extraídos da própria jurisprudência do CADE.

O instituto dos terceiros, como será visto adiante, tem sido mais utilizado no decorrer dos anos. O papel desses agentes de mercado está centrado na publicidade dos processos do CADE<sup>107</sup>. Sabendo que os atos de concentração refletem a análise da situação mercadológica de determinado segmento da economia, a participação dos integrantes desses setores é de extrema importância para que a autoridade antitruste tenha melhor aparato técnico para realizar sua análise.

Ainda em relação à publicidade do processo, pode-se dizer que os terceiros interessados conferem maior validade e legitimidade para decisões em atos de concentração já que o CADE poderá avaliar as condições de mercado de modo mais efetivo, pois há maior acesso a dados reais sobre as práticas incorridas no segmento em análise.

---

<sup>107</sup> Conforme explicitado por Ana Frazão no livro *Direito da Concorrência: perspectivas e pressupostos*, quando da análise da finalidade do controle de estruturas, a autora entendeu que “o aumento da complexidade da análise estrutural precisa ser adequadamente controlado por meio de metodologias e critérios que assegurem transparência, consistência e coerência ao discurso de fundamentação das autoridades concorrenciais”. (FRAZÃO, 2017)

Em concordância com o texto de Oliveira e Misale (2017), os terceiros ainda têm a possibilidade de opor-se às definições de mercado e informações sobre as práticas econômicas apresentadas pelas partes do processo, apontando muitas vezes problemas concorrenciais não vislumbrados pela autoridade antitruste.

Para avaliar a atuação desses terceiros interessados, serão revistos e quantificados dados da participação de terceiros nos processos para controle de concentração analisados pelo CADE no período compreendido entre 2013 e 2019 disponibilizados virtualmente no Sistema Eletrônico de Informações (“SEI”)<sup>108</sup>.

Dessa forma, primeiramente, o artigo analisará o instituto do terceiro interessado e as mudanças da legislação sobre o tema (*item 2.1*). Ainda, será apresentada a visão do CADE sobre o instituto quando do julgamento de atos de concentração com esses integrantes habilitados (*item 2.2*). Para finalizar essa primeira seção sobre o instituto, em si, será apresentado um breve resumo sobre o modo para requisição e habilitação de um terceiro interessado (*item 2.3*).

Em seguida, serão apresentados os resultados da pesquisa empírica realizada. Este artigo analisará a evolução da quantidade de habilitações de terceiros interessados por ano<sup>109</sup> e como se deu a sua participação a depender do resultado obtido no processo: se o caso foi aprovado sem restrições ou com restrições ou se foi reprovado (*item 3.1*).

Posteriormente, serão discutidas quais são as características dos terceiros interessados habilitados, em especial se são concorrentes, fornecedores, clientes ou associações de classe. Ainda, serão avaliados os tipos de contribuições dos terceiros interessados após a habilitação (*i.e.*, manifestações escritas, reuniões com o CADE ou submissão de pareceres). Nesse tópico, será analisado também se foram interpostos recursos contra decisões da Superintendência-Geral ou opostos embargos de declaração em face da decisão do Tribunal Administrativo de Defesa

---

<sup>108</sup> Ressalta-se que é possível que alguns processos não constem da pesquisa devido à não inclusão de casos na plataforma “SEI – Acesso Público”. Apesar das discrepâncias, essa é o melhor, senão o único meio de realizar o levantamento dos atos de concentração submetidos ao CADE. Apesar dessa possível diferença, a quantidade de casos obtidos foi suficiente para realizar a análise pretendida nesse artigo.

<sup>109</sup> Destaca-se que não foram analisados os casos em que os pedidos para habilitação foram negados, pois a ideia do presente artigo é apresentar principalmente como os terceiros interagem com o processo do CADE e como a sua participação evoluiu ao longo do tempo.

Econômica. Adicionalmente, o estudo abordará as decisões proferidas no ato de concentração, avaliando se houve declaração de complexidade (*item 3.2*).

## **2. O instituto do terceiro interessado**

Nesse capítulo será apresentado o instituto do terceiro interessado tanto do ponto de vista legal e doutrinário quanto jurisprudencial do CADE. Primeiramente, será abordada uma visão geral sobre o tema na legislação brasileira, além de um breve histórico das alterações normativas acerca do assunto (2.1). Posteriormente, serão apresentadas interpretações doutrinárias e do CADE sobre o instituto a partir de jurisprudência (2.2). Por fim, o artigo discorrerá sobre o procedimento para a habilitação dos terceiros interessados em processos do CADE, de acordo com a legislação vigente (2.3).

### *2.1 O terceiro interessado na legislação antitruste brasileira*

A Lei nº 12.529/2011 prevê, em seu artigo 50, a possibilidade de terceiros interessados, cujos direitos ou interesses podem ser afetados por determinada matéria discutida no âmbito de um processo perante o CADE, requisitarem a admissão no referido processo.<sup>110</sup> O dispositivo legal é bastante amplo ao estabelecer que empresas, associações, sindicatos e entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, podem requerer habilitação como partes interessadas.

Embora esta tenha sido uma inovação com relação à Lei nº 8.884/94, as antigas edições do Regimento Interno do CADE já previam o instituto de terceiros interessados, havendo, contudo, mudanças relevantes com o passar dos anos. O Regimento Interno do CADE de 31 de março de 1998, publicado pela Resolução CADE nº 12, foi o primeiro documento do órgão antitruste a prever instituto semelhante ao do terceiro interessado conhecido atualmente, assinalando que estes teriam acesso aos

---

<sup>110</sup> A Lei prevê, no mesmo sentido, essa possibilidade para legitimados à propositura de ação civil pública pelos incisos III e IV do art. 82 da Lei nº 8.078/1990.

documentos públicos de processos em trâmite e, inclusive, poderiam requerer cópia dos autos<sup>111-112</sup>.

Considerando que essa é a primeira aparição do instituto no âmbito da legislação antitruste, os direitos concedidos aos terceiros interessados já eram abrangentes o suficiente para possibilitar a atuação deste sobre o julgamento de casos<sup>113</sup>.

Apenas em 2007 o Regimento Interno do órgão foi repaginado com uma nova formatação e com maior detalhamento dos procedimentos do CADE. Nesta versão, o artigo 36 previa a prática de atos processuais por terceiros interessados desde que fossem excepcionais e limitados “às hipóteses em que o CADE julgar oportuna e/ou conveniente para a instrução processual e defesa dos interesses da coletividade”<sup>114</sup>. O agente poderia requerer sustentação oral perante o Tribunal do CADE quando do julgamento do processo de seu interesse, conforme o art. 71, §3º do Regimento de 2007.

---

<sup>111</sup> São duas as previsões de terceiros interessados no Regimento Interno do CADE de 1998:

“Art. 9º. O CADE assegurará aos representados, requerentes ou consulentes, ou seus advogados, o exame dos autos em suas dependências.

§ 1º. **Terceiro interessado** poderá examinar os autos de processo nas dependências do CADE, mediante requerimento fundamentado dirigido ao Relator, que será juntado aos respectivos autos. É vedado o acesso aos documentos e informações declarados sigilosos nos termos do artigo 10º. do Regimento.

[...]

§ 3º. Serão fornecidas certidões e cópias de peças dos processos aos representados, requerentes e consulentes, ou seus advogados, **bem como aos terceiros interessados**, devidamente autorizados pelo Relator ou, na hipótese do §2º, pelo Presidente, mediante ressarcimento do custo correspondente” (grifos nossos).

<sup>112</sup> Além da requisição de cópias, de acordo com o art. 14, §4º do Regimento Interno do CADE de 1998, o terceiro poderia “requerer a suspensão de julgamento para a análise do parecer técnico proferido pela Procuradoria” nos casos em que a Procuradoria não apresentasse o referido parecer. Esse direito foi retirado a partir do Regimento interno de 2007 e não voltou a ser incluído nas futuras alterações do regimento devido, predominantemente à própria alteração do procedimento de análise dos atos de concentração.

<sup>113</sup> Se comparado à versão do Regimento Interno do ano anterior, 1997, que não havia sequer a menção de um “terceiro interessado”, o avanço foi considerável.

<sup>114</sup> Art. 36 do Regimento Interno do CADE de 2007. Os antigos Regimentos Internos do CADE estão disponíveis em < [http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/ri\\_com\\_emendas\\_130509.pdf/view](http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/ri_com_emendas_130509.pdf/view)> Acesso em 02 de junho de 2019.

Após a previsão do instituto do terceiro interessado no Regimento Interno de 2007, as normas de regulamentação do órgão antitruste posteriores mantiveram os artigos referentes ao tema e continuaram a abranger a sua atuação. Contudo, somente com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, em 29 de maio de 2012, o instituto do terceiro interessado ganhou força legal no inciso I do art. 50 da referida lei. Além de força legal, os terceiros interessados seriam capazes de apresentar recursos perante a Superintendência Geral do CADE a fim de levar o caso a conhecimento do Tribunal (art. 65, I da Lei 12.529/2011).

Nessa mesma data, foi publicada a Resolução CADE nº 1/2012, que instituiu o novo Regimento Interno do CADE e regulamentou o procedimento para habilitação de terceiros, estabelecendo que os pedidos dessa natureza deveriam ser submetidos ao CADE no prazo de trinta dias da publicação do edital de divulgação da operação<sup>115</sup>. Convém destacar que, com a redução do tempo de análise dos atos de concentração pelo CADE, o prazo de pedido de habilitação também foi posteriormente reduzido para quinze dias após a publicação do edital<sup>116</sup>.

Por fim, outro ponto que sofreu alteração se refere ao acesso de terceiros interessados a documentos restritos. De acordo com o §2º do art. 10 do Regimento de 2012, os terceiros podem acessar documentos restritos, desde que haja autorização expressa do CADE. Essas alterações demonstram o desenvolvimento do instituto e do reconhecimento da importância desses agentes de mercado pelo órgão, o que é reafirmado por meio da jurisprudência do CADE.

## *2.2 O entendimento doutrinário e do CADE relativo ao instituto do terceiro interessado*

---

<sup>115</sup> “Art. 118. O pedido de intervenção de terceiro interessado cujos interesses possam ser afetados pelo ato de concentração econômica deverá ser apresentado no prazo de 30 (trinta) dias da publicação do edital previsto no parágrafo único do art. 111, e será analisado nos termos do art. 44.

Parágrafo único. O pedido de intervenção deverá conter, no momento de sua apresentação, todos os documentos e pareceres necessários para comprovação de suas alegações”.

<sup>116</sup> Essa mudança foi introduzida pela Resolução nº 07 de 19 de fevereiro de 2014, que alterou o Regimento Interno do CADE no ano de 2012.

Conforme apresentado no item anterior, os terceiros interessados são definidos, sob o enfoque concorrencial, como aqueles cujos direitos ou interesses podem ser afetados pela decisão final, tais como concorrentes, associações de defesa dos direitos dos consumidores, entre outros.

A doutrina, como também já explorado anteriormente, não trouxe grande enfoque ao tema até o momento. De modo sucinto, a participação do terceiro interessado “visa uma maior participação da coletividade na instrução dos processos administrativos, com claro objetivo de propagar e proteger o bem estar do consumidor” (BAGNOLI, 2012, p. 94). Ainda, os autores que tratam do tema convergem ao dizer que a participação de terceiros interessados traz contribuições relevantes para a análise dos atos de concentração, facilitando a avaliação do caso pelo CADE<sup>117-118</sup>.

Em jurisprudência consolidada, o CADE já expediu sua própria definição para o instituto de terceiro interessado em parecer exarado pela Procuradoria Especializada do CADE (PFE-CADE), que teve como fundamento no art. 13, VI da Portaria MJ 04/06: “aquele que, sem ser representante, representado, requerente ou impugnante, tem direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada, tais como concorrentes, associação de consumidores, dentre outros”<sup>119</sup>.

De modo geral, a SG-CADE tem entendido que um agente econômico é capaz de atuar como terceiro interessado quando há um impacto em sua atividade comercial decorrente da decisão tomada para o

---

<sup>117</sup> “A prática do direito concorrencial dos últimos anos tem demonstrado a grande importância da participação dos terceiros interessados nos procedimentos administrativos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, através do fornecimento de informações e dados sobre os mercados e condutas em análise, facilitando em muito o trabalho das autoridades antitruste. Além disso, a inserção legal da participação de terceiros assegura a participação nos procedimentos administrativos, de todos que possam de certa forma, ter interesses afetados pela decisão a ser adotada pelo CADE.” (BAGNOLI, 2012, p. 194)

<sup>118</sup> “Grosso modo, a presença do terceiro interessado no âmbito de atos de concentração oportuniza a vocalização de contrapontos, esclarecimentos e opiniões complementares, antagônicas ou diversas à narrativa de mercado e ao racional jurídico-econômico apresentado pelas partes enredadas na operação (requerentes). Usualmente, os terceiros interessados pontuam e esmiúçam algum tipo de preocupação, desconforto ou efeito concorrencial adverso que seria potencializado pelo ato de concentração à vista de um direito/interesse afetado.” (OLIVEIRA e MISALE, 2017, p. 213)

<sup>119</sup> Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2006portariamj04.pdf> Acesso em 25 de fevereiro de 2020.

caso. As Notas Técnicas que avaliam a habilitação do terceiro interessado analisam os argumentos apresentados pelos agentes de mercado e definem se há, ou não, legítimo interesse e consequências decorrentes da operação para esse atuante do mercado. No trecho abaixo, a SG-CADE confirma esses requisitos para conceder a atuação dos terceiros interessados em um AC:

*Sob esta responsabilidade explícita de defesa da concorrência, cuja atuação é fundamentada na lei 12.529/2011, cumpre a esta SG-CADE ponderar as solicitações de terceiros, analisando os benefícios vis a vis prejuízos que podem trazer à instrução e, em última análise, ao próprio ambiente concorrencial. A atuação da SG-CADE, diante de argumentos diferentes que são apresentados pelas partes e que são naturais nas operações de concentração, é de reunir o máximo de conhecimentos para se tomar uma decisão fundamentada.*

*(...) Por isso, visando enriquecer as análises do presente Ato de Concentração e ampliar, inclusive, os conhecimentos sobre os modelos de negócios de diferentes players nos mercados em pauta e suas dinâmicas concorrenciais frente aos novos patamares tecnológicos, é benéfica a presença de terceiros interessados, os quais contribuirão com informações mais detalhadas e relevantes.*

*Considerando-se assim o manifesto interesse na operação por parte dos petionários, recomenda-se - por oportuno e conveniente para a instrução processual - que seja acatado o ingresso destes na qualidade de terceiros interessados nos termos da Lei nº 12.529/2011.<sup>120</sup>*

No que tange aos requisitos para a admissão do terceiro interessado, é interessante notar que, além da demonstração de possibilidade de afetação de direitos ou interesses pelo caso em questão, a parte interessada não poderá fazê-lo de forma genérica, sob pena de indeferimento do pedido. Tampouco é recomendado que as partes apresentem apenas lides privadas em suas manifestações, já que a atuação do CADE tem finalidade pública, não podendo ser utilizado para solução

---

<sup>120</sup> Ato de Concentração nº 08700.002013/2019-56 (Requerentes: Claro S.A e Nextel Telecomunicações Ltda.; terceiro interessado: Oi S.A., Telemar Norte Leste S.A. e Oi Móvel S.A., Telefônica Brasil S.A. e TIM S.A.). Nota Técnica nº 22/2019. Julgado em 13/11/2019. Publicado em 19/11/2019.

de controvérsias privadas do mercado<sup>121</sup>. Em diversos despachos emitidos pela Superintendência-Geral acerca de pedidos de habilitação de terceiros, o argumento de que a parte interessada é concorrente ou cliente das empresas requerentes da operação, sem maiores justificativas ou esclarecimentos sobre o porquê seus direitos seriam afetados não é suficiente<sup>122</sup>.

Da mesma forma, é imprescindível que a parte interessada se atenha aos impactos concorrenciais da operação notificada ao CADE. Isso porque a autoridade da concorrência brasileira está bastante atenta aos limites de sua atuação jurisdicional e não permite discussões alheias à concorrência nos autos de atos de concentração econômica<sup>123</sup>.

### *2.3 Procedimento para intervenção e os direitos garantidos aos terceiros interessados*

O atual Regimento Interno do CADE, publicado em 24 de setembro de 2019, estabelece um prazo de 15 (quinze) dias contados a

---

<sup>121</sup> No AC entre Localiza e Car Rental (nº 08700.001347/2017-4), apesar de as franqueadas da Hertz terem sido admitidas como terceiros interessados no processo, o CADE ressaltou em nota de rodapé do Parecer pela aprovação sem restrições que “Para fins de completude, registra-se o entendimento de que, apesar da admissão como Terceiros Interessados ser fundamentada, *os pedidos encaminhados pelas Franqueadas Hertz extrapolam a esfera de análise concorrencial, caracterizando lide privada, pois a forma como a Localiza irá utilizar a rede da franqueadas da Hertz diz respeito a sua estratégia de atuação no mercado, não cabendo ao CADE interferir nessa estratégia, caso se conclua que dá operação não resulta em efeitos anticompetitivos*”.

<sup>122</sup> No Ato de Concentração nº 08700.004085/2018-57 (Requerentes: Suzano Papel e Celulose S.A. e Fibria Celulose S.A.), a SG-CADE indeferiu o pedido de habilitação como terceira interessada da empresa RGE PTE Ltda., por entender que o fato da RGE e seu grupo econômico serem concorrentes das empresas requerentes não era suficiente para sua habilitação.

<sup>123</sup> No Ato de Concentração nº 08700.002737/2018-19 (Requerentes: Indaiá Brasil Águas Minerais Ltda. e Nestlé Waters Brasil – Bebidas e Alimentos Ltda.), a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais requereu sua habilitação com manifestação focada apenas nos impactos socioambientais envolvidos nas fontes hidrominerais localizadas em cidades mineiras. Por não haver impactos concorrenciais diretos, o pedido foi indeferido pela SG-CADE.



partir da publicação do edital da operação no Diário Oficial da União, para as partes interessadas que desejam sua admissão como terceiros interessados em atos de concentração protocolarem sua manifestação<sup>124</sup>. Esse período é prorrogável por mais 15 dias quando julgado oportuno pela SG-CADE para apresentação de documentos e pareceres.

Para que seu pedido seja analisado, o interessado deverá apresentar o seu pedido à SG-CADE, o órgão responsável pela decisão em casos não complexos e, também, responsável pela instrução de atos de concentração simples. Já em casos em que a decisão da SG-CADE seja proferida anteriormente ao encerramento do prazo de quinze dias para habilitação, as partes interessadas deverão dirigir seus requerimentos ao Presidente do Tribunal do CADE, conforme o §5º do art. 117 do Regimento Interno<sup>125</sup>.

Após o deferimento da habilitação de uma parte como terceiro interessado, a parte poderá apresentar contribuições como manifestações, estudos e pareceres externos para prover dados de mercado e da realidade econômica dos agentes envolvidos na operação. Pode ainda realizar reuniões com a SG-CADE ou mesmo com Conselheiros do Tribunal. Os terceiros também passarão a ter direito de recorrer de decisão da SG-CADE ou do Tribunal Administrativo<sup>126</sup>, bem como de apresentar sustentação oral ao Tribunal do CADE antes de ser proferida a decisão do colegiado<sup>127</sup>.

Apesar da previsão legal restringir a habilitação para o prazo de 15 dias, prorrogáveis pelo mesmo período, houve casos em que a parte interessada perdeu esse prazo, mas pôde enviar ao CADE seus comentários sobre a operação. Contudo, esse agente econômico não disfrutou dos direitos concedidos formalmente aos terceiros habilitados. Como exemplo, no AC entre TVSBT/ Record/TV Ômega<sup>128</sup>, a NeoTV,

---

<sup>124</sup> Art. 117 do Regimento Interno do CADE.

<sup>125</sup> Na Resolução nº 16/2016, publicada pelo CADE em 1º de setembro de 2016, a SG-CADE deverá concluir sua análise de operações simples em procedimento sumário, cuja duração deverá ser de, no máximo, 30 (trinta) dias contados a partir da data da apresentação ou da emenda ao formulário de notificação.

<sup>126</sup> Art. 121 do Regimento Interno do CADE.

<sup>127</sup> Art. 80, §3º do Regimento Interno do CADE.

<sup>128</sup> CADE. Ato de Concentração Ordinária nº 08700.006723/2015-21. Requerentes: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A., Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda. Terceiro Interessado: Associação Brasileira de Televisão por

mesmo perdendo o prazo para habilitação, juntou aos autos diversas considerações sobre a operação e o mercado relevante, cujas reflexões, inclusive, foram objeto de voto de Conselheiros do Tribunal Administrativo do CADE.

#### **4. Análise da contribuição dos terceiros interessados habilitados pelo CADE**

Para realizar a referida análise quantitativa, utilizou-se como metodologia a pesquisa em atas de Sessões Ordinárias e Extraordinárias de Julgamento do Tribunal do CADE desde 2012 até 2019 de atos de concentração com terceiros interessados habilitados. Ainda, foi utilizada a pesquisa pública na plataforma “SEI!” com palavras-chave como “terceiros interessados”, “terceira interessada”, e outros termos semelhantes para encontrar os casos cujo pedido de terceiros havia sido atendido. Ressalta-se que em 2012 não houve casos julgados de acordo com a nova Lei 12.529/11, apesar de ela já estar vigente. Por esse motivo, os casos serão contabilizados a partir de 2013.

Foi criada tabela em formato Excel contendo todos os casos com terceiros interessados habilitados no período em análise e em suas colunas foram expostas as principais características de cada AC (número de terceiros interessados, tipo de agente de mercado habilitado, resultado das decisões da SG e do Tribunal, existência de recursos, formas de contribuição, participação em reuniões e etc.).

A fim de melhor esclarecer os números utilizados nessa pesquisa, a tabela abaixo quantifica os casos *com* terceiros interessados habilitados encontrados no estudo de acordo com as principais categorias elencadas:

Tabela 1 – Principais categorias dos ACs com participação de terceiros interessados entre 2013 e 2019

<b><u>Categorias</u></b>	<b><u>Números</u></b>
<b>ACs Ordinários</b>	62
<b>ACs Sumários</b>	10
<b>TOTAL</b>	<b>72</b>

<b><u>Categorias</u></b>	<b><u>Números</u></b>
<b>ACs aprovados sem restrições</b>	41
<b>ACs aprovados com restrições</b>	23
<b>ACs reprovados</b>	4
<b>ACs com desistência da Operação</b>	4
<b>TOTAL</b>	<b>72</b>

<b><u>Categorias</u></b>	<b><u>Números</u></b>
<b>ACs com declaração de complexidade</b>	39
<b>ACs sem declaração de complexidade</b>	33
<b>TOTAL</b>	<b>72</b>

Fonte: Elaboração própria

Conforme apontado anteriormente, neste capítulo, pretende-se analisar o papel dos terceiros interessados em atos de concentração perante o CADE e quais foram suas contribuições para a análise feita pelo órgão antitruste. Importante notar que foram inseridos na pesquisa apenas os casos nos quais houve pelo menos um agente de mercado habilitado como terceiro interessado. Isto é, os casos em que houve a solicitação por parte de empresa ou associação para integrar o processo, mas o CADE negou provimento ao pedido ou houve desistência de participar do processo pelo próprio terceiro, não foram contabilizados nos dados abaixo.

O capítulo foi dividido da seguinte forma: primeiramente apresentou-se uma análise da quantidade de terceiros interessados atuantes em atos de concentração (3.1) e em seguida uma análise da forma de atuação desses terceiros nos processos (3.2). A ideia é apresentar, em um primeiro momento, os números referentes à quantidade de terceiros e sua evolução no tempo, para posteriormente avaliar como esses terceiros se comportaram no decorrer do ato de concentração.

#### *4.1 Análise da quantidade de Terceiros Interessados atuantes em Atos de Concentração*

Este capítulo tratará da quantidade de terceiros interessados que tem atuado nos processos do CADE por meio de diferentes ângulos. Importante ressaltar que se utilizou como metodologia o ano de julgamento dos processos e não o período de notificação. Assim, os casos foram  *julgados* nos anos em que estão categorizados, ou seja, ACs que foram notificados em um ano, 2018 por exemplo, e julgados no ano seguinte, 2019, foram colocados na categoria do ano seguinte, 2019<sup>129</sup>.

Primeiramente, será analisada a atuação dos terceiros interessados em ACs ordinários (3.1.1.). Em seguida, verificar-se-á a quantidade de terceiros interessados em casos ordinários e sumários (3.1.2). A seguir, será analisada a diferença de atuação dos terceiros interessados a depender do resultado do caso, seja aprovado com restrições, sem restrições, reprovado ou com desistência (3.1.3.).

#### *4.1.1 Atuação dos terceiros interessados em ACs Ordinários*

O gráfico abaixo demonstra a participação de terceiros interessados em comparação com o total de atos de concentração ordinários julgados pelo CADE<sup>130</sup>.

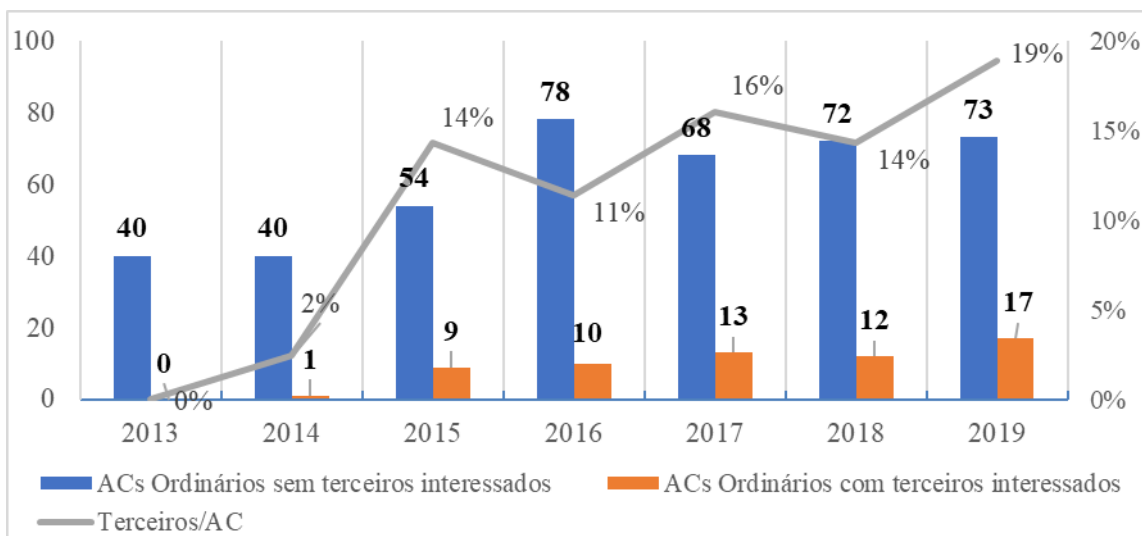
#### Gráfico 1 - Participação de terceiros interessados em ACs ordinários em comparação ao total de ACs Ordinários entre 2014 e 2019<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> Isso porque a fonte “CADE em números” que apresenta a quantidade total de casos para cada ano, quantifica pelo julgamento e não pela notificação. Conseqüentemente, para manter a coerência da análise, os gráficos do artigo apresentam as quantidades de casos julgados naquele ano e não os notificados.

<sup>130</sup> Decidiu-se *não elaborar um gráfico com os atos de concentração sumários* pois a atuação de terceiros neles é muito baixa em comparação ao total de casos julgados ao ano pelo CADE. Conseqüentemente, o Gráfico 1 foi criado apenas com ACs Ordinários para demonstrar a variação de atuação em comparação ao total dos casos julgados. Sabendo que dos 72 casos analisados na pesquisa, apenas 10 deles são de rito sumário, entende-se que a proporção de terceiros em atos sumários é ínfima para a comparação com o total julgado, não sendo assim uma comparação relevante à pesquisa.

<sup>131</sup> Os dados desse gráfico foram obtidos por meio de solicitação da autora baseada na Lei de Acesso à Informação. Questionou-se a quantidade de casos julgados em cada ano com base na Lei 12.529/2011 desde 2012 até 2013. Conforme já explicitado anteriormente, não foram incluídos os dados de 2012



Fonte: Elaboração própria

É relevante destacar que não há casos ordinários, de acordo com a nova lei, em 2013 com a participação de terceiros interessados. Os ACs com terceiros habilitados nesse período eram sumários.

Quando analisada a sequência dos anos, vê-se que os terceiros interessados foram ganhando espaço desde 2014, mesmo que tenham sofrido variações. Houve um salto de 2014 para 2015 de 2% para 14% dos ACs ordinários com a participação de terceiros interessados. A partir desse período, houve variações, quedas em 2016 (11%) e 2018 (14%) e aumentos em 2017 (16%) e 2019 (19%), contudo em um panorama geral, os casos com terceiros interessados tendem a aumentar, mesmo que com algumas variações pontuais.

Destaca-se que aqui não foi contabilizada a quantidade de terceiros habilitados em cada caso, mas sim a quantidade de casos que tinha participação de pelo menos um agente de mercado.

Comparando-se os anos de 2015 e 2019, houve um aumento de 88% de casos ordinários com terceiros, ou seja, quase dobrou a quantidade de ACs ordinários com participação de terceiros interessados. Mesmo com o aumento gradual considerando a quantidade de ACs julgados, o aumento

---

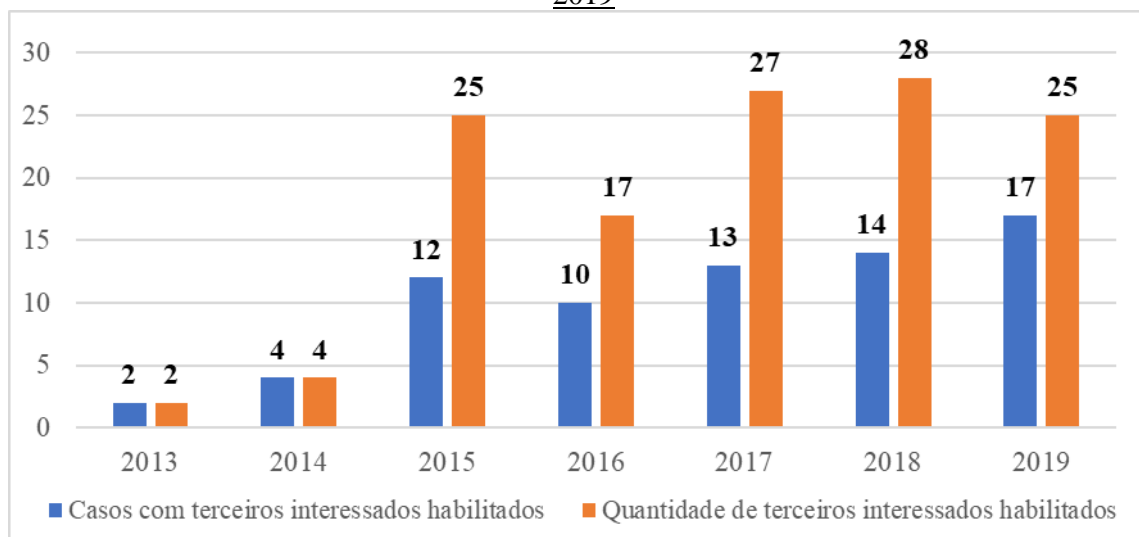
pois não há casos com a participação de terceiros interessados julgados nesse ano com base na nova lei de concorrência.

significativo em 5 anos pode ser um indicativo de que as empresas têm achado relevante a participação em atos de concentração que tenham consequências em seus mercados de atuação.

#### 4.1.2 Quantidade de Terceiros Interessados em casos Ordinários e Sumários

O gráfico abaixo demonstra a evolução anual da quantidade de ACs, ordinários e sumários, que tiveram terceiros interessados habilitados e a quantidade de pessoas que foram habilitadas como terceiros.

Gráfico 2 - Evolução Anual de Terceiros Interessados entre 2013 e 2019



Fonte: Elaboração própria

Importante ressaltar que a partir dessa etapa de análise do presente artigo, todas as informações que não estejam discriminadas entre os tipos de AC – ordinário e sumário – refere-se a ambos, como é o caso do gráfico acima. A diferença entre a quantidade de casos com terceiros interessados (72) e a quantidade de terceiros habilitados (128) se dá pela atuação de mais de um terceiro interessado em um mesmo caso.

Em alguns casos, contudo, apesar de mais de uma empresa estar habilitada como terceira interessada, elas eram integrantes de um grupo ou nicho específico do mercado e atuavam como uma única parte. Nesses casos, a representação das partes ocorria por um mesmo corpo de advogados de forma que as manifestações, reuniões e petições eram apresentadas por todos os integrantes desse nicho.

Essa foi a situação dos ACs entre Localiza/Car Rental (2017)<sup>132</sup> e AC entre Movida/Avis (2019)<sup>133</sup>, que tinham como requerentes locadoras de veículos. Nesses casos, as franquias das empresas locadoras foram habilitadas como terceiras interessadas, porém se manifestaram de forma conjunta, sendo contabilizadas como “franqueadas” de uma locadora de veículos. A ideia é que essas franqueadas se comportaram, no caso, como uma associação. Assim, apesar de serem várias empresas diferentes, elas pediram habilitação de terceiro como, no primeiro caso “franqueadas da Hertz” e no segundo “franqueados da Avis”, apresentando suas manifestações em conjunto.

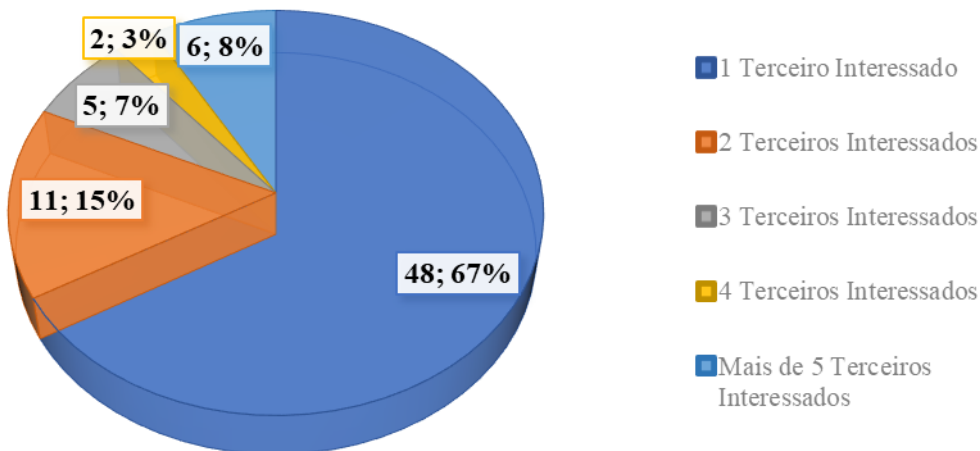
Como complemento, o gráfico abaixo apresenta a quantidade de terceiros interessados que se habilitam em cada caso.

Gráfico 3 - Quantidade de Terceiros Interessados por Ato de Concentração entre 2013 e 2019

---

<sup>132</sup> AC nº 08700.001347/2017-41. Requerentes: Localiza Rent a Car S.A. e Car Rental Systems do Brasil Locação de Veículos Ltda. Terceiros Interessados: Autogerai Locadora Ltda., Corac Locadora de Veículos Ltda., GM Brasil Locação de Veículos, Gm Brasil Locação de Veículos, Locadora de Veículos Multimarcas Ltda., Locadoras de Veículos Sul Brasil Ltda., Santa Clara Comércio de Veículos Ltda., TL Meneses de Barros Eireli, Via Mundi Serviços Ltda (Franqueados HERTZ). Julgado em 26/06/2017. Publicado em 27/06/2017.

<sup>133</sup> AC nº 08700.006055/2018-85. Requerentes: Movida Participações S.A. e Avis Budget Brasil S.A. Terceiros Interessados: Atar Locações de Veículos Ltda., M Martins Veículos Ltda. Epp, Reginaldo Vieira da Silva – Autos Eireli, Zenilton Automóveis Ltda., Automaq Comércio e Locação de Veículos Ltda. - ME, Corac Locadora de Veículos Ltda., Milton Barbosa Brandão – ME, Lagoa Locadora Ltda., D&R Locações de Veículos Ltda. ME, A&B Locadora de Veículos Ltda., KMF Veículos Ltda. - ME, CVAL Aluguel de Veículos Ltda., Rental Car LM Ltda. e Hobby Automóveis Ltda. EPP (Franqueadas da Avis). Julgado em 15/01/2019. Publicado em 16/01/2019



Fonte: Elaboração própria

Vê-se que os números entre 2013 e 2019 detêm uma proporção que varia de 1 a 2 terceiros interessados por caso, sendo que, por ano, segue-se a seguinte proporção: 2013 e 2014 com 1 terceiro por AC; 2015, com 2; 2016, com 1,7; 2017, com 2; 2018, com 1,9; e 2019, com 1,5. A média é de 1,6 terceiros interessados por caso em que eles são habilitados. Assim, conforme o gráfico acima, em geral, os processos contam com apenas *um* terceiro interessado.

Entre os anos de 2013 a 2019, dos 72 casos constantes de terceiros interessados, 48 deles apresentam apenas um terceiro interessado<sup>134</sup>. Foram 11 casos com dois terceiros; 5 casos com três terceiros; e 8 casos com mais de quatro terceiros (em alguns casos foram habilitados quatro<sup>135</sup>, cinco<sup>136</sup>, seis<sup>137</sup> e nove<sup>138</sup> terceiros interessados).

<sup>134</sup> Com a ressalva dos casos citados anteriormente de nº 08700.006055/2018-85 e nº 08700.001347/2017-41, nos quais os franqueados de locadoras de veículos foram consolidados como apenas um terceiro.

<sup>135</sup> AC nº 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Corp. e Time Warner Inc. Terceiros Interessados: SIMBA Content Intermediação e Agenciamento de Conteúdos LTDA, ESPN do Brasil Eventos Esportivos LTDA., DISCOVERY Networks Brasil Agenciamento e Representação LTDA., e Associação NEO TV. Julgado em 2017. AC nº 08700.002155/2017-51. Requerentes: Companhia



É possível que o fato de a maioria dos casos conter apenas um terceiro interessado seja motivado pela complexidade de participar de um caso como tal. Isto é, como será visto ainda nesse artigo, terceiros

---

Ultragas S.A. e Liquigás Distribuidora S.A. Terceiros Interessados: Copagaz Distribuidora de Gás S.A., Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda., Supergasbras Energia Ltda. e Companhia de Gás de São Paulo – Comgás. Julgado em 18/10/2017. Publicado em 24/10/2017.

<sup>136</sup> AC nº 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco Bradesco S.A.; Banco do Brasil S.A.; Banco Santander (Brasil) S.A.; Caixa Econômica Federal; Itaú Unibanco S.A. Terceiros Interessados: Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas - CNDL, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae, Boa Vista Serviços S.A., Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil - CACB e Serasa S.A. Julgado em 09/11/2016. Publicado em 17/11/2016. AC nº 08700.006185/2016-56. Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A. Terceiros Interessados: Rede Internacional de Universidades Laureate Ltda., GEAC Educação S.A. ("Ânima"), Associação Nacional dos Centros Universitários - ANACEU, Ser Educacional S.A. e Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon/MA). Julgado em 28/06/2017. Publicado em 04/07/2017. AC nº 08700.007777/2017-76. Requerentes: Praxair, Inc. e Linde AG. Terceiros Interessados: Air Liquide Brasil Ltda., ESHO – Empresa de Serviços Hospitalares S.A., Companhia Brasileira de Alumínio, Braskem S.A. e Magnesita Mineração S.A. Julgado em 13/06/2018. Publicado em 19/06/2018. AC nº 08700.001097/2017-49. Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company. Terceiros Interessados: Associação Brasileira dos Produtores de Soja ("APROSOJA"), Associação Brasileira dos Produtores de Algodão ("ABRAPA"), Associação Brasileira dos Produtores de Sementes de Soja ("ABRASS"), Dow e Dupont. Julgado em 28/02/2018. Publicado em 06/03/2018.

<sup>137</sup> AC nº 08700.006567/2015-07. Requerentes: Ball Corporation e Rexam PLC. Terceiros Interessados: Ambev S.A., Brasil Kirin Indústria de Bebidas Ltda., Cervejaria Petrópolis S.A., Crown Embalagens Metálicas da Amazônia S.A., Can-Pack S.A. e Cervejarias Kaiser Brasil S.A. Julgado em 09/12/2015. Publicado em 15/12/2015.

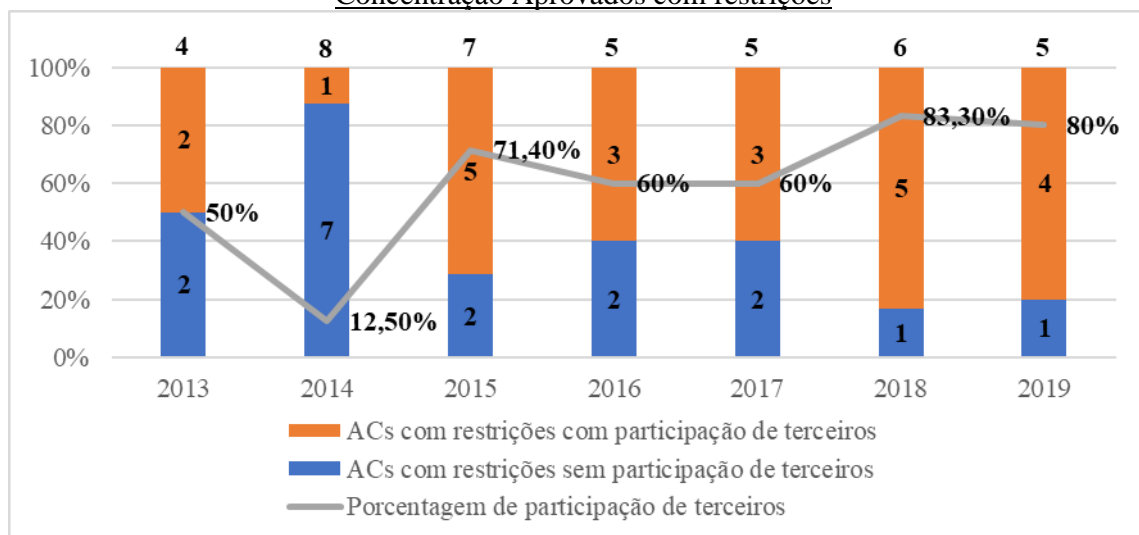
<sup>138</sup> AC nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A. Terceiros Interessados: AGROVIA S.A.; Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais – ABIOVE; Fibria Celulose S.A.; G7 (FIEP; Fecomércio; Fecoopar; Faciap; Fetranpar; ACP); FAEP; Ipiranga Produtos de Petróleo S.A.; Novo Oriente Participações Ltda.; Sindicato das Indústrias Sucoalcooleiras do Estado de Mato Grosso – SINDALCOOL; 3 Juntas (ALCOPAR; SIALPAR; SIAPAR). Julgado em 13/03/2015. Publicado em 17/03/2015.

apresentam estudos, manifestações e realizam reuniões com setores do CADE para discutir as operações. Esse trabalho pode ser custoso a ponto de ser um recurso utilizado apenas em situações que parecem manifestamente preocupantes para o terceiro afetado pelo caso. Ressalta-se que os tipos de terceiros interessados – concorrentes, clientes e associações – ainda serão apresentados nesse artigo no Gráfico 7.

#### 4.1.3 Diferentes atuações dos terceiros interessados a depender do resultado do AC

No gráfico abaixo será demonstrada a participação dos terceiros interessados em casos aprovados condicionados a restrições impostas pelo Tribunal.

**Gráfico 4 - Participação de Terceiros Interessados em Atos de Concentração Aprovados com restrições**



Fonte: Elaboração própria

Um ponto introdutório relevante à análise desse gráfico se refere à possibilidade de uma restrição delimitar remédios estruturais<sup>139</sup> e/ou comportamentais<sup>140</sup>. Esses remédios são geralmente colocados em um Acordo em Controle de Concentrações (ACC). Essas determinações variam nos casos concretos, sendo específicos para cada operação a fim de sanar problemas concorrenciais graves, mas que não inviabilizam a totalidade da operação.

A partir do gráfico, é plausível afirmar que os casos com ACCs tenham uma participação mais avantajada dos terceiros interessados pois o grau de complexidade deles é maior do que grande parte dos ACs aprovados sem restrições. Essa participação é tão expressiva que nos anos de 2018 e 2019, não houve a intervenção de terceiros interessados em apenas *um* caso aprovado com restrições. De 2015 a 2017, essa diferença é de apenas *dois* casos aprovados nessas condições sem a participação de terceiros interessados.

Importante destacar que os terceiros interessados se manifestam nos autos antes de um pronunciamento do CADE, isto é, o pedido de habilitação de terceiros deve ocorrer em até 15 dias após a publicação do Edital. Assim, a atuação desses agentes está relacionada ao real interesse no caso, já que o CADE ainda não apresentou decisão, seja na SG-CADE, seja no Tribunal.

---

<sup>139</sup> Nos remédios estruturais, o CADE pode definir um desinvestimento de ativos das partes do processo e venda a concorrentes capazes de utilizar esses ativos em sua própria produção – geralmente esses remédios são utilizados para diluir as concentrações em determinados mercados e criar um *player* com capacidade de rivalizar no mercado, considerando as alterações no pós-operação. CADE. Guia de Remédios Antitruste. Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_CADE/copy\\_of\\_GuiaRemdios.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_CADE/copy_of_GuiaRemdios.pdf) Acesso em 24/05/2020.

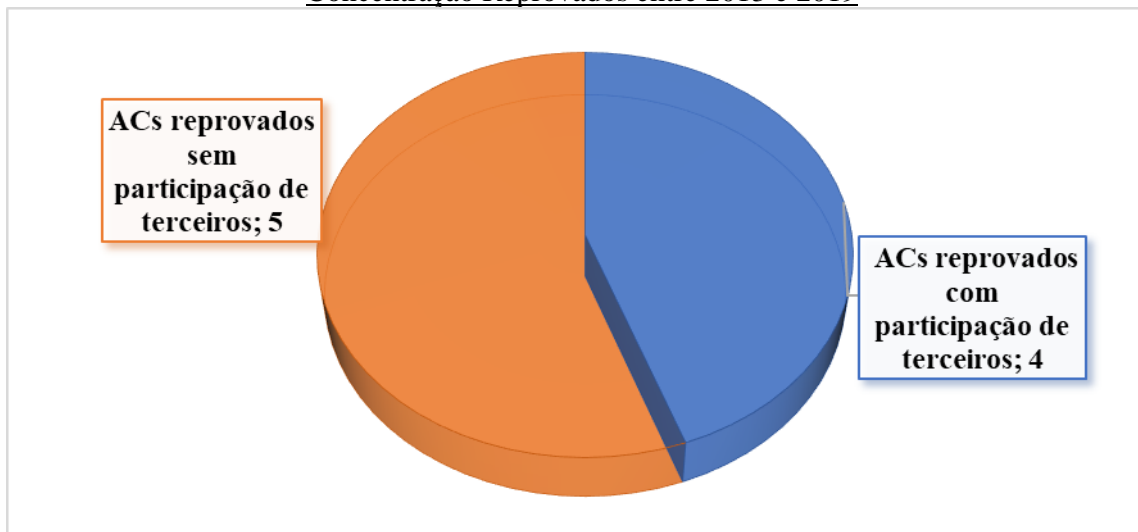
<sup>140</sup> Os remédios comportamentais, por outro lado, se referem (i) a condutas que não devem ser praticadas pelas partes – como discriminação de clientes ou fornecedores ou utilização de cláusulas de exclusividade em contratos, por exemplo – (ii) condutas que devem ser praticadas pelas partes – disponibilização de um bem ou infraestrutura a todos os integrantes do mercado ou criação de mecanismos de aumento da concorrência. CADE. Guia de Remédios Antitruste. Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_CADE/copy\\_of\\_GuiaRemdios.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_CADE/copy_of_GuiaRemdios.pdf) Acesso em 24/05/2020.

Um questionamento decorrente dos dados constantes desse gráfico se refere à real motivação da participação desses agentes de mercado em casos com possíveis remédios antitruste. É possível que a atuação de terceiros interessados esteja relacionada com o seu interesse em participar de compras de desinvestimentos decorrentes dos remédios antitruste, ou mesmo para apenas ter conhecimento mais aprofundado do mercado no cenário pós-operação. Não cabe, todavia, ao presente artigo responder a esse questionamento, já que não foi analisado o conteúdo meritório das decisões do CADE, mas cabe sim trazer indagações sobre as possíveis motivações dos terceiros em ACs com restrições que podem ser estudadas em pesquisas futuras.

Pode-se concluir que a atuação de terceiros pode ser relevante nos casos para a tomada de decisão do órgão antitruste, devido ao alto número de atuantes como terceiros nos casos aprovados com restrições.

O gráfico abaixo representa a participação dos terceiros em ACs aprovados pelo CADE entre o período de 2013 e 2019.

Gráfico 5 - Participação de Terceiros Interessados em Atos de Concentração Reprovados entre 2013 e 2019



Fonte: Elaboração própria

No período de 2013 a 2019, apenas nove casos foram reprovados no CADE. Dentre eles, quatro tiveram a participação de terceiros interessados no processo. Mais uma vez vê-se que os terceiros interessados tendem a atuar em casos com maiores riscos concorrenciais envolvidos. Considerando que no presente artigo não foram analisados os argumentos tecidos pelo CADE em suas decisões, não é possível afirmar se a participação desses agentes teve influência na decisão do órgão antitruste. Contudo, traz uma indagação para saber se o Tribunal tem se utilizado das informações prestadas por terceiros para formar sua opinião.

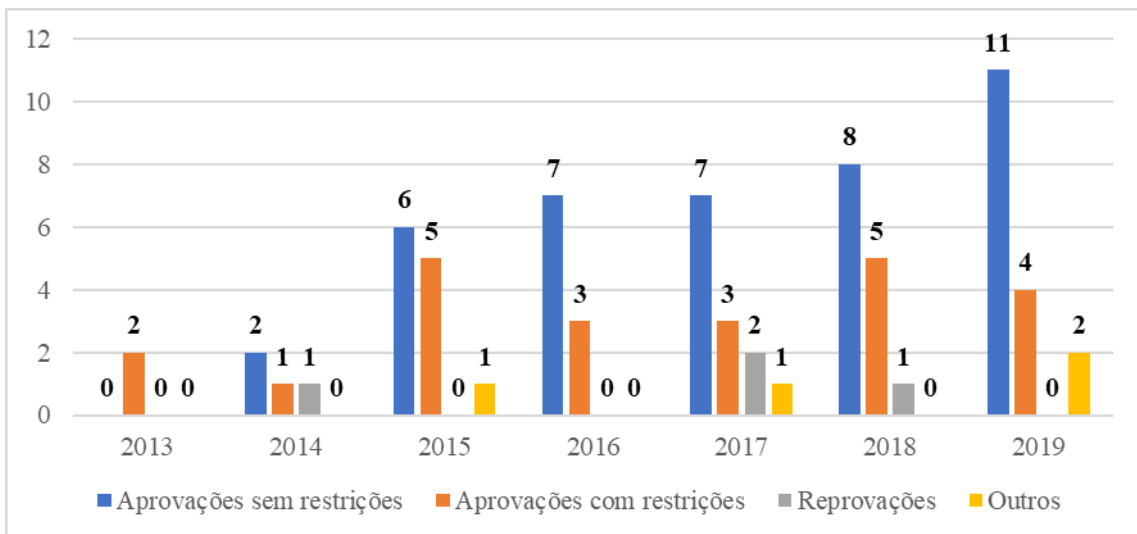
Relevante notar que em três dos quatro casos com terceiros interessados, havia pelo menos uma associação, relacionada ao mercado em questão, envolvida<sup>141</sup>.

É possível demonstrar a atuação dos terceiros em casos com diferentes resultados conforme apresentado no gráfico abaixo:

Gráfico 6 - Participação de Terceiros Interessados a depender do resultado do Ato de Concentração entre 2013 e 2019

---

<sup>141</sup> AC nº 8700.000436/2014-27. Requerentes: Braskem S.A e Solvay S.A. Terceiros Interessados: *ABIPLAST – Associação Brasileira da Indústria do Plástico*. Julgado em 12/11/2014. Publicado em 18/11/2014. AC nº 08700.006444/2016-49. Requerentes: Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. e Alesat Combustíveis S.A. Terceiros Interessados: Raízen Combustíveis S.A., Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A. e *Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes*. Julgado em 02/08/2017. Publicado em 08/08/2017. AC nº 08700.006185/2016-56. Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A. Terceiros Interessados: Rede Internacional de Universidades Laureate Ltda., GEAC Educação S.A. ("Ânima"), *Associação Nacional dos Centros Universitários - ANACEU*, Ser Educacional S.A. e Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon/MA). Julgado em 28/06/2017. Publicado em 04/07/2017.



Fonte: Elaboração própria

Na categoria “Outros”, foram incluídos quatro casos nos quais houve desistência da operação pelas partes e consequente perda de objeto do processo o que levou ao arquivamento do AC<sup>142</sup>.

<sup>142</sup> AC nº 08700.009465/2014-54. Requerentes: Monts Holdings S.A., Terminal de Cargas de Sarzedo Ltda. e Terminal de Cargas de Paraopeba Ltda. Terceiros Interessados: Mineração Usiminas S/A. Julgado em 2015. Nesse AC, a SG-CADE havia definido pela aprovação sem restrições, contudo, o terceiro apresentou recurso para que o caso fosse levado ao Tribunal do CADE. As requerentes desistiram do AC após o recurso.

AC nº 08700.000723/2016-07. Requerentes: John Deere Brasil Ltda. e Monsanto do Brasil Ltda. Terceiros Interessados: CNH Industrial America LLC. Julgado em 2017. Nesse caso, o AC foi impugnado pela SG-CADE para que o processo fosse levado ao Tribunal. A desistência ocorreu após a impugnação.

AC nº 08700.004077/2018-19. Requerentes: Siemens AG e Alstom S.A. Terceiro Interessado: Bombardier Transportation Ltda. Julgado em 2018. Da mesma forma como no caso anterior, houve impugnação do AC ao Tribunal, contudo as partes desistiram da Operação antes do julgamento.

AC nº 08700.006637/2018-61. Requerentes: Kingspan-Isoeste Construtivos Isotérmicos S/A e DânicaZipco Sistemas Construtivos S.A. Terceiros Interessados: Perfilor S/A Construções, Indústria e Comércio e Metalúrgica Barra do Pirá. Julgado em 2019. Nesse caso, a SG-CADE havia também impugnado o

Um ponto de destaque que se deve ressaltar se refere ao julgamento pela aprovação sem restrições do CADE. A análise do órgão antitruste deve se pautar nas consequências concorrenciais da operação para o mercado, mas também deve ponderar até que ponto a interferência nas relações privadas é necessária. Em algumas situações, a SG-CADE ou o Tribunal decidiram pela aprovação sem a imposição de remédios por entenderem que apesar de haver algumas preocupações no tocante à concorrência, não haveria um remédio adequado para sanar tais problemas conjecturados durante a análise. Ao mesmo tempo, seria uma interferência abusiva a reprovação de operações cujas preocupações não estivessem muito claras.

Esse parêntese foi aberto apenas para explicar que a interferência de terceiros em casos aprovados sem medidas restritivas não significa que a operação era simples ou não tinha potenciais anticompetitivos. A consequência concorrencial apenas não estava tão bem definida a ponto de ser remediada<sup>143</sup>. Além disso, em alguns casos, terceiros interessados atuavam para defender interesses mercadológicos que muitas vezes não restavam comprovados na avaliação do CADE<sup>144</sup>.

---

caso ao Tribunal e recomendou a reprovação da operação devido ao impacto concorrencial no mercado. No dia anterior ao julgamento do caso pelo Tribunal, as partes optaram por desistir da operação.

<sup>143</sup> AC nº 08700.005911/2018-85. Requerentes: Amcor Limited e Bemis Company Inc. Terceiro Interessado: Constantia Flexibles. Julgado em 2019. Nesse caso, o terceiro apresentou diversas contribuições ao longo da instrução do caso, como na definição do mercado relevante, de forma que a SG-CADE optou por realizar um ACC com as Requerentes. Contudo, quando avaliado no Tribunal, o caso foi aprovado sem restrições, pois o Plenário entendeu que os remédios apresentados seriam difíceis de serem acompanhados pelo CADE e que não traria tantos benefícios à Operação. Assim, definiu-se que a melhor opção seria a aprovação sem restrições, para que o próprio mercado se regulasse.

<sup>144</sup> AC nº 08700.001945/2014-77. Requerentes: Banco do Brasil S.A. e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Terceiros Interessados: Associação Nacional dos Entregadores de Pequenas Encomendas e Impressos ("ANEPEI"). Julgado em 2014. Nesse caso, o Plenário entendeu que a terceira interessada não conseguiu comprovar os problemas concorrenciais suscitados por eles. De acordo com o voto vencedor, o remédio proposto pelas partes não seria proporcional e por isso não poderia aceitar sua aplicação. Além de os riscos indicados pela terceira seriam meramente especulativos.

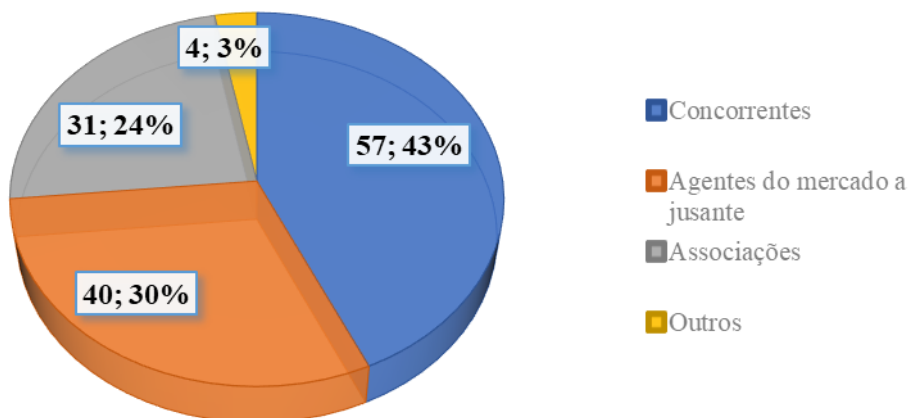
Considerando que o número de casos aprovados sem restrições é muito próximo da quantidade total de Atos de Concentração julgados pelo CADE, a participação de terceiros é muito pequena quando comparada com a totalidade dos casos. Pode-se concluir que a participação de terceiros envolve casos mais complexos, nos quais as consequências para os agentes econômicos seriam mais graves ou a quantidade de mercados atingidos seja mais relevante.

No próximo tópico será aprofundada a forma de atuação dos terceiros nos casos reunidos na pesquisa.

#### 4.2 Análise da forma de atuação dos Terceiros Interessados em Atos de Concentração

Conforme a Nova Lei de Concorrência, podem se habilitar como terceiros interessados nos processos do CADE todo titular de direito que possa ser afetado pela decisão do Conselho (art. 50, I). O gráfico abaixo demonstra a quantidade e o percentual de cada uma das categorias de terceiros encontradas em atos de concentração.

Gráfico 7 - Tipos de Terceiros Interessados Habilitados em Atos de Concentração entre 2013 e 2019



Fonte: Elaboração própria



Dentre os casos com atuação de terceiros interessados, realizou-se um estudo sobre quais as categorias mais comuns de terceiros habilitados. Para tal, dividiu-se em quatro categorias: “Concorrentes”; “Agentes do mercado a jusante”; “Associação” e “Outros”.

No segmento de “Concorrentes” estão incluídos todos os *players* de mercado que atuam no mesmo nível da cadeia de produção que as Requerentes. Essa é uma relação horizontal.

Na divisão “agentes de mercado a jusante”, incluem-se os *players* que atuam de forma verticalizada com as Requerentes, como é o caso de distribuidores e clientes.

No segmento “Associação”, é importante ressaltar que foram incluídos não apenas as associações *strito sensu*, mas também sindicatos e federações. A ideia era abarcar todas as entidades que fossem representantes de uma categoria, independentemente das características jurídicas mais específicas que as diferenciam.

Por fim, no segmento “Outros” estão incluídos apenas quatro casos que não se enquadram nas demais categorias. Os terceiros incluídos nessa categoria são o (i) Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (“IBP”)<sup>145</sup>, (ii) empresa alvo da operação<sup>146</sup>; (iii) o acionista de uma das empresas envolvidas na operação<sup>147</sup> e (iv) o Procon<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> AC nº 08700.007899/2013-39. Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. e Total EU do Brasil Ltda. Terceiros Interessados: Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (“IBP”). Julgado em 09/04/2014. Publicado em 15/04/2014. trata-se de um Instituto que atua como representante institucional do setor de petróleo, atuando também com pesquisas sobre o tema. Não se poderia classificar na categoria associação pois o Instituto apresenta cunho mais acadêmico.

<sup>146</sup> AC nº 08700.011551/2014-27. Requerentes: Solví Participações S.A. e Companhia de Saneamento do Norte. Terceiro Interessado: SAAB Participações e Novos Negócios S.A. Julgado em 20/01/2015. Publicado em 21/01/2015. O terceiro interessado era a pessoa jurídica que faria a venda das ações a serem adquiridas por uma das Requerentes. Alegou-se que a Operação foi aberta sem o seu consentimento, de forma que ela seria, manifestamente, afetada pela Operação.

<sup>147</sup> AC nº 08700.007342/2015-60. Requerentes: Oprime LLC e K.M.I.S.P.E. Empreendimentos e Participações S.A. Terceiros Interessados: Rio Alva Participações S.A. Julgado em 16/09/2015. Publicado em 22/09/2015. O terceiro interessado é uma pessoa jurídica acionista de uma empresa que estaria envolvida na aquisição de ativos da Operação.

<sup>148</sup> AC nº 08700.006185/2016-56 (Kroton/Estácio). O Procon solicitou a habilitação como terceiro pois estava acompanhando o desenvolvimento de umas das empresas

Definidas as categorias, relevante compreender os dados apresentados no gráfico anterior no que se refere às quantidades de terceiros interessados em cada categoria. Cumpre ressaltar que em alguns casos, o *mesmo* terceiro interessado, a depender do mercado avaliado, poderia ser considerado um agente a montante e um agente a jusante. Isso porque, se o terceiro interessado e as Requerentes atuam em mais de uma esfera da cadeia produtiva, elas podem ter uma relação de concorrentes ou de clientes entre si. Assim, em alguns casos, o mesmo terceiro integra a categoria de concorrente e de agentes no mercado a jusante das Requerentes. Esse foi o caso de cinco atos de concentração constantes da pesquisa nos quais, o único terceiro interessado atuava como concorrente e cliente – agente a montante e a jusante – das requerentes<sup>149</sup>.

Por esse motivo, os valores são diferentes da quantidade bruta de terceiros interessados em Atos de Concentração (128) já apresentado anteriormente. Além disso, considerando que em um mesmo caso pode haver mais de um terceiro interessado, como demonstrado nos Gráficos 2 e 3 desse texto, há uma quantidade maior de terceiros do que de casos com terceiros habilitados.

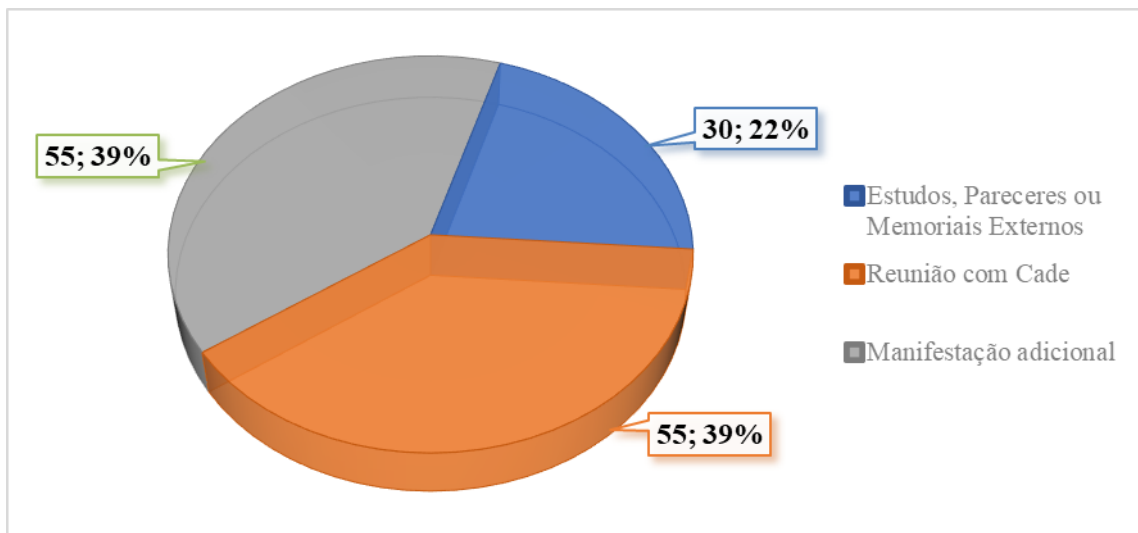
O próximo gráfico apresenta informações referentes à atuação dos terceiros nos Atos de Concentração analisados.

#### Gráfico 8 - Tipos de Participação de Terceiros Interessados Habilitados em Atos de Concentração entre 2013 e 2019

---

envolvidas na operação e concluiu pela queda na qualidade do serviço prestado. Assim, por defender os consumidores e já ter recebido diversas reclamações sobre a empresa compradora, o Procon decidiu integrar o processo para auxiliar com dados do mercado.

<sup>149</sup> AC nº 08700.010224/2014-58. Requerentes: The Dow Chemical Company e Univation Technologies, LLC. Terceiro Interessado: Braskem S.A. Julgado em 15/04/2015. Publicado em 20/04/2015. AC nº 08700.007629/2016-71. Requerentes: General Electric Company Co. e LM Wind Power Holding A/S. Terceiro Interessado: Gamesa Eólica do Brasil Ltda. Julgado em 13/04/2017. Publicado em 25/04/2017. AC nº 08700.000723/2016-07. Requerentes: John Deere Brasil Ltda. e Monsanto do Brasil Ltda. Terceiro Interessado: CNH Industrial America LLC. Julgado em 22/02/2017. Publicado em 24/02/2017. AC nº 08700.004163/2017-32. Requerentes: Grupo Petrotex, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A Terceiro Interessado: M&G Polímeros Brasil S.A. Julgado em 2018. AC nº 08700.000391/2018-14. Requerentes: VLI Multimodal S.A. e Progress Rail Locação de Locomotivas LTDA. Terceiro Interessado: Rumo S.A. Julgado em 07/02/2018. Publicado em 16/02/2018.



Fonte: Elaboração própria

Foram elencadas três categorias de atuação: “Apresentação de Estudos, Memoriais ou Pareceres Externos” (i); “Reunião entre o Terceiro e o CADE” (ii) e “Manifestação adicional” (iii). A primeira categoria (i) se refere a documentos trazidos pelos terceiros do processo que apontam informações de mercado ou de impacto da operação derivados de estudos ou análises de entes externos ao processo. Isso ocorre quando há a contratação de pareceristas ou estudiosos de temas envolvidos nas operações a fim de auxiliar a apresentação do real mercado à SG-CADE/Tribunal.

O segundo critério (ii) utilizado se refere a reuniões realizadas entre terceiros interessados e integrantes do CADE, seja da SG-CADE seja do Tribunal, para tratar de temas referentes ao processo. Não há acesso ao conteúdo das reuniões, mas entende-se ser um parâmetro interessante de análise já que demonstra interesse do terceiro de participar do processo e saber o posicionamento da autoridade antitruste naquele momento. Dos casos analisados apenas 17 não solicitaram reunião com o CADE.

Em relação ao último critério (iii), foram consideradas quaisquer informações adicionais prestadas pelos terceiros interessados que não fossem referentes a Ofícios enviados pelo CADE e nem se enquadram na primeira categoria de pareceres externos. Assim, essa categoria contabilizou apenas os documentos apresentados por terceiros interessados

que não respondessem a ofícios, sem considerar a própria petição de habilitação. Não foram contabilizadas nessas manifestações os recursos apresentados pelos terceiros interessados, sendo esse tema abordado em tópico futuro deste artigo.

A categoria de manifestações ou pareceres externos demonstra a contribuição desses agentes de mercado para além de suas obrigações perante o CADE. Vê-se que, em comparação com as outras duas categorias, essa é a que apresenta o menor número de casos, depreendendo-se que os terceiros interessados comumente apresentam seus principais argumentos e dados nos pedidos de habilitação de terceiros, nas respostas a ofícios ou nas manifestações adicionais.

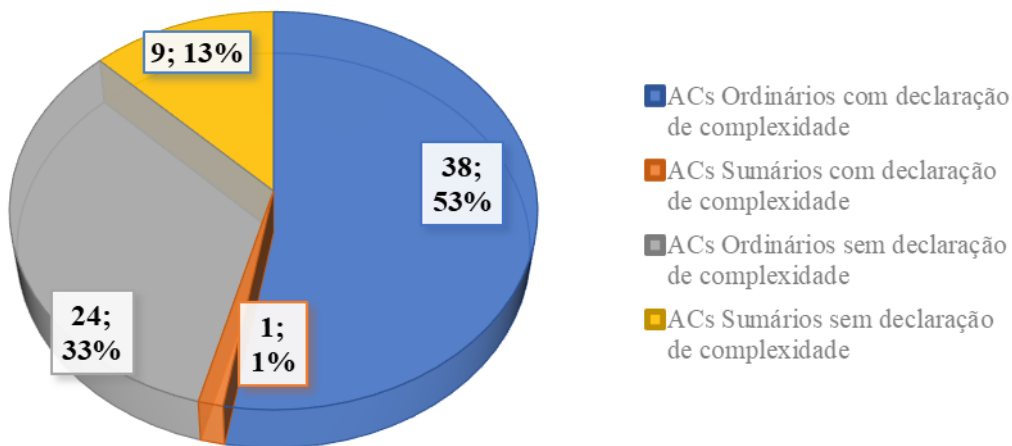
Ainda, importante ressaltar que a existência de qualquer uma das categorias independe da quantidade de terceiros. Isto é, se apenas um dos vários terceiros interessados realizou reuniões com o CADE, por exemplo, essa participação contou para o caso como um todo. A ideia é demonstrar a atuação de terceiros interessados de uma forma geral dentro do caso, independentemente se todos ou apenas um deles teve uma atuação mais relevante<sup>150</sup>.

O Gráfico abaixo demonstra que mais da metade dos Atos de Concentração com Terceiros Interessados habilitados são declarados complexos.

#### Gráfico 9 - Atos de Concentração com Terceiros Interessados Habilitados com Declaração de Complexidade entre 2013 e 2019

---

<sup>150</sup> Se a informação fosse contabilizada pela quantidade de terceiros em cada caso que atuou em cada uma das categorias, não seria possível criar um gráfico com o tema, considerando que o número de terceiros em cada caso é variável.



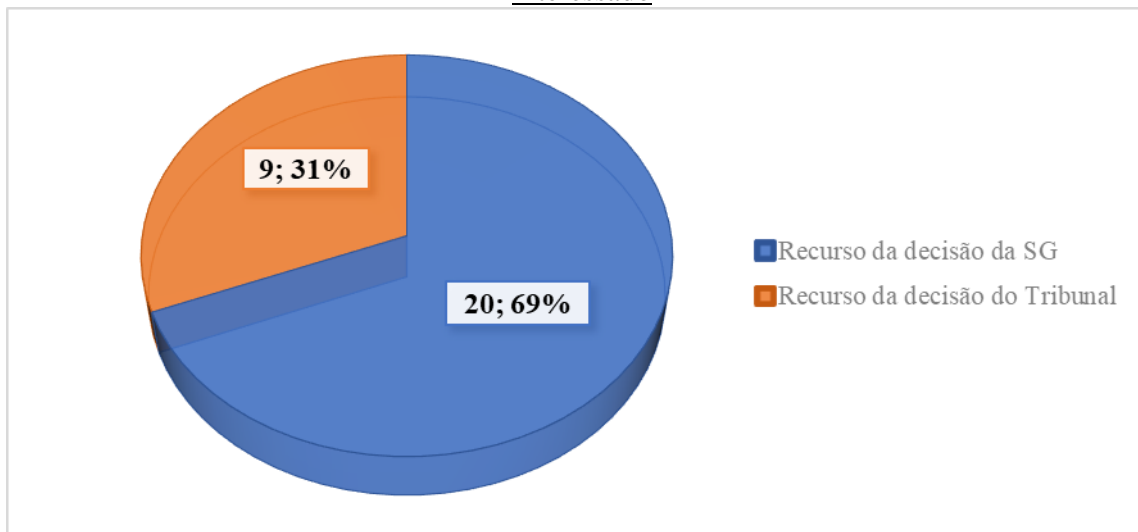
Fonte: Elaboração própria

No gráfico, aponta-se mais um indicativo de que a atuação dos terceiros interessados ocorre em casos com maior grau de preocupações concorrenciais e que sua atuação pode ser determinante para que a SG-CADE avalie o ato de concentração de outra forma além daquela apresentada pelas Requerentes. Apesar de a quantidade de ACs com e sem declaração de complexidade com atuação de terceiros ser próxima, 39 na primeira categoria e 33 na segunda, vê-se que mais da metade dos terceiros interessados têm atuado em casos de mais difícil mensuração dos problemas concorrenciais. Como já explicitado, a atuação dos terceiros pode ser importante para, por exemplo, elucidar o cenário mais atualizado do mercado, além de passar as impressões que a pessoa jurídica tem daquela realidade.

Vale novamente ressaltar que em todos os casos, os terceiros interessados se manifestaram *antes* dessa declaração de complexidade, seja pelo mero interesse em integrar no processo seja pela apresentação de estudos e informações. Assim, é possível supor que os argumentos apresentados por terceiros interessados tragam um indicativo da complexidade do caso e da possível existência de consequências negativas ao mercado.

No gráfico abaixo, vê-se que grande parte dos recursos interpostos pelos terceiros interessados ocorre ainda quando da análise do caso na SG-CADE.

Gráfico 10 - Decisões com apresentação de Recurso por Terceiro Interessado



Fonte: Elaboração própria

Apenas para fins de esclarecimento, o AC entre Oliveira Energia e Atem's<sup>151</sup> foi analisado pelo Tribunal do CADE por outros motivos que

---

<sup>151</sup> AC nº 08700.000108/2019-35. Requerentes: Oliveira Energia Geração e Serviços LTDA. e Atem's Distribuidora De Petróleo S.A. Terceira Interessada: Gopower & Air Locação de Equipamentos Industriais Ltda. Julgado em 2019. Publicado em 25/03/2019. O caso não foi incluído nesse gráfico pois, apesar de ter sido analisado pelo Tribunal sem impugnação da SG-CADE, não houve recurso do terceiro interessado, mas sim avocação do caso pela Conselheira Paula Azevedo. A avocação é uma prerrogativa do Tribunal do CADE de analisar casos que a SG-CADE entendeu pela aprovação sem restrições, mas que despertaram preocupações por parte do Tribunal. Como esse dispositivo não pode ser utilizado por terceiros interessados, o caso não foi incluído no gráfico acima.

não o recurso de terceiros interessados. Por esse motivo não foi incluído no gráfico acima<sup>152</sup>.

Cumpra informar que os recursos foram apresentados apenas entre 2014 e 2019, não houve recursos de terceiros interessados em 2013. Considerando os 20 casos com terceiros interessados que apresentaram recurso à decisão da SG-CADE, apenas um deles, no AC entre TVSBT/Record/TV Ômega<sup>153</sup>, houve a alteração da decisão final. O Tribunal decidiu pela aprovação com restrições, diferente da decisão da SG-CADE pela aprovação sem restrições. Em todos os outros casos, a decisão da SG-CADE se manteve. Ainda, em 5 desses casos o Tribunal decidiu pelo arquivamento do recurso devido ao seu não conhecimento<sup>154</sup>.

Importante destacar que em 19 casos, o recurso foi apresentado em relação a Pareceres pela aprovação sem restrições da Operação. Apenas em um deles, o AC entre Rumo e ALL<sup>155</sup>, a SG-CADE, em seu Parecer já

---

<sup>152</sup> Por outro lado, o AC entre IBM e Red Hat foi incluído no gráfico mesmo tendo sido avocado pelo Tribunal do CADE pois o terceiro interessado apresentou recurso à SG-CADE concomitantemente à avocação. (AC nº 08700.001908/2019-73. Requerentes: IBM - International Business Machines Corporation Red Hat, Inc. Terceiro Interessado: Nutanix, Inc. Julgado em 20/03/2019. Publicado em 25/03/2019).

<sup>153</sup> AC nº 08700.006723/2015-21. (TVSBT/ Record/ TV Ômega).

<sup>154</sup> AC nº 08700.011000/2015-44. Requerentes: Coty Inc e Hypermarcas S.A. Terceiro Interessado: Henkel Ltda. Julgado em 04/12/2015. Publicado em 07/12/2015. AC nº 08700.001337/2015-43. Requerentes: Mahle GmbH e Delphi Automotive PLC. Terceiro Interessado: General Motors do Brasil Ltda. Julgado em 28/04/2015. Publicado em 28/04/2015. AC nº 08700.007629/2016-71. Requerentes: General Electric Company Co. e LM Wind Power Holding A/S. Terceiro Interessado: Gamesa Eólica do Brasil Ltda. Julgado em 13/04/2017. Publicado em 25/04/2017. AC nº 08700.002350/2017-81. Requerentes: Maersk Line A/S e Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG. Terceiro Interessado: Federação das Indústrias do Estado do Paraná ("FIEP") e Sindicato Nacional das Empresas de Navegação e Tráfego Portuário ("Sindiporto Brasil"). Julgado em 21/09/2017. Publicado em 22/09/2017. AC nº 08700.005793/2018-13. (Oliveira Energia e Atem's).

<sup>155</sup> AC nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A. Terceiro Interessado: AGROVIA S.A.; Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais – ABIOVE; Fibria Celulose S.A.; G7 (FIEP; Fecomércio; Fecoopar; Faciap; Fetranspar; ACP); FAEP; Ipiranga Produtos de Petróleo S.A.; Novo Oriente Participações Ltda.; Sindicato das Indústrias Sucroalcooleiras do Estado de Mato

havia determinado a impugnação do caso ao Tribunal por entender que a operação deveria ser aprovada condicionada à imposição de remédios concorrenciais. Os terceiros interessados apresentaram recurso do Parecer da SG-CADE pela reprovação da Operação já que as restrições não seriam suficientes para mitigar os problemas concorrenciais decorrentes do caso. O Tribunal, no entanto, entendeu pela aprovação com restrições conforme o Parecer da SG-CADE.

Nos casos de Recursos contra decisões do Tribunal, os Terceiros Interessados apresentaram apenas Embargos de Declaração. Em *nenhum* caso houve alteração da decisão do Tribunal devido à apresentação desses recursos. Apenas no AC entre TVSBT, Record e TV Ômega os embargos de declaração foram parcialmente providos pelo Tribunal. Foram sanadas as omissões presentes na decisão do Tribunal, contudo, tais modificações não apresentaram efeitos infringentes, ou seja, não alteraram o *core* da decisão, mas apenas corrigiram erros pontuais.

## 5. Conclusão

O presente artigo realiza uma análise quantitativa dos atos de concentração com terceiros interessados habilitados pelo CADE, sendo um estudo inicial sobre o tema para formar um banco de dados que pode servir de apoio a futuras pesquisas e análises qualitativas sobre o tema. A ideia é apresentar um panorama da atuação dos terceiros para que outras pesquisas possam aprofundar em questões meritórias, por exemplo, se o CADE tem utilizado os argumentos de terceiros em suas decisões ou como tem sido aproveitados os dados apresentados por esses agentes.

O instituto do terceiro interessado tem ganhado destaque nos últimos anos na sua participação em atos de concentração. Os entes econômicos que detém interesse nos processos devem ser impactados pela decisão proferida pelo CADE, seja por constarem como concorrentes ou clientes das requerentes, seja por representarem um grupo afetado pelo resultado do processo.

A legislação antitruste foi aperfeiçoando o instituto desde 2007, perpassando pela promulgação da Lei nº 12.529/2011, e se consolidando em atualizações do Regimento Interno do CADE e aprovação de

---

Grosso – SINDALCOOL; ALCOPAR; SIALPAR; SIAPAR (as três últimas apresentaram sua manifestação em conjunto). Julgado em 13/03/2015. Publicado em 17/03/2015.



Resoluções do órgão. Atualmente, os agentes habilitados como terceiros interessados no processo têm o direito de recorrer de decisões tanto da SG-CADE quanto do próprio Tribunal, além de poderem atuar por meio de reuniões com o órgão e apresentação de manifestações.

Conforme exposto na Introdução, tinha-se como hipótese à pergunta de pesquisa que haveria uma evolução da atuação dos terceiros interessados e que esses agentes de mercado estariam cada vez mais presentes nos ACs em que estão habilitados. O presente artigo foi capaz de comprovar a hipótese apresentada considerando que os terceiros interessados não apenas aumentaram sua participação, mas também contribuíram com a instrução dos casos analisados.

De acordo com os dados previamente expostos, a atuação dos terceiros interessados tem aumentado a cada ano desde 2013. Comparando-se o número de ACs ordinários julgados e aqueles que contaram com a participação de terceiros interessados, apesar de algumas variações ao longo dos anos, os números tendem a aumentar. Sabendo que, em 2015, 14% dos casos ordinários tinham a participação desses agentes interessados e que em 2019, 19%, ou seja, praticamente um quinto dos casos tinham terceiros interessados habilitados, importa concluir que há uma tendência de crescimento para os próximos anos.

Em relação aos ACs, ordinários e sumários, que contavam com a participação de terceiros interessados, descobriu-se que 67% dos ACs tinham apenas um agente habilitado. Conforme já informado, é possível que a reduzida participação de terceiros se deva ao desgaste para atuar frente ao Cade considerando a necessidade de apresentação de informações e dados relevantes para a análise do órgão antitruste. É fato que o presente artigo não pode confirmar essa conclusão, porém serve de instigação para estudos vindouros.

Foi possível avaliar o desempenho dos terceiros interessados em ACs com restrições. A partir de 2015, mais de 60% dos casos contaram com pelo menos um agente habilitado. Considerando que a restrição aos ACs ocorre em casos de maior complexidade e maior impacto ao mercado (eis o motivo inclusive para a restrição), a atuação de terceiros interessados é mais frequente justamente pois há maior chance de algum agente de mercado ser afetado pela decisão do CADE. O interessante aqui é apontar que, como a habilitação dos terceiros ocorre muito antes da prolação da decisão final, a atuação desses agentes de mercado nos casos pode ser considerado um indício para a complexidade e/ou influência da operação no mercado. Essa mesma lógica se dá com os ACs reprovados.

A partir dos dados demonstrados no artigo, viu-se que nos casos aprovados com restrições nos anos de 2018 e 2019 em apenas *um* em cada ano não houve a participação de terceiros. Esses dados dão ensejo a uma futura pesquisa sobre as motivações para a atuação de terceiros em ACs mais complexos e se esses agentes auxiliam na tomada de decisão do CADE, ao apresentar problemáticas concorrenciais antes não notadas pela autoridade antitruste.

Verificou-se também que 43% dos terceiros interessados são concorrentes das requerentes, e que 30% são agentes a jusante (clientes ou distribuidores). Apesar das concorrentes atuarem de forma mais recorrente, a diferença percentual de participação de outras categorias de agentes de mercado não é muito elevada. Associações (incluindo nessa segmentação sindicatos, associações, fundações e afins, conforme explicado no gráfico 7) representam 24% dos agentes atuantes no CADE como terceiros interessados.

A atuação em casos de maior dificuldade de análise também pode ser comprovada pela quantidade de casos com declaração de complexidade que contaram com a atuação de terceiros interessados. Na maioria dos ACs com participação de terceiros (54%) houve declaração de complexidade. Pode-se dizer então que a participação de terceiros interessados em um caso pode ser um indicativo do enredamento do processo em análise.

A atuação dos terceiros interessados, contudo, muitas vezes se limita a reuniões com o CADE ou apresentação de manifestações no curso do processo – 78% dos terceiros interessados utilizam essas técnicas. Há uma quantidade inferior de terceiros interessados que apresentam pareceres ou manifestações externas de empresas contratadas – 22% -, sendo possível inferir que as informações de mercado apresentadas pelos próprios terceiros interessados são consideradas, em geral, por eles suficientes para informar o CADE sobre as condições de mercado. Sendo que deve ser levado em conta de que no próprio pedido de habilitação ou em respostas a ofícios enviados pelo CADE as empresas já teriam a capacidade de apresentar dados relevantes sobre o caso.

Por outro lado, apesar do auxílio prestado quando da apresentação de documentos pelos terceiros, o CADE tende a não considerar recursos de terceiros interessados, mantendo seu posicionamento. Como abordado previamente, em apenas *um* caso dos 20 processos em 5 anos – entre 2014 e 2019 –, nos quais houve apresentação de recursos pelos terceiros, a decisão do Tribunal foi diferente da SG-CADE, passando de uma aprovação sem restrições para uma averiguação da necessidade de restringir o AC discutido.

Ainda, vê-se que o CADE também tende a não alterar as decisões do Tribunal por meio de embargos de declaração com efeitos infringentes, já que dos 9 casos com a apresentação de tal recurso, *nenhum* deles alterou a decisão do Tribunal.

O artigo apresentou diversos dados que podem ser melhor desenvolvidos em pesquisas futuras para compreender, por exemplo, a motivação dos terceiros interessados em ingressar no processo ou a real influência que os dados apresentados pelos agentes que utilizam desse instituto exercem sobre as decisões da SG-CADE ou do Tribunal. Além de contribuir para a criação de uma agenda de pesquisa, houve conclusões sobre a participação de terceiros de acordo com as informações quantitativas.

Ao final do estudo foi possível concluir que apesar da atuação de terceiros interessados estar aumentando ao longo dos anos e esses agentes de mercado terem contribuído para casos com maior complexidade, o CADE ainda é reticente em aceitar recursos apresentados pelos terceiros. Conseqüentemente, as informações prestadas pelos terceiros em sede de investigação são relevantes para compor as decisões (considerando a participação dos terceiros em casos aprovados com restrições), mas a manifestação por meio de recursos não parece ser o método mais eficaz para alterar o entendimento do órgão antitruste brasileiro.

## 6. Referências bibliográficas

BAGNOLI, Vicente. *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência*, 2012. São Paulo/SP, Grupo GEN, Editora Método.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12529.htm)>. Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

CADE. Resolução nº 10/1997. Aprova o Regimento Interno do CADE de 1997. Publicada em 20 de outubro de 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-10-de-29-de-outubro-de-1997.pdf/view>> Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 12/1998. Aprova o Regimento Interno do CADE (Revogada expressamente pela Resolução nº 45). Publicada em 31 de março de 1998. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao-](http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-)

no-12-de-31-de-marco-de-1998.pdf/view > Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

\_\_\_\_. Resolução nº 45/2007. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e dá outras providências. Publicada em 28 de março de 2007. Disponível em < <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-45-de-28-de-marco-de-2007.pdf/view> > Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

\_\_\_\_. Resolução nº 1/2012. Aprova o regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE. Publicada em 29 de maio de 2012. Disponível em < [http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-01\\_2012/view](http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-01_2012/view) > Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

\_\_\_\_. Resolução nº 07/2014. Alterou o Regimento Interno do CADE no ano de 2012. Publicada em de 19 de fevereiro de 2014. Disponível em < <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-7.pdf/view> > Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

\_\_\_\_. Resolução nº 16/2016. Altera o artigo 7º da Resolução CADE nº 2/2012 e estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para análise, pela Superintendência-Geral, de atos de concentração com base em procedimento sumário. Publicada em 1º de setembro de 2016. Disponível em < [http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/copy2\\_of\\_resolucao-no-24-de-08-de-julho-de-2019/view](http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/copy2_of_resolucao-no-24-de-08-de-julho-de-2019/view) > Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

\_\_\_\_. Resolução nº 22/2019. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Publicada em 19 de junho de 2019. Disponível em < <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-22-de-19-de-junho-de-2019/view> > Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.007899/2013-39. Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. e Total EU do Brasil Ltda. Terceiros Interessados: Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis ("IBP"). Julgado em 09/04/2014. Publicado em 15/04/2014.

\_\_\_\_. Ato de Concentração nº 8700.000436/2014-27. Requerentes: Braskem S.A e Solvay S.A. Terceiros Interessados: ABIPLAST – Associação Brasileira da Indústria do Plástico. Julgado em 12/11/2014. Publicado em 18/11/2014.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Sumário nº 08700.011551/2014-27. Requerentes: Solví Participações S.A. e Companhia de Saneamento do

Norte. Terceiro Interessado: SAAB Participações e Novos Negócios S.A. Julgado em 20/01/2015. Publicado em 21/01/2015.

\_\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A. Terceiros Interessados: AGROVIA S.A.; Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais – ABIOVE; Fibria Celulose S.A.; G7 (FIEP; Fecomércio; Fecoopar; Faciap; Fetranpar; ACP); FAEP; Ipiranga Produtos de Petróleo S.A.; Novo Oriente Participações Ltda.; Sindicato das Indústrias Sucroalcooleiras do Estado de Mato Grosso – SINDALCOOL; 3 Juntas (ALCOPAR; SIALPAR; SIAPAR). Julgado em 13/03/2015. Publicado em 17/03/2015.

\_\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.010224/2014-58. Requerentes: The Dow Chemical Company e Univation Technologies, LLC. Terceiro Interessado: Braskem S.A. Julgado em 15/04/2015. Publicado em 20/04/2015.

\_\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.001337/2015-43. Requerentes: Mahle GmbH e Delphi Automotive PLC. Terceiro Interessado: General Motors do Brasil Ltda. Julgado em 28/04/2015. Publicado em 28/04/2015.

\_\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.009465/2014-54. Requerentes: Monts Holdings S.A., Terminal de Cargas de Sarzedo Ltda. e Terminal de Cargas de Paraopeba Ltda. Terceiros Interessados: Mineração Usiminas S/A. Julgado em 29/06/2015. Publicado em 30/06/2015.

\_\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.007342/2015-60. Requerentes: Oprime LLC e K.M.I.S.P.E. Empreendimentos e Participações S.A. Terceiros Interessados: Rio Alva Participações S.A. Julgado em 16/09/2015. Publicado em 22/09/2015.

\_\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.011000/2015-44. Requerentes: Coty Inc e Hypermarcas S.A. Terceiro Interessado: Henkel Ltda. Julgado em 04/12/2015. Publicado em 07/12/2015.

\_\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.006567/2015-07. Requerentes: Ball Corporation e Rexam PLC. Terceiros Interessados: Ambev S.A., Brasil Kirin Indústria de Bebidas Ltda., Cervejaria Petrópolis S.A., Crown Embalagens Metálicas da Amazônia S.A., Can-Pack S.A. e Cervejarias Kaiser Brasil S.A. Julgado em 09/12/2015. Publicado em 15/12/2015.

\_\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinária nº 08700.006723/2015-21. Requerentes: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A., Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda. Terceiro Interessado: Associação

Brasileira de Televisão por Assinatura - ABTA. e Sky Brasil Serviços Ltda. Julgado em 27/06/2016. Publicado em 28/06/2016.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco Bradesco S.A.; Banco do Brasil S.A.; Banco Santander (Brasil) S.A.; Caixa Econômica Federal; Itaú Unibanco S.A. Terceiros Interessados: Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas - CNDL, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae, Boa Vista Serviços S.A., Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil - CACB e Serasa S.A. Julgado em 09/11/2016. Publicado em 17/11/2016.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.000723/2016-07. Requerentes: John Deere Brasil Ltda. e Monsanto do Brasil Ltda. Terceiros Interessados: CNH Industrial America LLC. Julgado em 22/02/2017. Publicado em 24/02/2017.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.007629/2016-71. Requerentes: General Electric Company Co. e LM Wind Power Holding A/S. Terceiro Interessado: Gamesa Eólica do Brasil Ltda. Julgado em 13/04/2017. Publicado em 25/04/2017.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.006185/2016-56. Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A. Terceiros Interessados: Rede Internacional de Universidades Laureate Ltda., GEAC Educação S.A. ("Ânima"), Associação Nacional dos Centros Universitários - ANACEU, Ser Educacional S.A. e Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon/MA). Julgado em 28/06/2017. Publicado em 04/07/2017.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.001347/2017-41. Requerentes: Localiza Rent a Car S.A. e Car Rental Systems do Brasil Locação de Veículos Ltda. Terceiros Interessados: Autogerai Locadora Ltda., Corac Locadora de Veículos Ltda., GM Brasil Locação de Veículos, Gm Brasil Locação de Veículos, Locadora de Veículos Multimarcas Ltda., Locadoras de Veículos Sul Brasil Ltda., Santa Clara Comércio de Veículos Ltda., TL Menenezes de Barros Eireli, Via Mundi Serviços Ltda (Franqueados HERTZ). Julgado em 26/06/2017. Publicado em 27/06/2017.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.006444/2016-49. Requerentes: Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. e Alesat Combustíveis S.A. Terceiros Interessados: Raízen Combustíveis S.A., Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A. e *Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes*. Julgado em 02/08/2017. Publicado em 08/08/2017.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.002350/2017-81. Requerentes: Maersk Line A/S e Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG. Terceiro Interessado: Federação das Indústrias do Estado do Paraná ("FIEP") e Sindicato Nacional das Empresas de Navegação e Tráfego Portuário ("Sindiporto Brasil"). Julgado em 21/09/2017. Publicado em 22/09/2017.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Corp. e Time Warner Inc. Terceiros Interessados: SIMBA Content Intermediação e Agenciamento de Conteúdos LTDA, ESPN do Brasil Eventos Esportivos LTDA., DISCOVERY Networks Brasil Agenciamento e Representação LTDA., e Associação NEO TV. Julgado em 18/10/2017. Publicado em 24/10/2017.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Sumário nº 08700.000391/2018-14. Requerentes: VLI Multimodal S.A. e Progress Rail Locação de Locomotivas LTDA. Terceiro Interessado: Rumo S.A. Julgado em 07/02/2018. Publicado em 08/02/2018.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.004163/2017-32. Requerentes: Grupo Petromex, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A. Terceiro Interessado: M&G Polímeros Brasil S.A. Julgado em 07/02/2018. Publicado em 16/02/2018.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.001097/2017-49. Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company. Terceiros Interessados: Associação Brasileira dos Produtores de Soja ("APROSOJA"), Associação Brasileira dos Produtores de Algodão ("ABRAPA"), Associação Brasileira dos Produtores de Sementes de Soja ("ABRASS"), Dow e Dupont. Julgado em 28/02/2018. Publicado em 06/03/2018.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.002155/2017-51. Requerentes: Companhia Ultragaz S.A. e Liquigás Distribuidora S.A. Terceiros Interessados: Copagaz Distribuidora de Gás S.A., Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda., Supergasbras Energia Ltda. e Companhia de Gás de São Paulo – Comgás. Julgado em 28/02/2018. Publicado em 06/03/2018.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.007777/2017-76. Requerentes: Praxair, Inc. e Linde AG. Terceiros Interessados: Air Liquide Brasil Ltda., ESHO – Empresa de Serviços Hospitalares S.A., Companhia Brasileira de Alumínio, Braskem S.A. e Magnesita Mineração S.A. Julgado em 13/06/2018. Publicado em 19/06/2018.

\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.006055/2018-85. Requerentes: Movida Participações S.A. e Avis Budget Brasil S.A.

Terceiros Interessados: Atar Locações de Veículos Ltda., M Martins Veículos Ltda. Epp, Reginaldo Vieira da Silva – Autos Eireli, Zenilton Automóveis Ltda., Automaq Comércio e Locação de Veículos Ltda. - ME, Corac Locadora de Veículos Ltda., Milton Barbosa Brandão – ME, Lagoa Locadora Ltda., D&R Locações de Veículos Ltda. ME, A&B Locadora de Veículos Ltda., KMF Veículos Ltda. - ME, CVAL Aluguel de Veículos Ltda., Rental Car LM Ltda. e Hobby Automóveis Ltda. EPP (Franqueadas da Avis). Julgado em 15/01/2019. Publicado em 16/01/2019.

\_\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.004077/2018-19. Requerentes: Siemens AG e Alstom S.A. Terceiro Interessado: Bombardier Transportation Ltda. Julgado em 07/02/2019. Publicado em 11/02/2019.

\_\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.000108/2019-35. Requerentes: Oliveira Energia Geração e Serviços LTDA. e Atem's Distribuidora De Petróleo S.A. Terceira Interessada: Gopower & Air Locação de Equipamentos Industriais Ltda. Julgado em 20/03/2019. Publicado em 25/03/2019.

\_\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.006637/2018-61. Requerentes: Kingspan-Isoeste Construtivos Isotérmicos S/A e DânicaZipco Sistemas Construtivos S.A. Terceiros Interessados: Perfilor S/A Construções, Indústria e Comércio e Metalúrgica Barra do Pirai. Julgado em 11/06/2019. Publicado em 17/06/2019.

\_\_\_\_\_. Ato de Concentração Ordinário nº 08700.001908/2019-73. Requerentes: IBM - International Business Machines Corporation Red Hat, Inc. Terceiro Interessado: Nutanix, Inc. Julgado em 13/11/2019. Publicado em 19/11/2019.

\_\_\_\_\_. Ato de Concentração nº 08700.002013/2019-56 (Requerentes: Claro S.A e Nextel Telecomunicações Ltda.; terceiro interessado: Oi S.A., Telemar Norte Leste S.A. e Oi Móvel S.A., Telefônica Brasil S.A. e TIM S.A.). Julgado em 11/12/2019. Publicado em 18/12/2019.

\_\_\_\_\_. Guia de Remédios Antitruste. Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_CADE/copy\\_of\\_GuiaRemdios.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_CADE/copy_of_GuiaRemdios.pdf). Acesso em 24/05/2020.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*, 2017. 1ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva.

OLIVEIRA, Fernanda Garibaldi Barreto e MISALE, Guilherme Tenó Castilho. *A Intervenção de Terceiros Interessados no Controle de*



*Estruturas: Teoria e Prática à Luz da Experiência do CADE*, 2017.  
Revista IBRAC, Volume 23, Nº 2.

## **PARTE 2 - INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA**

## **7. DESCUMPRIMENTO DE TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO CELEBRADO COM O CADE: ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE A EXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS NA DEFINIÇÃO DA CLÁUSULA PENAL**

### *7. THE NONCOMPLIANCE OF SETTLEMENT AGREEMENT ENTERED INTO WITH CADE: EMPIRICAL ANALYSIS ON WHETHER OBJECTIVE CRITERIA EXISTS IN THE NEGOTIATION OF THE PENAL CLAUSE*

*Julia Gonçalves Braga*

**Resumo:** Este trabalho tem por objetivo analisar como o CADE vem negociando os termos da cláusula penal por descumprimento de Termo de Compromisso de Cessação ("TCC"). Isso diante da necessidade de se analisar tópicos da política de TCC, tendo em vista as dificuldades que as empresas eventualmente enfrentarão em razão da epidemia da Covid-19 e a primeira declaração de descumprimento integral pelo Tribunal do CADE, em 2018, no âmbito de investigações ligadas à Operação Lava Jato. Serão analisadas, brevemente, as modalidades de cláusula penal por descumprimento de TCC, à luz dos dispositivos do Código Civil. Em seguida, serão abordados os resultados de pesquisa realizada com o objetivo de avaliar a existência (ou não) de critérios objetivos utilizados pelo CADE no que se refere aos valores previstos em cláusula penal. Mais especificamente, serão analisados os parâmetros adotados pelo CADE em todos os TCCs celebrados com pessoas jurídicas e homologados pelo Tribunal no período compreendido entre 20.1.2016 e 28.5.2020.

**Palavras-chave:** Termo de Compromisso de Cessação; CADE; Cláusula penal; Negociação; Descumprimento; Análise empírica de critérios.

**Abstract:** This essay aims at studying how CADE has been negotiating the terms of the penalty clause for the noncompliance of settlement agreements. This is because it is important to analyze topics of the Brazilian settlement agreement policy taking into account the difficulties that the companies may eventually face due to the Covid-19 pandemic and in view of to the first declaration of noncompliance of settlement agreement by the Board of CADE in 2018, within the scope of investigations related to "Operation Car Wash". It will be briefly analyzed

the modalities of noncompliance clauses in light of the provisions set forth by the Brazilian Civil Code. Further, it will be highlighted the results of the research carried out in order to evaluate the existence (or not) of objective criteria used by CADE in settlement agreement negotiation, specifically with regard to the amounts provided for the penalty clause. More specifically, it will be analyzed the criteria used by CADE within all settlement agreements entered into with legal entities and approved by the Board of CADE in the period between January 20, 2016 and May 28, 2020.

**Keywords:** Settlement agreement; CADE; Penalty clause; Negotiation; Noncompliance; Empirical analysis of criteria.

## 1. Introdução

Na 122<sup>a</sup> Sessão Ordinária de Julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), realizada em 25.4.2018, o Tribunal do CADE, por unanimidade, declarou o descumprimento integral de dois Termos de Compromisso de Cessação (“TCC”) celebrados pela UTC Engenharia S.A. e UTC Participações S.A. (em conjunto, denominadas “UTC”), no âmbito de investigações ligadas à Operação Lava Jato<sup>1</sup>.

Os referidos TCCs foram celebrados no âmbito de processos administrativos que apuram alegadas práticas de cartel em licitações da Petrobrás e Eletrobrás<sup>2</sup>. Em contrapartida à suspensão dos processos administrativos instaurados pelo CADE e à concessão de desconto em relação ao valor da potencial multa a ser aplicada pela autoridade antitruste em caso de condenação por infração à ordem econômica, os TCCs determinavam à UTC o pagamento de contribuições pecuniárias que somavam R\$ 135.100.740,22. Desse valor, a contribuição prevista no acordo celebrado no âmbito do processo que apura alegado cartel em licitações da Petrobrás corresponde à quantia de R\$ 125.468.099,72, um

---

<sup>1</sup> Vide Requerimento de TCC nº 08700.010978/2015-99 e Requerimento de TCC nº 08700.012016/2015-74.

<sup>2</sup> Vide Processo Administrativo nº 08700.002086/2015-14, que investiga o alegado cartel no mercado de obras de montagem industrial onshore no Brasil, em licitações da Petrobras; e Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51, que apura suposto cartel no mercado de obras de montagem eletromecânica na Usina Angra 3, em licitação da Eletrobrás Termonuclear S.A. – Eletronuclear.

dos maiores valores de contribuição pecuniária individual já negociados na história do CADE.

Na ausência do cumprimento das obrigações acordadas e diante da declaração de descumprimento integral do TCC, o Tribunal do CADE determinou **(i)** a reabertura dos processos administrativos em relação à UTC e **(ii)** o pagamento de multa pelo descumprimento integral do acordo no valor de R\$ 200.000,00, em cada um dos processos. Em 14.8.2018, a UTC Engenharia S.A. foi notificada da sua inscrição em Dívida Ativa, em razão do não pagamento de valor correspondente à multa por descumprimento do TCC, isto é, R\$ 200.000,00 mais atualização monetária<sup>3</sup>.

Adicionalmente a isso, o mundo vive atualmente a pandemia da Covid-19 (coronavírus), que além de uma crise de saúde em escala global, possui enormes impactos na economia e nos mercados. Em razão da suspensão das atividades das empresas e das recomendações das autoridades públicas globais para que as pessoas evitem aglomerações e permaneçam em casa, grandes empresas têm enfrentado dificuldades financeiras decorrentes da significativa redução nos níveis de consumo e do aumento da taxa de desemprego ocasionada também pela baixa lucratividade das empresas durante o período de crise do coronavírus.

Diante desse cenário, mostra-se importante o estudo de tópicos da política de TCC - com especial enfoque na cláusula penal adotada para o caso de declaração de descumprimento do compromisso. Isso porque, em razão da pandemia da Covid-19, diversas empresas que tenham celebrado TCC com o CADE nos últimos meses podem passar a enfrentar

---

<sup>3</sup> Vale notar que o CADE promoveu a inscrição da UTC Engenharia S.A. na Dívida Ativa. Ocorre que em 15.1.2019, sobreveio decisão judicial que entendeu que, em linha com a cláusula 6.6 de ambos os TCCs, a UTC Participações seria a pessoa jurídica responsável pelo pagamento da multa, *in verbis*, “[a] declaração de descumprimento integral do Termo de Compromisso implicará a imposição de multa à Compromissária Pessoa Jurídica/Compromissária UTC Participações no valor de R\$ 200.000,00, e aos Compromissários Pessoas Físicas ou Funcionários no valor R\$ 10.000,00”. Em razão disso, a inscrição da UTC Engenharia S.A. em Dívida Ativa e no CADIN foi suspensa em 16.1.2019. Ademais, até a data de conclusão deste trabalho (28.5.2019), o CADE apenas adotou providências para a execução do montante referente às multas por descumprimento dos referidos TCCs (i.e., R\$ 200.000,00, em cada processo), ou seja, a Procuradoria Especializada junto ao CADE (“ProCADE”) não adotou quaisquer medidas no sentido de promover eventual execução, no Judiciário, dos valores correspondentes às contribuições pecuniárias acordadas entre as partes.

dificuldades para o cumprimento integral e tempestivo das obrigações incluídas no acordo, seja em razão da situação financeira da companhia, seja em razão dos impasses logísticos decorrentes da política de distanciamento social vigente. Com isso, é possível que as empresas, eventualmente, atrasem o cumprimento das obrigações firmadas ou, até mesmo, descumpram integralmente os acordos firmados com o CADE, a depender das condições atuais e futuras do mercado.

Vale ressaltar que, desde a promulgação Lei nº 12.529/2011, o número de acordos celebrados pela autoridade antitruste cresce vertiginosamente, de modo que a política de TCC tem se tornado cada vez mais importante enquanto instrumento para a persecução de infrações à ordem econômica. Ao longo dos anos 2011 e 2012, por exemplo, o Tribunal do CADE homologou 7 TCCs. Já nos anos de 2018 e 2019, houve a homologação de 81 acordos pelo CADE<sup>4</sup>.

No intuito de se estudar a cláusula de descumprimento de TCC, realizou-se pesquisa empírica com o objetivo de avaliar a existência (ou não) de critérios objetivos utilizados pelo CADE durante a fase de negociação de TCC, mais especificamente no que se refere aos valores previstos em cláusula penal. Como será adiante detalhado, foram analisados os parâmetros adotados pelo CADE em todos os TCCs celebrados entre o CADE e pessoas jurídicas, homologados pelo Tribunal, no período compreendido entre 20.1.2016 e 28.5.2020. Com isso, foram identificados e analisados 182 TCCs.

## **2. Breves considerações a respeito da cláusula de descumprimento de TCC e reflexos da pandemia da covid-19 no cumprimento dos acordos**

### *2.1 Breve panorama e modalidades de cláusula penal por descumprimento de TCC*

---

<sup>4</sup> O Tribunal do CADE homologou, (i) em 2011, 3 TCCs; (ii) em 2012, 4 TCCs; (iii) em 2013, 13 TCCs; (iv) em 2014, 36 TCCs; (v) em 2015, 62 TCCs; (vi) em 2016, 61 TCCs; (vii) em 2017, 75 TCCs; (viii) em 2018, 60 TCCs; e (ix) em 2019, 21 TCCs.

Nos termos da Lei de Defesa da Concorrência, o CADE poderá celebrar TCC com agentes investigados em sede de procedimento preparatório, inquérito administrativo e representados em processo administrativo, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que o acordo atende aos interesses tutelados pela lei.

O artigo 85 da Lei nº 12.529/2011 e os artigos 224 a 229 do Regimento Interno do CADE<sup>5</sup> dispõem acerca dos principais requisitos necessários para a celebração de TCC pelo CADE. Em suma, o agente privado deve se comprometer a colaborar com a investigação em curso, recolher valor de contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos, reconhecer a sua participação na conduta investigada e comprometer-se a não voltar a praticá-la. Caso a compromissária descumpra quaisquer das obrigações compromissadas, o TCC deve dispor de cláusula que fixe valor de multa por descumprimento, total ou parcial, nos termos do artigo 85, §1º, inciso II, da Lei nº 12.529/2011.

Há, portanto, duas modalidades de cláusula penal por descumprimento de TCC usualmente adotadas pelo CADE, quais sejam, cláusula penal para o caso de se declarar o descumprimento integral do TCC, ou o atraso injustificado e sem consentimento prévio no cumprimento de suas obrigações, que será denominada “cláusula moratória”.

É evidente que a cláusula penal exerce importantes funções no que tange aos incentivos ao cumprimento de acordos. Dito isso e considerando que a política de TCC promovida pelo CADE é de grande relevância na persecução de ilícitos antitruste, é importante que a autoridade esteja atenta ao negociar os valores estipulados no escopo da cláusula penal. Seja na cláusula penal por atraso no cumprimento da obrigação, seja na cláusula penal aplicada aos casos de descumprimento integral do acordo, precisa-se ter em mente que os valores negociados devem seguir critérios objetivos, razoáveis e proporcionais.

Em linha com o entendimento majoritário da doutrina, a cláusula penal possui finalidade indenizatória e coercitiva, que deve refletir nos termos do acordo celebrados entre a autoridade e agente privado. De um lado, a cláusula penal atua no sentido de constranger o devedor a cumprir a obrigação pactuada e, em caso de descumprimento, surge a segunda função, qual seja, antever as perdas e danos para que o credor não precise

---

<sup>5</sup> Regimento Interno do CADE – 12 de março de 2018.

se ocupar com a demonstração da existência de prejuízo e do respectivo montante, o que torna o crédito mais efetivo<sup>6</sup>. Os parâmetros estabelecidos em cláusula penal, portanto, refletem diretamente no próprio *enforcement* da política de TCC e devem ser observados cuidadosamente para que sejam capazes de preencher, de maneira adequada, a finalidade imiscuída à própria ideia de cláusula penal e promova os incentivos necessários para o cumprimento do acordo.

A Administração Pública deve estipular valores que compreendam os esforços empreendidos na negociação do acordo (i.e., custos com agentes públicos, custos processuais, tempo, etc.), bem como deve se atentar para as finalidades intrínsecas ao próprio instituto da cláusula penal, que abrangem não só questões pecuniárias como também incluem elementos importantes para a promoção da política de defesa da concorrência no Brasil.

Em outras palavras, os esforços envidados pelo CADE durante a negociação de acordo com agentes privados devem abranger não apenas as questões referentes à quantia correspondente à contribuição pecuniária (i.e., percentual de desconto aplicado à potencial multa ou amplitude da cooperação com a autoridade antitruste, por exemplo), mas devem também se atentar aos valores estabelecidos em cláusula penal. Isso porque a fixação de valores baixos e desproporcionais de multa pelo descumprimento integral ou parcial das obrigações não previne que futuros TCCs celebrados pelo CADE sejam inadimplidos.

## 2.2 Reflexos da pandemia da Covid-19 no cumprimento dos TCCs

---

<sup>6</sup> É assim, por exemplo, o entendimento de Pontes de Miranda ao destacar que, além do papel de indenização e de prefixação de perdas e danos resultantes do inadimplemento da obrigação acordada, a cláusula penal exerce também uma espécie de pressão sobre a parte devedora, de modo a incentivar o fiel cumprimento da obrigação (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970). No mesmo sentido, Sílvio Venosa reforça o “inafastável efeito intimidativo e coercitivo” da cláusula penal, bem como ressalta a utilidade do instituto no que tange à liquidação da eventual indenização. Nas palavras do autor, “tanto na forma moratória, como na compensatória, a cláusula penal amplia as possibilidades de cumprimento da obrigação” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, Coleção direito civil, vol. 2, São Paulo, Editora Altas, 7ª ed., 2007).



O mundo vive, há alguns meses, a pandemia da Covid-19, doença causada por vírus altamente transmissível contra a qual não há, até o momento, vacina ou tratamento amplamente eficaz. Nesse contexto, grandes empresas têm enfrentado enormes dificuldades financeiras, considerando as políticas de isolamento social que visam conter a disseminação do vírus e que, em última instância, resultam na diminuição do nível de consumo e na lucratividade.

Além das dificuldades financeiras atreladas à crise da Covid-19, a pandemia afeta também as questões logísticas, as relações interpessoais (tendo em vista o volume de empregados trabalhando remotamente) e a possibilidade de encontros presenciais, o que pode configurar significativo obstáculo para o fiel cumprimento de certas obrigações previstas em TCCs, tal qual a implementação de programas de *compliance*.

Nesse cenário de crise sanitária e econômica, o CADE já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema em algumas ocasiões, tendo inclusive analisado, recentemente, solicitação realizada pela Basso S.A. e Valbrás Indústria e Comércio S.A. para que fossem suspensos os prazos previstos no TCC celebrado com a autarquia, homologado pelo Tribunal em 22.5.2019 (Requerimento de TCC nº 08700004192 /2018-85).

Mais especificamente, em 16.3.2020, as Compromissárias solicitaram ao CADE a suspensão dos prazos de cumprimento de duas cláusulas relacionadas à implementação de programas de *compliance* “*em razão das restrições de deslocamento de pessoas impostas pelas determinações tanto pelo governo brasileiro como pelo governo argentino em função da pandemia de coronavírus*” Ao analisar a questão, o CADE deferiu o pedido, entendendo pelo efetivo impasse para o cumprimento das cláusulas do acordo e ressaltando a boa-fé das empresas ao informar o CADE acerca das dificuldades enfrentadas.

Além disso, o CADE esclareceu que, em relação às solicitações de parcelamento da contribuição pecuniária, a autoridade tem se posicionado no sentido de deferir apenas os casos em que houver “*constatação documental da existência de álea extraordinária caracterizada por eventos posteriores à celebração da avença, imprevistos e inevitáveis cujas consequências impeçam o cumprimento da*

*cláusula ou causem consequências econômicas com grave impacto na saúde financeira da compromissária"*<sup>7</sup>.

Em razão da crise inédita vivenciada pelas empresas, é provável que o CADE se depare com requerimentos para que sejam estendidos prazos para o cumprimento de obrigações de TCC firmados nos últimos meses ou, até mesmo, venha enfrentar casos de descumprimento integral das obrigações compromissadas no âmbito de acordos. No cenário de crise, é possível ainda que as empresas venham, em última instância, a se debruçar com maior atenção sobre as cláusulas do acordo e sobre as consequências de eventual mora ou descumprimento das obrigações acordadas, de modo a avaliar a estratégia mais benéfica à manutenção da empresa diante dos desafios do mercado.

Sendo assim, este trabalho pretende avaliar a existência (ou não) de critérios objetivos utilizados pelo CADE durante a negociação de TCCs, mais especificamente no que tange aos valores pactuados a título de cláusula penal por descumprimento integral ou pelo atraso injustificado no cumprimento da obrigação acordada. Com isso, este trabalho visa analisar se o CADE tem observado parâmetros capazes de promover os fins inerentes à própria ideia da cláusula penal e o estímulo necessário ao fiel cumprimento do acordo, especialmente no cenário de crise atual.

---

<sup>7</sup> Vide parecer emitido pela Procuradoria Especializada junto ao CADE, referendado pelo Despacho da Presidência do CADE.

### 3. Metodologia utilizada na pesquisa

No intuito de observar a existência (ou não) de padrões utilizados pelo CADE durante a negociação de TCC, importante destacar a metodologia utilizada na identificação dos TCCs, nos quais a Superintendência-Geral ou o Tribunal tiveram a oportunidade de negociar os valores estipulados a título de cláusula penal por descumprimento do acordo. Para tanto, procedeu-se a análise dos Requerimentos de TCC incluídos nas atas das Sessões de Julgamento do CADE, entre os anos 2016 e 2020. Mais especificamente, foram analisados todos os 182 TCCs celebrados entre o CADE e pessoas jurídicas homologados pelo Tribunal no período compreendido entre 20.1.2016 e 28.5.2020<sup>8</sup>, os quais foram identificados e catalogados.

Como ressaltado, o foco da pesquisa diz respeito ao estudo da cláusula de descumprimento de TCC. A partir da coleta de dados e análise quantitativa e qualitativa dos critérios comumente adotados pela autoridade antitruste, busca-se avaliar se os valores que têm sido acordados entre CADE e agente privado levam em consideração as especificidades do caso concreto e as particularidades de cada negociação, bem como se tais valores fazem jus às características essenciais do próprio instituto (i.e., indenizatória e coercitiva)<sup>9</sup>. A pesquisa mostra-se relevante porque acredita-se que seja importante que a Administração Pública se atente não só à quantia a ser paga a título de contribuição pecuniária, como também aos valores determinados especificamente na cláusula penal.

Para fins de esclarecimento, vale notar que, nos casos em que o CADE celebrou TCC concomitantemente com pessoas jurídicas e físicas, é usual que se estabeleça um valor de contribuição pecuniária a ser pago

---

<sup>8</sup> O período de análise tem início em 2016, ano em que o CADE publicou o Guia de Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, que traz instruções e parâmetros que conferem maior clareza sobre os critérios de valoração de documentos e informações fornecidos pelo agente privado ao longo da negociação, além de elencar requisitos mínimos necessários para o fechamento do acordo. Por fim, a pesquisa levou em consideração os TCCs celebrados até a última sessão de julgamento do Tribunal do CADE anterior à conclusão da pesquisa.

<sup>9</sup> Como já indicado, a análise realizada por este trabalho abrange somente critérios adotados pelo CADE relacionados a valores de contribuição pecuniária e de multa pelo atraso no cumprimento ou descumprimento integral de TCC. Não se leva em consideração, em um primeiro momento, a existência de outras espécies de obrigações para além das de caráter pecuniário.

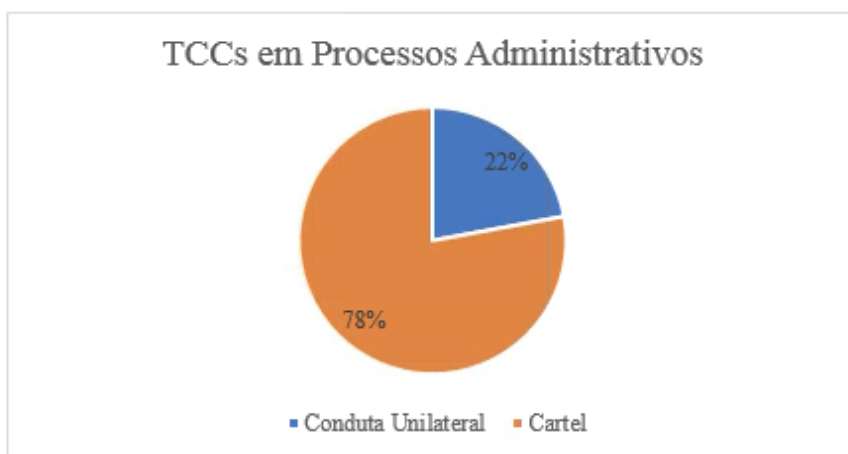
pela pessoa jurídica e um valor a ser pago pela pessoa física. No entanto, quando da previsão da cláusula pelo descumprimento do acordo (usualmente, cláusula sexta do TCC), é estipulada multa de forma genérica e abrangente, relacionando-se ao inadimplemento da parte “Compromissária”, que normalmente é definida no acordo como o conjunto da pessoa jurídica e pessoa física.

Dito isso, é válido ressaltar que, na análise realizada por este trabalho, o enfoque se deu nos TCCs celebrados entre o CADE e pessoa jurídica de Direito Privado. Adicionalmente, **(i)** tendo em vista que, em acordos que são celebrados concomitantemente por pessoas física e jurídica, a cláusula penal pelo descumprimento do TCC, por vezes, não prevê diferenciação entre o valor a ser pago pela pessoa jurídica e pela pessoa física; e **(ii)** considerando que os valores devidos pelas pessoas físicas a título de contribuição pecuniária correspondem, de modo geral, a menos de 3% dos valores devidos pelas pessoas jurídicas, optou-se por desconsiderar potencial interferência do valor devido por pessoa física na análise comparativa dos parâmetros adotados pelo CADE.

#### **4. Resultado da pesquisa empírica**

##### *4.1 Da existência (ou não) de critérios objetivos aplicados pelo CADE para a definição de cláusula penal por descumprimento integral de TCC*

A partir da análise dos termos da cláusula penal dos 182 TCCs homologados pela autarquia entre 2016 e 2020, é possível verificar uma aparente ausência de parâmetros aplicados pelo CADE na determinação dos valores estabelecidos a título de multa pelo descumprimento do TCC, seja pelo seu descumprimento integral, seja pela mora. Dentre os 182 TCCs celebrados pelo CADE no período analisado, nota-se que 40 TCCs (22%) foram celebrados no âmbito de processos administrativos que apuram supostas condutas unilaterais e 141 TCCs (78%) foram celebrados no âmbito de processos administrativos que investigam alegadas práticas de cartel<sup>10</sup>.



Fonte: Elaboração própria.

Ademais, é possível notar que a multa por descumprimento estipulada em processos administrativos que apuram condutas unilaterais costuma ser maior que a multa por descumprimento estipulada em investigações de cartel. Observa-se que, dentre os 40 TCCs celebrados pelo CADE em processos administrativos que apuram condutas unilaterais, (i) 6 TCCs preveem multa por descumprimento integral de valor superior a 150% do valor da contribuição pecuniária a que a

---

<sup>10</sup> Vale notar que o Requerimento de TCC n° 08700.005349/2017-17 não foi contabilizado porque foi celebrado no âmbito de processo administrativo que investiga tanto alegada prática de cartel quanto influência de conduta uniforme.

compromissária se comprometeu a pagar ao celebrar o acordo, e **(ii)** 3 TCCs preveem multa por descumprimento integral de valor entre 30% e 50% do valor total da contribuição pecuniária. Indo mais além, **(iii)** 8 TCCs preveem multa por descumprimento integral de valor entre 15% e 30% da contribuição pecuniária, **(iv)** 2 TCCs preveem multa entre 5% e 10%, e **(v)** 6 TCCs estipulam multa por descumprimento integral no valor de até 5% do montante correspondente à contribuição pecuniária<sup>11</sup>.

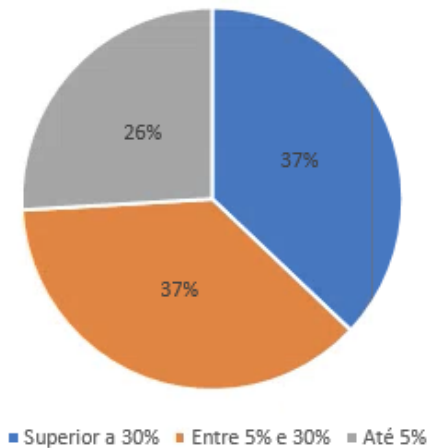
Por sua vez, em processos administrativos que apuram alegadas práticas de cartel, as multas por descumprimento apresentam valores proporcionalmente menores. Dentre os 141 TCCs identificados na pesquisa, **(i)** 38 TCCs preveem multas por descumprimento de valor inferior ou igual a 1% do montante correspondente à contribuição pecuniária, **(ii)** 43 TCCs estipulam multas de valor entre 1% até 5% do valor total da contribuição pecuniária, **(iii)** 40 TCCs preveem multa compreendida entre 5% e 15% da contribuição pecuniária, **(iv)** 7 TCCs preveem multa de valor entre 15% e 30% do valor total da contribuição pecuniária, e **(v)** 8 TCCs estabelecem multa de valor superior a 30% da contribuição pecuniária<sup>12</sup>.

---

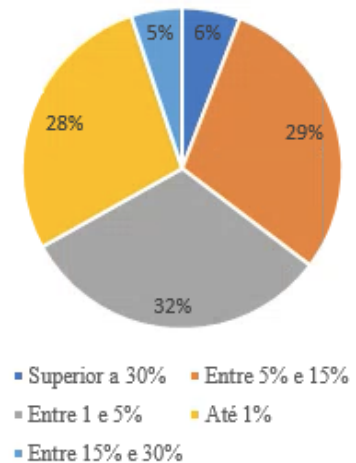
<sup>11</sup> Vale notar que, dentre os 40 TCCs celebrados pelo CADE em processos administrativos que investigam alegadas condutas unilaterais, foram desconsiderados, para fins da análise, 15 TCCs, que apresentam a quantia definida a título de cláusula penal como de tratamento confidencial ou a comparação não se aplica, uma vez que o acordo não prevê o pagamento de valor de contribuição pecuniária.

<sup>12</sup> Vale notar que, dentre os 141 TCCs celebrados pelo CADE, foram desconsiderados na pesquisa 2 TCCs que não preveem multa pelo descumprimento integral, 1 TCC que prevê multa de mesmo valor para várias empresas que concordaram em pagar valores diferentes a título de contribuição pecuniária, 2 TCCs que estipulam valor de multa por descumprimento integral de, no mínimo, 5% e 3 TCCs que não preveem multa por descumprimento integral em razão das especificidades das obrigações assumidas.

### Condutas unilaterais



### Cartel



Fonte: Elaboração própria.

A partir disso, é possível notar que as multas estipuladas para o caso de descumprimento integral de TCC são, de modo geral, bastante baixas, especialmente quando analisados os processos administrativos que apuram alegadas práticas de cartel. Isso porque aproximadamente 28% dos TCCs celebrados em investigações de cartel estabelecem multas correspondentes a, no máximo, 1% do valor da contribuição pecuniária e outros 32% preveem multas entre 1% e 5% da contribuição pecuniária.

Especificamente em relação aos TCCs celebrados pela UTC que, em 2018, foram declarados integralmente descumpridos pela CADE, é de se notar que o valor da multa pelo descumprimento prevista nos termos do acordo em nada reflete a ideia de coerção que se deve ter em mente quando da negociação de tal cláusula. Isso porque, enquanto o valor da contribuição pecuniária prevista no Requerimento nº 08700.010978/2015-99 era de R\$ 125.468.099,72, o valor da multa pelo seu descumprimento foi de R\$ 200.000,00, o que corresponde a 0,16% da quantia prevista como obrigação principal.

Vale destacar ainda que vários dos TCCs estudados foram celebrados em sede de Tribunal, isto é, quando a fase instrutória do processo administrativo já foi encerrada e os autos da investigação encaminhados, da SG, para o Conselheiro Relator responsável pelo caso.

No Requerimento de TCC nº 08700.005279/2018-70, de relatoria do Conselheiro João Paulo Resende, por exemplo, a cláusula penal pelo descumprimento integral do acordo negociado já no Tribunal corresponde a menos de 1% do valor total da contribuição pecuniária.

Além disso, foram identificados 2 TCCs homologados pelo CADE e negociados pelo Tribunal que não preveem qualquer valor de multa para o caso da declaração de descumprimento integral, sendo estabelecida apenas multa moratória no valor de R\$ 5.000,00 por dia de atraso no cumprimento da obrigação. Além disso, os referidos TCCs não preveem a obrigação de cooperação na investigação porque as compromissárias teriam informado que não possuíam “*informação valiosa para oferecer para a investigação*”, haja vista a etapa avançada em que o processo administrativo se encontrava.

Dessa forma, caso as compromissárias não cumprissem as obrigações estabelecidas pelo CADE (o que inclui o pagamento da contribuição pecuniária) e fosse o caso de o Tribunal da autarquia declarar o descumprimento integral dos TCCs, não haveria previsão expressa nos termos do acordo que estabelecesse quantia para fins de indenização e penalização pelo inadimplemento da obrigação. Isto é, após todos os esforços envidados pela Administração Pública, a penalidade aplicada às compromissárias pelo completo descumprimento do acordo seria a reabertura do processo administrativo que anteriormente já se encontrava em curso.

O primeiro desses TCCs é o Requerimento nº 08700.002026/2016-82, celebrado pela Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. e Alstom Grid Energia Ltda., que prevê contribuição pecuniária de R\$ 11.025.637,00. O segundo TCC é o Requerimento nº 08700.006546/2016-64, celebrado pela Siemens AG, que determina o pagamento de contribuição pecuniária no valor de R\$ 10.650.369,45. Ambos os TCCs foram celebrados no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16, que apura alegada prática de cartel no mercado de GIS (“*Gas Insulated Switchgear*”) e foram negociados pelo ex-Conselheiro Alexandre Cordeiro.

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao fato de que diversos TCCs celebrados no âmbito de um mesmo processo administrativo preverem valores iguais de multa por descumprimento, independentemente das especificidades de cada Requerimento, o que reforça a ideia de inexistência de proporcionalidade e avaliação do caso concreto quando da negociação do TCC pela autarquia. Como exemplo



disso, pode-se citar o Processo Administrativo nº 08012.001183/2009-08, que apura suposta prática de cartel no mercado de agenciamento de frete marítimo e aéreo. No escopo do processo, foram celebrados 6 TCCs que preveem variadas quantias de contribuição pecuniária, sendo que o valor da multa pelo descumprimento integral do TCC se mantém em R\$ 100.000,00, apesar dos valores das contribuições pecuniárias variarem significativamente.

<b>Requerimento de TCC</b>	<b>Data da homologação</b>	<b>Contribuição pecuniária</b>	<b>Multa por descumprimento integral</b>	<b>P va er c</b>
08700.006458/2017-43	19.9.2018	R\$ 1.499.854,70	R\$ 100.000,00	
08700.006459/2017-98	19.9.2018	R\$ 3.608.166,14	R\$ 100.000,00	
08700.000098/2017-76	19.4.2017	R\$ 2.250.432,97	R\$ 100.000,00	
08700.000120/2017-88	19.4.2017	R\$ 2.241.840,30	R\$ 100.000,00	
08700.005552/2016-02	9.11.2016	R\$ 5.965.613,00	R\$ 100.000,00	
08700.008219/2015-66	20.1.2016	R\$ 9.556.996,91	R\$ 100.000,00	

No escopo do Processo Administrativo nº 08012.008407/2011-19, que investiga alegada prática de influência de conduta comercial uniforme no mercado de saúde do Estado do Espírito Santo, foram celebrados 10 TCCs, todos negociados pela ex-Conselheira Relatora Cristiane Alkmin e homologados na mesma data. Mais uma vez, nota-se que as multas adotadas para o caso de declaração de descumprimento integral do TCC não refletem uma análise pormenorizada do caso concreto e demonstram a inexistência de critérios objetivos na determinação de cláusula penal para o descumprimento do acordo<sup>13</sup>. Nota-se que o

---

<sup>13</sup> Para fins de completude, vale destacar que, em nenhum dos TCCs mencionados, foram estabelecidas obrigações acessórias para além das essencialmente previstas na Lei nº 12.529/2011.

percentual da multa por descumprimento, quando comparado ao valor da contribuição pecuniária, é bastante variável.

<b>Requerimento de TCC</b>	<b>Data da homologação</b>	<b>Contribuição pecuniária</b>	<b>Multa por descumprimento integral</b>	<b>P va er c</b>
08700.001200/2016-70	7.6.2017	R\$ 74.055,64	R\$ 20.000,00	
08700.007859/2016-30	7.6.2017	R\$ 1.604.285,89	R\$ 60.000,00	
08700.007862/2016-53	7.6.2017	R\$ 98.192,87	R\$ 20.000,00	
08700.007863/2016-06	7.6.2017	R\$ 122.374,04	R\$ 20.000,00	
08700.007864/2016-42	7.6.2017	R\$ 106.775,55	R\$ 20.000,00	
08700.007865/2016-97	7.6.2017	R\$ 110.540,38	R\$ 20.000,00	
08700.007866/2016-31	7.6.2017	R\$ 232.610,26	R\$ 20.000,00	
08700.007868/2016-21	7.6.2017	R\$ 1.044.372,98	R\$ 50.000,00	
08700.007869/2016-75	7.6.2017	R\$ 127.725,31	R\$ 20.000,00	
08700.007539/2016-80	7.6.2017	R\$ 681.677,21	R\$ 40.000,00	

No mesmo sentido, foram identificados diversos TCCs em situação semelhante aos dois casos supramencionados<sup>14</sup>, o que aponta para

---

<sup>14</sup> No mesmo sentido, pode-se mencionar o Processo Administrativo nº 08012.006386/2016-53, que investiga alegada prática de cartel no mercado independente de autopeças de reposição; Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-1, que apura alegado cartel no mercado de “DRAM”; Processo Administrativo nº 08012.006043/2008-37, que apura alegado cartel no mercado de distribuição e revenda de gás liquefeito de petróleo (“GLP”); Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22, que apura alegado cartel no mercado de manutenção predial; Processo Administrativo nº 08012.001377/2006-52, que apura alegado cartel no mercado de comercialização de produtos destinados à transmissão e distribuição de energia elétrica; Processo Administrativo nº 08700.003718/2015-67, apura alegado cartel no mercado de resinas para revestimento e para compósitos; Processo Administrativo nº 08700.004627/2015-

a ideia de que a autoridade antitruste, ao que tudo indica, não adota critérios objetivos para a definição da quantia estipulada em cláusula penal durante a fase de negociação, ainda que os acordos sejam celebrados no âmbito de um mesmo processo administrativo.

Apesar da maioria dos TCCs analisados na pesquisa não demonstrar padrão para determinação de valor de cláusula penal, foram identificados 9 processos administrativos (nos quais foram celebrados diversos TCC), em que foi possível identificar a existência de padrão. Nota-se, ao analisar comparativamente o valor da multa pelo descumprimento integral do TCC com o valor estabelecido a título de contribuição pecuniária, que o percentual aplicado se mantém (ou é bastante similar) para todos os Requerimento homologados pelo Tribunal. É nesse sentido, por exemplo, o Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56, que apura alegado cartel no mercado de hidrômetros residenciais<sup>15</sup>:

---

49, que apura alegado cartel no mercado de rolos cerâmicos refratários; Processo Administrativo nº 08700.004633/2015-04, que apura alegado cartel no mercado de câmbio offshore; Processo Administrativo nº 08700.006630/2016-88, que apura alegado cartel no mercado de obras de construção civil modernização e/ou reforma de instalações esportivas destinados à Copa do Mundo do Brasil de 2014; Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51, que apura alegado cartel no mercado de obras de montagem eletrônica da Usina Angra 3 em licitação da Eletrobrás Termonuclear S.A.; Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41, que apura alegado cartel no mercado nacional de obras de urbanização de áreas precárias; Processo Administrativo nº 08700.010056/2014-09, que apura alegado cartel no mercado de capacitores; Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78, que apura alegado cartel no mercado de sistemas térmicos automotivos; Processo Administrativo nº 08700.001836/2016-11, que investiga suposta prática de cartel no mercado de obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obras de arte especiais e serviços de engenharia para a implantação de Ferrovias licitadas pela Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.; Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12, que apura alegada prática de cartel no mercado de transistores de película fina de cristal líquido; Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63, que investiga suposto cartel no mercado de produção e distribuição de filtros automotivos ao mercado independente de peças de reposição; Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64, que investiga suposto cartel no mercado de distribuição e revenda de combustíveis automotivos em Belo Horizonte/MG e municípios vizinhos; e Processo Administrativo nº 08012.002812/2010-42, que apura alegada prática de cartel no mercado de recarga de cartões de celulares pré-pagos.

<sup>15</sup> No mesmo sentido, pode-se mencionar o Processo Administrativo nº 08012.002414/2009/92, que investiga alegada prática de cartel no mercado de

<b>Requerimento de TCC</b>	<b>Data da homologação</b>	<b>Contribuição pecuniária</b>	<b>Multa por descumprimento integral</b>	<b>P va er c</b>
08700.002912/2016-14	31.10.2017	R\$ 6.445.942,40	R\$ 64.459,42	
08700.011930/2015-06	9.11.2016	R\$ 4.265.699,05	R\$ 42.656,00	
08700.011036/2015-28	18.10.2016	R\$ 7.812.547,17	R\$ 78.000,00	
08700.011190/2015-08	18.10.2016	R\$ 4.958.080,62	R\$ 49.580,80	

Além disso, foram identificados na pesquisa 3 TCCs que estabelecem a quantia da multa prevista pelo descumprimento integral do acordo em valor percentual do montante correspondente à contribuição pecuniária. Nos Requerimentos nº 08700.003679/2016-89 e nº 08700.008245/2016-75, celebrados pela Andrade Gutierrez Engenharia S.A. no âmbito de processos administrativos que apuram alegada prática de cartel<sup>16</sup>, foram negociadas multas pelo descumprimento integral no

---

tubos para imagem colorida (“CPT”); Processo Administrativo nº 08012.003893/2009-64, que apura suposta prática de influência de conduta uniforme no mercado de prestação de serviços anestesiológicos; Processo Administrativo nº 08700.003067/2009-67, que investiga suposta prática de cartel no mercado de distribuição de gás liquefeito de petróleo (“GLP”); Processo Administrativo nº 08700.002086/2015-1, que apura alegado cartel no mercado de serviços de engenharia, construção e montagem industrial “onshore” em licitações da Petrobrás; Processo Administrativo nº 08700.003396/2016-37, que apura alegado cartel no mercado de fornecimento de tubos e conexões de polietileno de alta densidade para obras de infraestrutura de gás; Processo Administrativo nº 08700.007777/2016-95, que apura alegado cartel no mercado de obras e serviços de engenharia e construção civil predial de “Edificações de Grande Porte com Características Especiais”; Processo Administrativo nº 08700.003735/2015-02, que apura alegado cartel no mercado de sistemas de direção elétrica; e Processo Administrativo nº 08700.004629/2015-38, que apura alegado cartel no mercado amortecedores dianteiros e traseiros.

<sup>16</sup> O Requerimento nº 08700.003679/2016-89 foi celebrado no âmbito de processo administrativo que investiga alegadas práticas de cartel no mercado de obras civis

valor de 5% da contribuição pecuniária. Já no Requerimento nº 08700.000502/2017-10, celebrado pela Magneti Marelli Cofap Fabricadora de Peças Ltda., em sede de processo administrativo que investiga suposta prática de cartel no mercado nacional de amortecedores traseiros e dianteiros automobilísticos, a multa pelo descumprimento foi de 1% do valor previsto a título de contribuição pecuniária.

Em contrapartida às baixas quantias previstas em cláusula por descumprimento integral de TCC, foram identificados acordos celebrados pelo CADE que preveem multas significativamente elevadas pelo descumprimento integral do acordo. Nesses casos, não foram indicadas, na nota técnica ou voto que recomenda a homologação do acordo pelo Tribunal, obrigações acessórias ou qualquer justificativa para o valor notadamente elevado, especialmente quando comparados com os valores costumeiramente aplicados pelo CADE. No âmbito de TCCs celebrados em investigações de cartel, pode-se mencionar o Requerimento de TCC nº 08700.001449/2015-02, que aplica multa de R\$ 1.000.000,00 para o caso do não pagamento de contribuição pecuniária no valor de R\$ 489.588,60, isto é, a multa pelo inadimplemento da obrigação corresponde a mais que o dobro do valor total da contribuição pecuniária.

Nessa mesma linha, o Inquérito Administrativo nº 08700.002443/2017-14 também inclui TCC que prevê multa por descumprimento integral do acordo significativamente elevado, especialmente se comparado aos valores de multas estipulados em outros 2 TCCs negociados no âmbito do mesmo processo. Nos anos de 2019 e 2020, foram homologados 3 TCCs no âmbito do processo administrativo que investiga alegado cartel no mercado de órteses, próteses e materiais especiais, sendo que em 1 dos acordos há multa por descumprimento integral que corresponde a 102,2% do valor da contribuição pecuniária (i.e., maior que o valor da própria contribuição), enquanto os outros 2 acordos incluem multas que correspondem a 34,3% e 2,96% do valor da contribuição acordada:

---

de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obras de arte especiais e serviços de engenharia para a implantação da Ferrovia Norte e Sul - "FNS - EF-151" e da Ferrovia de Integração Oeste e Leste - "FIOL - EF-334", no Brasil, em licitações da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. Já o Requerimento nº 08700.008245/2016-75 foi celebrado no âmbito de processo administrativo que investiga suposto cartel no mercado de contratação de serviços de engenharia e construção civil de edificações de grande porte com características especiais.

Requerimento de TCC	Data da homologação	Contribuição pecuniária	Multa por descumprimento integral	Pe va en c
08700.007696/2017-76	27.11.2019	R\$ 97.773,27	R\$ 100.000,00	
08700.000714/2019-51	15.4.2020	R\$ 3.372.768,71	R\$ 100.000,00	
08700.002024/2019-36	15.4.2020	R\$ 291.424,59	R\$ 100.000,00	

Diante do resultado, foi possível perceber que o CADE não adota critérios objetivos para a determinação da cláusula penal aplicada no caso de declaração de descumprimento integral do TCC.

Embora, em alguns casos, a multa pelo inadimplemento da obrigação atinja valores significativos, cerca de 30% dos compromissos preveem multas que não chegam à quantia correspondente a 1% do valor da contribuição pecuniária. Com isso, acredita-se que seja de suma importância que a autoridade antitruste adote, em alguma medida, critérios objetivos na determinação dos valores de cláusula penal. Isso porque o instituto tem por finalidade prefixar os valores de eventuais perdas e danos oriundos do inadimplemento do acordo, bem como coagir as partes a agirem no sentido do adimplemento das obrigações.

#### ***4.2 Da existência (ou não) de critérios objetivos aplicados pelo CADE para a definição de cláusula penal por atraso injustificado e sem consentimento prévio do recolhimento da contribuição pecuniária***

Além da multa pelo descumprimento integral do TCC, prevista no artigo 85, da Lei nº 12.529/2011, o Guia de Negociação de TCC publicado pelo CADE prevê a inclusão de cláusula penal a ser aplicada no caso da Compromissária atrasar, de forma injustificada e sem o

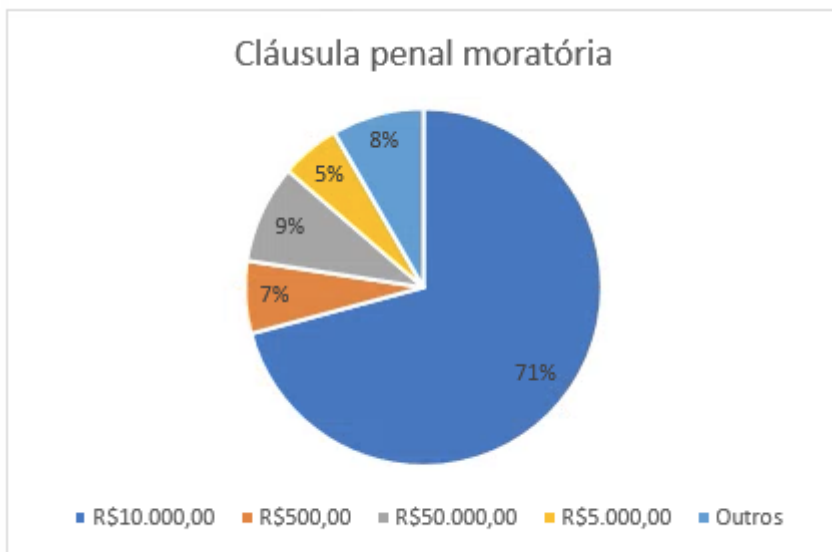
consentimento prévio da autoridade, o recolhimento da contribuição pecuniária pactuada nos termos do acordo.

Dito isso, foram analisados os valores usualmente adotados pelo CADE na determinação do valor da multa aplicada no caso de mora no pagamento da contribuição pecuniária, isto é, na hipótese da compromissária não realizar o adimplemento da obrigação na data prevista no acordo. De modo geral, pode-se notar que a cláusula penal moratória comumente adotada pelo CADE, assim como a de caráter compensatório, não apresenta parâmetros regulares e não é estabelecida segundo critérios objetivos correlacionados aos valores estipulados a título de contribuição pecuniária, por exemplo.

A partir da pesquisa, foi possível identificar que a autoridade antitruste aplica, na maioria das vezes, um valor fixo de multa por atraso no cumprimento da obrigação. Isso porque, dentre os 182 TCCs analisados<sup>17</sup>, **(i)** 119 deles preveem multa no valor de R\$ 10.000,00 por dia de atraso, o que representa aproximadamente 71% dos casos estudados. Além disso, foram observados **(ii)** 11 TCCs que preveem multa no valor de R\$ 500,00 por dia de atraso, **(iii)** 5 TCCs que preveem multa diária de R\$ 1.000,00, **(iv)** 1 TCC que prevê multa diária de 2.000,00, **(v)** 9 TCCs que estabelecem multa diária de R\$ 5.000,00, **(vi)** 1 TCC que prevê multa diária no valor de R\$ 5.000,00 acumuláveis até o limite máximo de R\$ 150.000,00, **(vii)** 1 TCC de multa no valor de R\$ 7.000,00 por dia de atraso, **(viii)** 15 TCCs que preveem multa diária de 50.000,00, **(ix)** 2 TCCs que estabelecem multa por atraso no valor fixo de R\$ 100.000,00, e **(x)** 4 TCCs que preveem multa de 10% sobre o valor da parcela vincenda.

---

<sup>17</sup> Vale notar que, dentre os 182 TCCs celebrados pelo CADE, 11 TCCs apresentam a quantia definida a título de cláusula penal moratória como de tratamento confidencial e 3 TCCs não preveem multa moratória em razão das especificidades das obrigações assumidas (Requerimento de TCC n° 08700.002715/2019-30, 08700.003136/2019-12 e 08700.003133/2019-71, celebrados pela Petróleo Brasileiro S.A., em 2019). Com isso, tais TCCs foram desconsiderados para fins de análise no que tange à cláusula penal moratória.



Fonte: Elaboração própria.

Vale destacar os 4 TCCs que estabelecem, como valor de multa por atraso injustificado no pagamento da contribuição pecuniária, a quantia correspondente a “10% sobre o valor da parcela [vincenda]”. Os referidos TCCs foram celebrados no escopo do Processo Administrativo nº 08012.003893/2009-64, que investiga alegada influência de posição uniforme no mercado de prestação de serviços anestesiológicos na Região Nordeste do Rio Grande do Sul, e foram homologados pelo Tribunal do CADE em 7.6.2017<sup>18</sup>.

Partindo para uma análise da cláusula penal moratória comumente estabelecida pelo CADE, não foi possível identificar um critério objetivo que tenha sido aplicado pela autoridade antitruste para quantificação do valor da multa por atraso injustificado no pagamento da contribuição pecuniária. Ao se comparar os valores de contribuição pecuniária, não foi possível identificar correlação entre a quantia estabelecida como contribuição pecuniária e o valor da multa por atraso no cumprimento da obrigação.

---

<sup>18</sup> Vide Requerimento nº 08700.001631/2017-17; Requerimento nº 08700.001632/2017-61; Requerimento nº 08700.001633/2017-14; e Requerimento nº 08700.001634/2017-51.



A título de exemplo, vale notar que, embora os valores previstos como contribuição pecuniária nos TCCs celebrados pela UTC fossem bastante diferentes (i.e., o Requerimento nº 08700.010978/2015-99 prevê o pagamento de R\$ 125.468.099,72 e o Requerimento nº 08700.012016/2015-74 prevê o pagamento de R\$ 9.632.640,50), o valor da multa pelo atraso injustificado e sem consentimento prévio para o seu cumprimento ensejaria o pagamento de quantia correspondente a R\$ 10.000,00, por cada dia de atraso. Em outras palavras, independente do montante da obrigação principal previsto no acordo e das eventuais particularidades de cada negociação, o valor da multa moratória estipulado em ambos os TCCs é igual.

Além disso, nota-se que os valores mais elevados de multa por descumprimento não guardam relação, por exemplo, com a existência (ou não) de outras obrigações, como a de implementação de programa de *compliance* ou a imposição de alguma medida comportamental pela autoridade. Quando analisados os 15 TCCs que estabelecem multa diária no valor de R\$ 50.000,00, percebeu-se que não há, nos acordos, qualquer outra obrigação além do pagamento da contribuição pecuniária e das obrigações que são essencialmente previstas na Lei nº 12.529/2011 e no Guia de Negociação de TCC.

Em 2 TCCs identificados na pesquisa, há previsão de multa pelo atraso no pagamento da contribuição “*no valor de, exclusivamente, R\$ 100.000,00*”. Um ponto interessante a se notar é que, em ambos os referidos TCCs, os valores da multa pelo descumprimento integral do compromisso são relativamente próximos ao valor da multa pelo atraso. No Requerimento nº 08700.005279/2018-70, celebrado pela AleSat Combustíveis S.A., o valor da contribuição pecuniária prevista no acordo é de R\$ 48.658.952,48, ao passo em que a multa pelo descumprimento integral é de R\$ 300.000,00 e a multa moratória é de R\$ 100.000,00. Já o Requerimento nº 08700.002561/2017-14, celebrado pela Rede Transações Eletrônicas Ltda., o valor da contribuição pecuniária é de R\$ 1.097.495,85, a multa pelo descumprimento integral é de R\$ 250.000,00 e a multa moratória é de R\$ 100.000,00.

Nesse sentido, assim como ressaltado em relação aos valores determinados a título de cláusula penal pelo descumprimento integral do TCC, as quantias estabelecidas como cláusula penal moratória igualmente não refletem a existência de critério objetivo e proporcional. Como se pode notar a partir do resultado da pesquisa, a autoridade antitruste usualmente adota o valor de R\$ 10.000,00 por dia de atraso no

cumprimento da obrigação (em cerca de 71% dos casos), de modo que não são levadas em consideração as especificidades do caso concreto e as particularidades de cada negociação.

## **5. Conclusão**

A cláusula penal prevista nos TCCs é de grande relevância para a compreensão de questões importantes ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, refletindo inclusive sobre as possíveis formas de se exigir o fiel cumprimento das obrigações pactuadas e sobre aspectos relacionados ao próprio *enforcement* da política de TCC. Em outras palavras, a cláusula penal é elemento importante para a proteção da Administração Pública contra eventuais prejuízos sofridos em razão do inadimplemento do acordo, além de atuar como verdadeiro incentivo para o seu fiel cumprimento.

Tendo em vista o inédito cenário de crise sanitária e econômica que as empresas enfrentam em escala global, os desdobramentos futuros da atual crise, bem como o fato de a política de TCC promovida pelo CADE ser de grande relevância na persecução de ilícitos antitruste, é importante que a autoridade esteja atenta ao negociar os valores estipulados no escopo da cláusula penal. Seja na cláusula penal por atraso no cumprimento da obrigação, seja na cláusula penal aplicada aos casos de descumprimento integral do acordo, precisa-se ter em mente que os valores negociados devem seguir critérios objetivos, razoáveis e proporcionais.

Dito isso, os esforços envidados pelo CADE durante a negociação de acordo com agentes privados devem levar em consideração as finalidades inerentes ao instituto da cláusula penal, sob pena de se manter inócua e com limitados efeitos práticos. Isso porque a fixação de valores baixos e desproporcionais de multa pelo descumprimento integral ou parcial das obrigações não previne que futuros TCCs celebrados pelo CADE sejam inadimplidos nem anteveem eventuais perdas e danos causados pelo descumprimento do compromisso, especialmente em um momento de crise tal qual o atual.

A partir da pesquisa, foi possível perceber que o CADE não adota critérios objetivos para a determinação da cláusula penal aplicada a casos de declaração de descumprimento integral ou de mora no cumprimento do TCC. De modo geral, os valores das multas previstos nos termos do acordo são bastante baixos e não refletem as especificidades do caso concreto nem as particularidades de cada processo de negociação.

Tal cenário é evidenciado pelos resultados da pesquisa realizada. Isso porque, como já destacado ao longo deste trabalho, cerca de 28% dos TCCs celebrados pelo CADE preveem multas por descumprimento integral que não chegam à quantia correspondente a 1% do valor da contribuição pecuniária e aproximadamente 71% dos casos analisados preveem cláusula penal moratória no valor de R\$ 10.000,00 por dia de atraso no cumprimento da obrigação. Além disso, foi possível observar que as multas por descumprimento estipuladas em processos administrativos que apuram condutas unilaterais costumam ser maiores que as multas por descumprimento estipuladas em investigações de cartel, o que reforça a ideia de ausência de correlação entre os valores e a gravidade da conduta, tendo em vista que cartéis são considerados como “*a mais grave lesão à concorrência*”<sup>19</sup>.

Em resumo, foi possível observar a partir da pesquisa que os valores negociados pelo CADE a título de cláusula penal por descumprimento integral do TCC são, de modo geral, bastante baixos e não refletem a função indenizatória nem coercitiva do instituto. Acredita-se ser importante que o valor da multa prevista no TCC seja significativo, haja vista que **(a)** deve ser suficiente para ressarcir eventuais danos sofridos pela Administração Pública pelos esforços, custos de pessoal e processuais e tempo despendidos durante a negociação do acordo; e **(b)** deve ser significativamente relevante, principalmente quando comparado ao valor da contribuição pecuniária, para que possa atuar como verdadeiro desincentivo ao descumprimento da obrigação e tenha o condão de penalizar a parte inadimplente.

No mesmo sentido, nota-se que a cláusula penal por atraso injustificado e sem consentimento prévio também não apresenta parâmetros regulares e critérios objetivos que possam ser correlacionados às nuances do caso concreto e da negociação do Requerimento de TCC em específico, como, por exemplo, ao valor previsto a título de contribuição pecuniária.

Dessa forma, entende-se que o CADE deve se atentar aos parâmetros adotados durante a fase de negociação dos termos do TCC, de modo que seja devidamente resguardado valor que faça jus a eventual prejuízo sofrido pela Administração Pública em caso de descumprimento,

---

<sup>19</sup> CADE. Combate a Cartéis e Programa de Leniência, 2009, 3ª ed. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha\\_leniencia.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf)>

além de atuar no sentido de proteger o *enforcement* da política de TCC e incentivar o fiel cumprimento das obrigações previstas em acordo.

## 6. Referências

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/l12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/l12529.htm)>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

CADE. Guia Termo de Compromisso de Cessação para os casos de cartel. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17)>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

CADE. Combate a Cartéis e Programa de Leniência, 2009, 3ª ed. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha\\_leniencia.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf)>. Acesso em: 8 de agosto de 2019.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64, Conselheiro Relator João Paulo Resende, julgado em 10 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22, Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira, julgado em 16 de agosto de 2017.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo nº 08012.001183/2009-08, Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, pendente de julgamento.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16, Conselheira Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova, julgado em 8 de agosto de 2018.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56, Superintendência Geral do CADE.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo nº 08012.003893/2009-64, Superintendência Geral do CADE.

\_\_\_\_\_. Requerimento de TCC nº 08700.010978/2015-99, homologado pelo Tribunal do CADE em 18.1.2017.

\_\_\_\_\_. Requerimento de TCC nº 08700.012016/2015-74, homologado pelo Tribunal do CADE em 18.1.2017.

\_\_\_\_\_. Requerimento de TCC nº 08700.010978/2015-99, homologado pelo Tribunal do CADE em 18.1.2017.

\_\_\_\_\_. Requerimento de TCC nº 08700.002026/2016-82, homologado pelo Tribunal do CADE em 8.6.2016.

\_\_\_\_\_. Requerimento de TCC 08700.006546/2016-64, homologado pelo Tribunal do CADE em 1.2.2017.

\_\_\_\_\_. Requerimento de TCC nº 08700.003679/2016-89, homologado pelo Tribunal do CADE em 21.11.2018.

\_\_\_\_\_. Requerimento de TCC nº 08700.008245/2016-75, homologado pelo Tribunal do CADE em 21.11.2018.

\_\_\_\_\_. Requerimento de TCC nº 08700.000502/2017-10, homologado pelo Tribunal do CADE em 15.8.2017.

\_\_\_\_\_. Requerimento de TCC nº 08700.001449/2015-02, homologado pelo Tribunal do CADE em 27.7.2016.

\_\_\_\_\_. Requerimento de TCC nº 08700.010978/2015-99, homologado pelo Tribunal do CADE em 18.1.2017.

\_\_\_\_\_. Requerimento de TCC nº 08700.012016/2015-74, homologado pelo Tribunal do CADE em 18.1.2017.

\_\_\_\_\_. Requerimento de TCC nº 08700.005279/2018-70, homologado pelo Tribunal do CADE em 7.11.2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, Coleção direito civil, vol. 2, São Paulo, Editora Altas, 7ª ed., 2007.

## **8. UM “NOVO” OLHAR SOBRE UM VELHO TEMA, A COBRANÇA DA THC2: CONVERGÊNCIA NECESSÁRIA COM A REGULAÇÃO SETORIAL OU DESVIRTUAMENTO DO ENFORCEMENT ANTITRUSTE NO MERCADO DE ARMAZENAGEM ALFANDEGADA PORTUÁRIA?**

*8. A ‘NEW’ PERSPECTIVE ABOUT AN OLD THEME, THE CHARGE OF THE THC2: NECESSARY CONVERGENCE WITH THE SECTORIAL REGULATION OR A DISTORTION OF ANTITRUST ENFORCEMENT AT THE CUSTOMS ENCLOSURE MARKET?*

*Polyanna Vilanova e Julia Werberich*

**Resumo:** A THC2 é uma taxa cobrada por Operadores Portuários (OPs) em desfavor de Terminais Retroalfandegados (TRAs) nas zonas portuárias do País, referente a uma suposta prestação de serviço de segregação e entrega de contêineres aos TRAs. Desde o ano de 2005, o entendimento consolidado do CADE é pela ilegalidade da cobrança da THC2, visto que prejudicial à concorrência no mercado de armazenagem alfandegada de contêineres. Com a superveniência da Resolução nº 34/2019 da ANTAQ, a Superintendência-Geral do CADE proferiu Nota Técnica em sentido diverso do entendimento consolidado, reconhecendo como legal a cobrança da THC2. O que se pretende demonstrar no presente artigo é que a alteração da norma regulatória não possui o condão de alterar a jurisprudência do CADE, visto que a ilegalidade se mantém ante a persistência de problemas concorrenciais, somado, ainda, à ausência de imunidade antitruste em relação à regulação.

**Palavras-chave:** THC2. Ilegalidade. Abusividade. Operadores Portuários. Terminais Retroalfandegados.

**Abstract:** The THC2 is a tax charged by Port Operators (OPs) against Bonded retro terminals (TRAs) at the portuary zones of the country, referring to an alleged provision of segregation and delivery service of containers to the TRAs. Since 2005, the consolidated understanding of CADE is to the illegal charging of the THC2, since it is harmful to competition at the container bonded warehousing Market. With the supervenience of ANTAQ Resolution No. 34/2019, Cade’s General Superintendence issued a Technical Note in a different sense from the

consolidated understanding, recognizing as legal the charging of THC2. What it is intended to demonstrate in this article is that the alteration of the regulatory norm does not have the ability to modify CADE's jurisprudence, since the illegality remains because of the persistence of competitive issues, added, also, to the absence of antitrust immunity in relation to the regulation.

**Keywords:** THC2. Illegality. Abusiveness. Port Operators. Bonded retro terminals.

## 1. Introdução

No mercado de armazenagem alfandegada de contêineres dos Portos no Brasil, o agente econômico denominado Operador Portuário (OP) cobra do armador<sup>1</sup> uma tarifa de logística básica, denominada THC – *Terminal Handling Charge* –, pelo serviço de movimentação das cargas entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário – no caso de importações – ou do portão do terminal portuário e o costado da embarcação – no caso de exportações.

Apesar de a THC já abranger a devida colocação dos contêineres na pilha dos Terminais Retroalfandegados (TRAs) – destinatários mediatos das cargas –, há décadas que os OPs cobram destes TRAs uma taxa adicional, denominada THC2, pelo suposto serviço de segregação/liberação e entrega de contêineres.

Pelas condições de operabilidade portuária e a posição dominante detida pelos OPs – cuja dinâmica e especificidades serão detalhadas na seção seguinte –, a cobrança da THC2 diminui o potencial competitivo dos TRAs e prejudica seu desenvolvimento econômico. É por esse motivo que, desde o ano de 2005, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) entende pela ilegalidade de sua cobrança.

---

<sup>1</sup> O armador é a pessoa jurídica (ou física), estabelecida e registrada, com a finalidade de realizar transporte marítimo, local ou internacional, por meio da operação de navios (próprios ou de terceiros), explorando determinadas rotas, e que se oferece para transportar cargas de todos os tipos de um porto a outro. O armador é o responsável jurídico pela carga que está transportando a partir do momento em que emite o BL. Ele pode ter sua sede no país, ou não, mas deve declarar sua nacionalidade e portar a bandeira do país em que está sediado. (ROJAS, 2014. p. 121).

Se, por um lado, a THC é uma taxa expressamente prevista nas normas regulatórias desde a Resolução nº 2.389/2012 editada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), por outro lado, a THC2 só foi delimitada normativamente a partir da edição a Resolução nº 34/2019.

Esta alteração da norma regulatória provocou, em 2020, a adoção pela Superintendência-Geral do CADE (SG) de racional diverso daquele já consolidado pelo Tribunal do CADE. De acordo com a Nota Técnica nº 07/2020 proferida pela SG<sup>2</sup>, a mera previsibilidade de cobrança da THC2 pela norma regulatória tornaria essa conduta lícita, de forma que as preocupações concorrenciais passariam da ótica anterior da ilegalidade para a da constatação de abusividade em sua cobrança.

Este novo racional adotado pela SG vem gerando discussões acerca do *enforcement* antitruste nas zonas portuárias do País, de um lado sob o aspecto da manutenção do entendimento pela ilegalidade da cobrança da THC2 – visto que persistem os problemas concorrenciais –, e, de outro, sob o aspecto da (in)aplicabilidade da imunidade antitruste e sua compatibilização com a regulação setorial.

Nesse contexto, o presente artigo analisará a natureza da THC2 ante a dinâmica de operabilidade de serviços nos portos, a prejudicialidade de sua cobrança ao ambiente concorrencial e as razões pelas quais o CADE adota o posicionamento por sua ilegalidade. Ainda, serão demonstrados os motivos que – ante a superveniência da Resolução nº 34/2019 da ANTAQ – levaram a SG a concluir pela legalidade da cobrança da THC2, atribuindo à autoridade antitruste apenas a análise da abusividade da THC2 nos casos concretos.

O objetivo é demonstrar que a alteração da norma regulatória para prever expressamente a possibilidade de cobrança da THC2 não exclui, nos casos concretos, a prejudicialidade à competitividade nos mercados de armazenagem alfandegada, notadamente, os armazéns independentes. Assim, considerando a independência entre as esferas concorrencial (CADE) e setorial (ANTAQ), imperiosa a manutenção do *enforcement* antitruste no mercado de armazenagem alfandegada nos portos, sob pena de se permitir a perpetração de ilícitos concorrenciais e os consequentes prejuízos à ordem econômica.

---

<sup>2</sup> Nota proferida no âmbito do PA nº 08700.005499/2015-51, em trâmite perante o CADE.



## 2. Panorama geral da THC2.

### 2.1 Dinâmica portuária e o entendimento firmado pelo leading case do CADE.

O modelo de gestão portuária vigente no Brasil atualmente é o denominado *Landlord* (Porto Proprietário). Por meio deste, o poder público é responsável pela infraestrutura de acesso terrestre e marítimo dos portos, cabendo à iniciativa privada nos portos concedidos e terminais arrendados os investimentos em infraestrutura portuária, superestrutura e equipamentos portuários (CUTRIM, BOTTER e ROBLES, 2018. p.217).

Os agentes do setor portuário no modelo *Landlord* são divididos, portanto, entre públicos e privados, sendo os agentes públicos as companhias de docas (administração ou autoridade portuária), os conselhos de autoridade portuária e a ANTAQ<sup>3</sup>; e os agentes privados os importadores e exportadores, os armadores, OPs e TRAs.

O sucesso desse modelo *Landlord* deriva da competição intraportos, isto é, entre terminais arrendados e empresas privadas no mesmo Porto, cuja regulação com base em contratos de concessão ou arrendamento tende a reduzir preços, desempenho e qualidade de serviços aos usuários.

Ocorre que, pelo fato de o concessionário comprar o direito de explorar comercialmente o local, a relação de dependência entre os arrendatários e o Agente Portuário (AP) torna difícil o surgimento de um arrendatário para competir com os interesses do concessionário, motivo pelo qual o AP teria meios para prejudica-lo em favor de seus interesses. (GOLDBERG, 2009. p. 121).

Dessa forma, importa atentar-se para o fato de que, para determinados tipos de cargas, o concessionário será o único explorador, situação que “*reforça a necessidade de regulação com controle contratual*

---

<sup>3</sup> A Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ – foi criada no ano de 2001 com a promulgação da Lei nº 10.233, como consolidação da reforma portuária no Brasil em conjunto com a Lei nº 8.630/2993. Dentre as condições de estruturação dos recintos portuários, foi delegado ao setor público a competência de autoridade portuária e, à iniciativa privada, as atividades de operação dos portos. Em razão da fixação de um modelo público/privado, a dinâmica empresarial privada de operação fica a cargo da administração pública do porto.

*e fiscalização mais rígidos*”, além de exigir maior atenção do ponto de vista da defesa econômica (GOLDBERG, 2009. p. 121).

Os serviços de operação portuária – realizados, portanto, pela iniciativa privada – são divididos em serviços prestados ao navio e os serviços de carga, que compreendem as atividades de transferência da carga (i) entre o navio e a área de armazenagem; (ii) entre a área de armazenagem e o portão, e; (iii) de armazenagem intermediária da carga no pátio, no caso de contêineres, para posterior transferência para ao o navio ou portão (importação ou exportação). (CASTRO, 2015. p. 26).

Nas importações por transporte marítimo, as relações contratuais e o fluxo de carga são exercidos da seguinte forma (SG CADE, 2018):

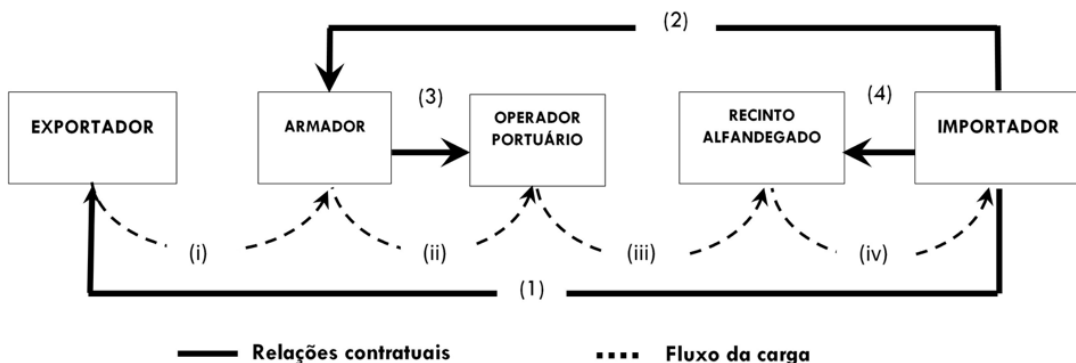
a. Cadeia Contratual:

1. Importador celebra contrato de compra e venda com o Exportador.
2. Importador contrata com o Armador o transporte da carga para entrega no porto de destino.
3. Armador formaliza contrato com o OP para descarga e movimentação de contêiner entre o navio e portão do terminal.
4. Importador formaliza contrato com o TRA para armazenagem da carga antes de sua nacionalização.

b. Fluxo da carga:

- i. Exportador entrega a carga aos cuidados do Armador.
- ii. Armador disponibiliza a carga ao OP para retirada/descarga do navio.
- iii. OP movimenta a carga no terminal portuário e disponibiliza ao TRA.
- iv. TRA recebe e armazena a carga e a disponibiliza ao Importador.

Essas relações obrigacionais e fluxo de carga podem ser representados pelo seguinte fluxograma:



Fonte: SG CADE, 2018.

Nesse contexto, observa-se a existência das seguintes relações contratuais:

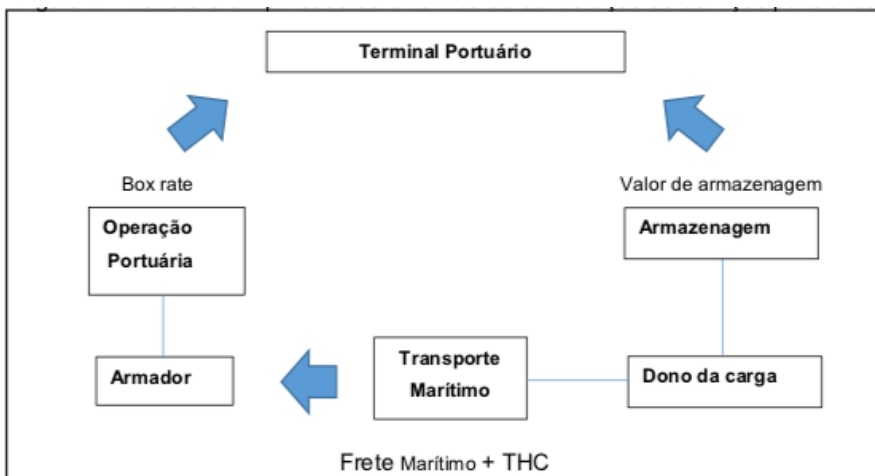
- a) o contrato de compra e venda de mercadorias que é estabelecido entre o importador e exportador;
- b) o contrato de transporte marítimo dessa mercadoria que é estabelecido entre o armador (transportador) e o consignatário dos bens;
- c) o contrato de descarga e movimentação de contêiner (denominado *box rate*), que é estabelecido entre o armador e o OP especificamente para as atividades de movimentação horizontal das cargas, visto que não incluídas no contrato de transporte marítimo firmado entre o armador e o consignatário;
- d) o contrato de armazenagem de mercadoria para nacionalização, que é estabelecido entre os importadores (consignatários das cargas) e os próprios OPs, que exercem essa atividade de armazenagem, ou com os TRAs.

Feitas essas considerações, é preciso aprofundar no conceito de *box rate* e THC.

Como supracitado, a *box rate* compreende o contrato de descarga e movimentação horizontal de contêineres, não inclusa nos custos cobertos pelo contrato de transporte marítimo.

Ainda assim, quem deve arcar com esse custo é o importador – não obstante se trate de um contrato firmado entre o armador e o OP –, de forma que os importadores costumam antecipar o pagamento dos serviços relativos à *box rate* aos armadores por meio da taxa conhecida como THC – *Terminal Handling Charge*. (CASTRO, 2015).

Para exemplificação da questão, confira a seguinte estrutura da dinâmica de contratação de serviços portuários:



Fonte: CASTRO, 2015.

Com efeito, a THC abrange todo o conjunto de operações necessárias para a movimentação horizontal das cargas, desde o costado do navio até a saída do terminal do OP, com a efetiva entrega ao destinatário dessas cargas – seja o destinatário imediato (o próprio importador), seja o mediato (o próprio recinto de armazenagem do OP) ou os TRAs.

Ressalte-se, ainda, que esse conjunto de operações para a movimentação horizontal comporta os serviços de recebimento, transporte interno, abertura de volumes para conferência aduaneira, manipulação, entrega, incluindo carregamento e descargas de embarcações (GONÇALVES, 2009) e, por fim, sua liberação e efetiva segregação das atividades de manuseio pelos OPs, com a posterior colocação na pilha do terminal.

Estabelecido o panorama geral de operabilidade nos portos, passa-se à análise do *leading case* da cobrança da THC2, instaurado perante o CADE em 1999<sup>4</sup>.

Neste processo administrativo, a Representada foi condenada pela cobrança ilegal da THC2 em desfavor dos TRAs no Porto de Santos.

Na dimensão produto da atividade portuária, o Relator identificou a existência de dois mercados distintos, o de movimentação de contêineres

---

<sup>4</sup> Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17. Representante: CADE ex officio. Representada: TECONDI Santos Brasil S.A.; TECON Santos Libra Terminais S.A T-37 e Usiminas. Condenação das representadas em 27.04.2005.

e o de armazenagem alfandegada de mercadorias transportadas em contêineres:

*Há razoável consenso nos pareceres econômicos de que pode-se encontrar dois mercados relevantes: um mercado de movimentação de contêineres e um mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias transportadas em contêineres.*

(...)

#### *Mercado de Movimentação de Contêineres*

*“serviços portuários à carga, isto é, (a) transferência da carga entre o navio e as docas ou a área de armazenagem; (b) transferência da carga entre as docas ou a área de armazenagem e o portão; (c) armazenagem intermediária no pátio (no caso de contêiner) no tempo necessário para a transferência para o navio ou o portão, isto é, o tempo livre para manuseio da carga. Esses serviços são oferecidos exclusivamente pelo operador portuário e requer o acesso a um berço no cais do porto”.*

#### *Mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias transportadas em contêineres*

*“inclui todas as atividades relacionadas ao armazenamento alfandegado, inclusive serviços adicionais como desova e/ou carregamento de Contêineres, Refrigeração, distribuição de carga etc. Participam deste mercado os próprios operadores portuários e, ainda, os terminais alfandegados de uso público, previstos no artigo 1º do decreto 1910/96, ou seja, as Estações Aduaneiras do Interior (EADIs) e os Terminais Retroportuários Alfandegados (TRA). (CADE, 1999).*

No mercado de movimentação de contêineres, apenas os OPs competem entre si para garantir o melhor serviço e preços às companhias de navegação. No entanto, no mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias transportadas por contêineres, os OPs competem diretamente com os TRAs, sendo que a conexão entre esses dois mercados – de recebimento dos contêineres para armazenagem – caracteriza uma relação econômica vertical entre os OPs e os TRAs.

Não há, portanto, um mercado de liberação de contêineres, senão vejamos:

*A relação estabelecida entre os atores que operam no mercado de movimentação de contêineres e no mercado de armazenagem alfandegada no Porto de Santos caracteriza-se como uma relação econômica vertical, sendo que naquele mercado atuam exclusivamente os OPs e, neste, além dos OPs, atuam os TRAs. Esta é uma relação peculiar, uma vez que não há um mercado de liberação de contêineres.*

Dessa forma, o serviço prestado pela simples liberação ou segregação dessas cargas destinadas aos TRAs está abrangido por aqueles já remunerados no contexto da *box rate* pela THC. Na prática, portanto, não se pode falar que a THC2 englobaria outros serviços não contemplados pela *box rate*, visto que tratam das mesmas atividades inerentes à movimentação horizontal de contêineres.

A partir dessa relação vertical, os OPs detêm a posse de um insumo essencial à atividade econômica de armazenagem dos TRAs, e, justamente por ocuparem essa posição de dominância, cobram a THC2 para a liberação das mercadorias como contrapartida a esse – suposto – serviço adicional de segregação de contêineres.

Esse estabelecimento de taxa adicional não relacionada com os custos para a entrega dos contêineres – insumo essencial – aos TRAs facilita a prática do que se denomina como “*price-squeeze*”, como salientado no voto condutor do *leading case*:

*No mercado de armazenagem alfandegada de contêineres os OP's comportam-se como monopolistas de fato e, não, de direito - já que não possuem direito de propriedade sobre os contêineres, detentores de um "insumo essencial" à atividade de armazenagem alfandegada; os TRA's não podem escolher em qual OP retirar a carga Daí resulta um poder de mercado que é exercido pelos OP's, pois têm condições de estabelecer preços que não estão necessariamente relacionados com os custos para a entrega dos contêineres aos TRA's. Abre-se, inclusive, espaço para a prática chamada "price-squeeze".*

*O price-squeeze caracteriza-se como uma estratégia anti-competitiva, adotada por uma firma integrada, que toma-se factível quando há qualquer divergência entre preços e custos de acesso. A possibilidade para o price-squeeze surge quando (i)*

*uma firma integrada fornece um "insumo essencial" para seus competidores não-integrados e quando (ii) o preço marginal de acesso a esse recurso, cobrado pela firma integrada, é estabelecido num nível acima do custo marginal verdadeiro.*

*Estas condições serão fácil e simultaneamente encontradas sempre que uma firma com poder de monopólio no mercado de origem ache lucrativo estabelecer preços de acesso ao insumo essencial em um nível de preços acima do verdadeiro custo de fornecê-lo. Para além de tal peculiaridade, a carga, não obstante o fato de ser um insumo essencial, toma-se um bem injungível: apenas a carga contratada pode e deve ser retirada do operador portuário, não podendo ser substituída por nenhuma outra.*

*A situação em tela concede aos operadores portuários um poder que, na literatura antitruste, é chamado de "exclusionary market power" onde é possível a um agente elevar seus preços acima do nível competitivo ou mantê-los em nível competitivo através da elevação artificial dos custos dos rivais, forçando-os a reduzirem o nível de produção. (CADE, 2005).*

Como pontuado pelo Conselheiro Relator, o *price squeeze*, ou *margin squeeze*, é uma conduta abusiva e excludente de rivais, que surge quando um monopolista verticalmente integrado vende um insumo à montante para empresas rivais que também competem no mercado à jusante. Ocorre o *margin squeeze* quando a margem entre o preço que o monopolista vende no mercado *upstream* e o preço que ele vende no mercado *downstream* aos seus rivais é muito baixo para permitir que estes rivais no mercado *downstream* compita efetivamente ou sobreviva naquele mercado (OECD, 1993).

Por meio dessa prática, é possível aos OPs exercerem a prática anticompetitiva conhecida pela doutrina como "*exclusionary market power*", situação em que uma empresa ou grupo de empresas prejudicam a concorrência por excluir seus concorrentes de determinado mercado. (KRATTENMAKER; LANDE E SALOP).

Pela própria natureza de verticalização econômica existente entre os OPs e os TRAs na organização portuária, identifica-se que os OPs exercem um monopólio de fato. Partindo dessa condição, os OPs possuem a capacidade de interferir artificialmente no mercado *downstream*, elevando arbitrariamente os custos de armazenagem realizada pelos TRAs, notadamente se considerar que:

*(i) é possível aos operadores portuários elevarem os custos da armazenagem alfandegada realizada pelos terminais recintos alfandegados e, (ii) que o incentivo para o exercício de tal manobra reside no fato de que seu custo é praticamente nulo e o retorno esperado é significativo, podendo resultar no aumento do market-share e dos lucros dos operadores portuários no mercado de armazenagem alfandegada. Outro fator que encoraja tal estratégia é que os operadores portuários têm como clientes as empresas de navegação que têm um grande poder de mercado, portanto, as margens na atividade de movimentação de contêineres são baixas. Comparativamente, o mercado de armazenagem é mais lucrativo, já que não tem clientes com o mesmo poder de mercado dos armadores. Isto posto, seria economicamente irracional para uma empresa que disponha dessa capacidade e desses incentivos preferir uma estratégia que lhe é claramente favorável e que aumenta seus lucros de forma sustentável a longo prazo. (CADE, 2005).*

Em síntese, portanto, o entendimento do Conselheiro Relator foi de que não existe um mercado de liberação de contêineres para abarcar a necessidade de cobrança da THC2 que, ante as condições de verticalização das relações entre os OPs e os TRAs nas atividades portuárias, “há incentivos para a prática de restrições verticais pelos operadores portuários, e, ainda, não há mecanismos que permitam a formação de preços na cobrança de serviços de liberação de contêineres”, concluindo que a única saída para a superação dessa questão seria a proibição da cobrança desses serviços.

## 2.2 Regulação setorial pela ANTAQ.

Em 2012, a ANTAQ editou a Resolução nº 2.389 estabelecendo parâmetros regulatórios para prestação de serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações nos portos do País. Em seu art. 2º, incisos VI e VII, a Resolução previu especificamente no que consiste a THC e a *box rate* sem, contudo, fazer nenhuma previsão expressa acerca da possibilidade de se cobrar uma taxa pelos serviços de segregação e entrega de contêineres – a THC2.



No entanto, constava do art. 5º da resolução de 2012 a previsão de que as movimentações que ocorressem entre a colocação do contêiner na pilha intermediária e a entrega ao dono da carga, bem como os demais serviços não contemplados pela nova extensão da *Box Rate*:

*“quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão às condições de prestação e remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observadas as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento”.* (ANTAQ, 2012)

Isso significava dizer que, a depender do conteúdo do contrato de arrendamento ou de contratos estipulados entre particulares, seria cabível a cobrança dos “serviços de segregação de entrega”, conhecida como THC2. Não obstante não se ter estabelecido qualquer parâmetro para a precificação da taxa, ela estaria adstrita apenas às condições comerciais estipuladas no contrato.

Apesar de a Resolução de 2012 não autorizar expressamente a cobrança da THC2 pelos OPs em relação aos TRAs, essa cobrança – frisa-se – já era prevista pela análise dos artigos 5º e 9º e, ainda assim, não obstava os prejuízos concorrenciais. Isso porque, consoante exposto no tópico anterior, o CADE possui desde 2005 entendimento consolidado quanto à ilegalidade da cobrança da THC2.

Esse fato demonstra que a ilicitude da taxa não possui correlação com a existência ou não de normas regulatórias no setor, mas, sim, com a própria dinâmica dos portos, que propicia o aumento arbitrário dos custos de rivais no mercado de armazenagem alfandegária, possibilitada pela discriminação de cobrança da THC2 pelos OPs aos TRAs.

Nos anos seguintes ao julgamento do *leading case*, foram instaurados perante o CADE quatro processos administrativos que questionavam a legalidade da cobrança da taxa THC2<sup>5</sup>. Não obstante só

---

<sup>5</sup> Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84. Representante: Ministério Público Federal – Procuradoria da República na Bahia. Representadas: Tecon Salvador S/A e Intermarítima Terminais Ltda. Condenação das representadas em 22.03.2016.

Processo Administrativo nº 08012.005422/2003-03. Representantes: Multi Armazém

terem sido levados a julgamento após a edição a Resolução nº 2.389/2012 pela ANTAQ, o Tribunal manteve o entendimento, considerando principalmente que:

*a existência ou não de regulação setorial nunca foi motivação exclusiva de atuação do CADE nos casos em que restou demonstrada a verossimilhança de que existia abuso ilegal na cobrança da THC2/SSE. Em todos os precedentes verificou-se a existência de conduta ilícita, diante do aumento injustificado de custos de rivais no mercado de armazenagem de contêineres”. (PROCADE, 2020).*

Já no ano de 2019, a ANTAQ editou a Resolução nº 34/2019 para (i) inserir expressamente o inciso IX no art. 2º, em que definiu a possibilidade de cobrança da THC2; (ii) seu não pertencimento aos serviços já remunerados pela *box rate* – artigos 5º e 9º; bem como (iii) modificou a redação dos artigos 4º e 5º para inserir trecho estipulando a necessidade de prévia divulgação dos valores máximos a título da THC2 em tabelas de preços, e (iv) definiu a vedação de práticas de preços abusivos ou lesivos à concorrência.

A edição dessa nova Resolução, contudo, não se deu de ofício pela agência reguladora, mas sim sob provocação do Tribunal de Contas da União (TCU). Por meio do acórdão nº 1704/2018, o TCU determinou à ANTAQ a revisão da Resolução nº 2389/2012, ao constatar (i) constatar a ilegalidade da cobrança da THC2 – conforme determinado no âmbito do *leading case* julgado pelo CADE; e (ii) por entender que a cobrança gera enorme descompasso entre grupos empresariais que possuem terminais molhados e os demais, pois aumentam o custo de nacionalização da carga desses últimos.

---

Ltda e Transportadora Simas Ltda. Representada: Tecon Rio Grande S/A. Condenação das representadas em 04.02.2016.

Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37. Rodrimar S.A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais. Condenação em 08/08/2018.

Processo Administrativo nº 08700.008464/2014-92. Representante: Multi Armazéns Ltda e Transportadora Simas Ltda. Representada: Tecon Rio Grande S.A. Condenação das representadas em 08.08.2018.

Confira-se o seguinte trecho do Relatório de Auditoria Operacional no âmbito do Processo de Tomada de Contas nº 014.624/2014:

*“(...) considerando que a norma da Antaq que autorizou a cobrança do THC2 vai de encontro à decisão do Cade, e que essa norma não se enquadra nos casos de imunidade à aplicação do direito antitruste explicados pelas Teorias da Ação Política e do Poder Amplo, e considerando também o disposto nos arts. 12, 20 e 31 da Lei 10.233/2001, conclui-se que a Resolução 2.389/2012 é ilegal, por afrontar diretamente o art. 36 da Lei 12.529/2011 no momento em que disciplinou a cobrança do THC2 de forma contrária à decisão do Cade sobre o tema, emitida no âmbito do processo nº 0812.007443/1999-47”.*

*“4. Determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), com fulcro no inciso II, art. 205 do Regimento Interno do TCU c/c o entendimento esposado nos Acórdãos 0210-05/13-P, AC 2302-34/12-P, AC-0602-11/08-P, AC 1369-32/06-P, AC 1756-43/04-P e 2.023/2004-P, que:*

*4.1. REVISE A RESOLUÇÃO 2.389/2012, COM O OBJETIVO DE ADEQUÁ-LA AOS PRECEITOS da Lei 12.815/2013 (Lei dos Portos), da Lei 12.529/2011 (Lei da Concorrência ou Lei Antitruste), aos Pareceres da área Técnica da Antaq e À DECISÃO DO CADE SOBRE A QUESTÃO DO THC 2; (...)”*

A partir dessa provocação feita pelo TCU, era de se esperar que a nova Resolução considerasse e implementasse os parâmetros estabelecidos pelo referido Tribunal, notadamente quanto à identificação da ilegalidade da cobrança da THC2 em razão do prévio entendimento do CADE no âmbito do *leading case*.

O que se verificou na prática, contudo, foi justamente o contrário.

Para fins elucidativos, confira-se a tabela comparativa abaixo<sup>6</sup> –, em que estão sublinhadas as alterações trazidas pela nova resolução:

---

<sup>6</sup> Parecer proferido no âmbito do PA nº 08700.005499/2015-51, em trâmite perante o CADE.

Resolução nº 2389/2012 – ANTAQ	Resolução nº 34/2019 – ANTAQ
<p>Art. 2o – Para os efeitos desta Norma, considera-se: [...] VI - Cesta de Serviços (Box Rate): preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal;</p>	<p>Art. 2o – Para os efeitos desta Norma, considera-se: [...] III - Cesta de Serviços (Box Rate): preço cobrado pelo <u>serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, pelo prazo contratado entre o operador portuário ou seu representante, no caso da importação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação.</u></p>
<p>Art. 2o – Para os efeitos desta Norma, considera-se: [...] VII - Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC): preço cobrado pelo serviço de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal;</p>	<p>Art. 2o – Para os efeitos desta Norma, considera-se: [...] X - Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC): preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, <u>pelo prazo contratado entre o operador portuário ou seu representante, no caso da importação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação;</u> e</p>
<p>Não há correspondência</p>	<p>Art. 2o – Para os efeitos desta Norma, considera-se: [...] IX - <u>Serviço de Segregação e Entrega de Cargas Perigosas (SSE): preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, pelo prazo contratado entre o operador portuário ou seu representante, no caso da importação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação;</u> e</p>

<p>Art. 4º Os serviços contemplados na Cesta de Serviços (Box Rate) são realizados pelo operador portuário, na condição de contratado da empresa de navegação, do exportador, do importador ou do consignatário, mediante remuneração livremente negociada e estabelecida em contrato de prestação de serviços.</p>	<p>Art. 4º Os serviços contemplados em Serviços (Box Rate) são realizados pelo <u>operador portuário</u> ou pelo operador portuário <u>contratado do transportador marítimo</u>, mediante remuneração livremente negociada, em contrato de prestação de serviço <u>ou tabela de preços</u>.</p>
<p>Art. 5º Os serviços não contemplados no Box Rate, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão condições de prestação e de remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observados os tetos de preços fixados pela Autoridade Portuária e as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento.</p>	<p>Art. 5º Os serviços não contemplados em <u>os serviços de armazenagem</u>, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de <u>operadores portuários</u> ou dos operadores portuários, obedecerão às condições de prestação e remuneração livremente negociadas, <u>devendo os valores serem previamente divulgados em tabelas de preços</u>, observadas as condições comerciais estabelecidas no contrato de arrendamento e nas normas <u>vedadas as práticas de preços abusivos e concorrência</u>.</p>

<p>Art. 6o – O operador portuário, na qualidade de explorador de recinto alfandegado, bem como o explorador de recinto alfandegado que não atua na operação portuária, poderá prestar serviços de armazenagem, guarda, pesagem, transporte interno e manuseio para realização de vistoria, consolidação e desconsolidação de contêineres e outros serviços vinculados ou decorrentes da permanência das cargas em suas instalações, mediante condições e remuneração livremente negociadas com seus clientes ou usuários.</p>	<p>Art. 6º A instalação portuária e o operador portuário, na qualidade de titulares do recinto alfandegado em zona prioritária, poderão prestar serviços de armazenagem, guarda, pesagem, transporte interno e manuseio para realização de vistoria, consolidação e desconsolidação de contêineres e outros serviços vinculados ou decorrentes da permanência das cargas em suas instalações, <u>mediante condições e remuneração livremente negociadas com seus clientes ou divulgadas em tabelas de preços.</u></p> <p>§ 1º Na entrega de cargas em pátio de trânsito aduaneiro, na importação, o desembarque de cargas não é permitida a cobrança do Serviço de Entrega de contêineres - SSE, perante o operador ou seu representante, pela colocação em pátio segregado, pelo gerenciamento de cargas perigosas, pelo cadastramento de pessoas, pela permanência de pessoas retiradas, pela liberação de documentos de prepostos, pela remoção da carga em ordem ou na disposição em que se encontra o posicionamento da carga no veículo ou do seu representante.</p>
<p>Art. 9o – Os serviços de recebimento ou de entrega de cargas para qualquer outro modal de transporte, tanto dentro quanto fora dos limites do terminal portuário, não fazem parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.</p>	<p>Art. 9º O SSE na importação não é remunerado pelos serviços remunerados pela Box Rate, cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.</p> <p><u>Parágrafo único. No caso em que restar a verossimilhança de que exista cobrança do SSE, a ANTAQ poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse serviço, após prévio estabelecimento e publicidade, os quais serão utilizados para sua definição.</u></p>

Como se vê, não obstante as diretrizes estabelecidas pelo TCU, a Resolução nº 34/2019 foi editada em dissonância com o propósito inicial de revisão anterior – que era justamente o de sintonizar o entendimento regulatório com o entendimento do CADE.

Isso porque, a ANTAQ desconsiderou as condições inerentes à operabilidade dos portos e a posição de dominância naturalmente detida pelos OPs em detrimento dos TRAs. Assim, ao encampar expressamente a possibilidade de cobrança da THC2, acabou por permitir aos OPs exercerem essa posição de dominância com abusividade, em prejuízo à atividade econômica de armazenagem independente pelos TRAs.

Na realidade, constata-se que a norma regulatória apenas manteve a possibilidade de cobrança da THC2 pelos OPs – que já existia antes na Resolução de 2012 – fato este que demonstra a exigência de cautela na análise da nova norma regulatória à luz da temática concorrencial.

### **3. Entendimento jurisprudencial do CADE quanto à cobrança da THC2.**

#### *3.1 O racional adotado pelo CADE até a edição da Resolução nº 34/2019 da ANTAQ.*

Desde o julgamento do *leading case* até a edição da Resolução nº 34/2019 da ANTAQ, o CADE analisou outros 4 (quatro) processos administrativos referentes à presente temática, condenando as Representadas em todos eles.

À exceção do próprio julgado paradigma, esses quatro PAs foram apreciados pelo CADE após a edição pela ANTAQ da Resolução nº 2.389/2012, de forma que a norma regulatória já incidia sob os casos concretos – pelo menos sob as cobranças de THC2 feitas pelos OPs a partir de 2012.

Ainda que a referida norma regulatória não possuísse dispositivo expreso quanto à THC2, seu artigo 5º já fazia referência à essa cobrança como serviço adicional de segregação de contêineres não contemplados pela *box rate* – isto é, a regulação setorial já autorizava a cobrança da THC2 desde 2012.

Ocorre que, como demonstrado alhures, a condição de ilegalidade de cobrança da THC2 deriva da própria dinâmica inerente às atividades portuárias e a posição dominante originalmente ocupada pelos OPs em relação aos TRAs.

Por conseguinte, ao julgar os demais casos, o CADE manteve o racional adotado pelo *leading case*. Considerando que os prejuízos

concorrenciais se mantem independentemente da liberação da cobrança da THC2 pela ANTAQ, a Resolução n  2.389/2012 não teria o condão de afastar as conclusões da autarquia sobre a questão, nem mesmo conceder isenção   aplicação da lei antitruste no caso concreto.

Não obstante existam peculiaridades atinentes a cada um dos casos concretos, o CADE entendeu persistirem, em síntese, três principais problemas concorrenciais na cobrança do THC2, mesmo após a edição da Resolução n  2.389/2012<sup>7</sup>:

- i) Diferença entre os serviços cobertos pela THC quando da exportação e importação, de forma que o fato de não haver uma simetria conceitual entre esses dois serviços poderia gerar impactos significativos na operação do porto e na concorrência com outras unidades portuárias, principalmente pelo fato de que a THC na importação não cobre a entrega do *container* ao dono da carga ou consignatário;
- ii) Não haver óbice a que o OP se remunere tão somente por meio da THC do armador, visto que a THC2 cobrada ao dono da carga ou seu consignatário seria um valor exigido apenas em razão da liberação da mercadoria, não representando contrapartida da movimentac o ou do transporte, mas tão somente uma sobretaxa dos OPs;
- iii) Que pelo posto no art. 5  da resolução de 2012 da ANTAQ, se estará em um regime de livre mercado com os OPs detendo grande poder de Mercado, ou haverá um tabelamento de preços, ambas situações desfavoráveis   concorrência no setor.

No tocante ao ponto (i), cumpre reiterar que, no caso de importações, os OPs cobram a THC2 entendem que a movimentac o coberta pelo THC se dá somente entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, de forma que a movimentac o da pilha até a saída do portão ou terminal seria um serviço extra a ensejar a cobrança da THC2. Contudo, no caso das exportações, o movimento contrário contempla desde o recebimento da carga no porto ou terminal até o costado do navio, e por esse movimento não há qualquer cobrança adicional.

A esse respeito, questiona-se: haveria razão para a cobrança diferenciada das operações de importações e exportações? A resposta pode ser encontrada na própria interpretação da Resolução n  2.389/2012.

---

<sup>7</sup> Ofício n  1087/2011/PRES/CADE.



Em seu art. 2º, VII, a resolução em comento prevê que está abrangida pela THC a “*movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação*”, o que inclui, por óbvio, a retirada da carga/contêiner pelo OP junto ao TRA.

Por outro lado, o mesmo dispositivo prevê que a THC abrange a “*movimentação de cargas entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação*”, cuja colocação na pilha do TRA configura – paradoxalmente – a cobrança da THC2 pelos OPs.

Partindo da estrita análise deste dispositivo regulatório, constata-se que o serviço de segregação (no caso das importações) ou retirada (no caso das exportações) dos contêineres dos TRAs é o mesmo, ainda que em sentido inverso. Desta forma, não haveria razão para a cobrança diferenciada nas operações de importações e exportações.

Já o argumento referente ao ponto (ii) é decorrente do mesmo racional adotado pelo CADE em 2005. É evidente que a THC2 representa uma sobretaxa cobrada pelos OPs, com o potencial de trazer prejuízos à concorrência independente de seu valor agregado. Isso se dá pelo fato de que o serviço de segregação de contêineres já está abrangido pelo *box rate* e pela THC, e não existe um mercado de “liberação de contêineres” que possibilite a cobrança por um serviço de liberação – consoante a definição dos mercados relevantes de atuação dos OPs e dos TRAs e o poder de mercado exercido pelos OPs no mercado de armazenagem alfandegária feita pelo Conselheiro Relator do *leading case* em 2005.

Com efeito e, já no tocante ao ponto (iii) supracitado, destaca-se que os votos condutores dos acórdãos de todos os PAs definem os mercados de atuação das representadas à exemplo do realizado no *leading case* – mercado *upstream* de movimentação de cargas transportadas em contêineres, em que atuam apenas os OPs; e o mercado *downstream* de armazenagem alfandegada, em que atuam tanto os OPs e os TRAs. Sendo evidente, portanto, que TRAs dependem dos OPs para redirecionar o contêiner para armazenagem da carga, conclui-se que os OPs detêm uma condição de monopólio de todas as operações de movimentação e manipulação dos contêineres, possuindo plenas condições de imposição de condutas anticompetitivas.

É exatamente o que se extrai do seguinte trecho do voto condutor do acórdão do PA nº 08012.003824/2002-84:

*Torna-se mais evidente a condição de monopolista exercida pelos Operadores Portuários, na medida em que não interessa ao Recinto Alfandegado independente a entrega de qualquer contêiner, mas sim daquele contratado junto ao seu cliente, que, como bem infungível, torna-se insumo essencial às atividades do mercado de armazenagem alfandegada. Dessa forma, os Operadores Portuários têm plenas condições de impor condutas anticompetitivas tanto a seus concorrentes no mercado de armazenagem alfandegada de cargas quanto para a qualquer empresa localizada a downstream de sua atividade principal que não tenha acesso ao mar e que necessite das cargas desembarcadas pelos Operadores Portuários.*

Em segundo lugar, a cobrança da THC2 decorre de uma relação verticalizada entre os OPs e os TRAs e acaba por favorecer condutas abusivas por parte dos OPs, que já detém grande poder de mercado. A esse respeito, no âmbito do PA nº 08012.003824/2002-84, o Conselheiro Relator pontuou que a cobrança de THC2 pelas representadas poderia atingir alguns objetivos anticoncorrenciais, justamente em decorrência do abuso de poder de mercado por elas detido – mesma argumentação que se extrai do voto relator dos PAs nº 08012.005422/2003-03 e 08012.001518/2006-37:

*A cobrança da THC2 pelas Representadas poderia atingir, alternativa ou cumulativamente, os seguintes objetivos: (i) exclusão dos recintos alfandegados do mercado de armazenagem; (ii) transformação do suposto serviço de liberação de cargas em uma fonte extra de recursos para a atividade de movimentação de contêineres; e (iii) aumento dos custos dos rivais, reduzindo sua competitividade.*

O que se verifica, portanto, é que em todos os casos até a edição da Resolução nº 34/2019 da ANTAQ, o entendimento do Tribunal manteve-se pacífico no tocante à ilicitude da cobrança de THC2 à luz do direito concorrencial, por todas as razões expostas alhures. Trata-se de exemplo que se extrai, inclusive, de trecho do voto condutor do acórdão do PA nº 08012.001518/2006-37:

*Ressalte-se: o CADE tem sinalizado há mais de dez anos (desde 2005, com a decisão condenatória no PA n.º 08012.007443/1999-17), de forma consistente e reiterada, que a cobrança de THC2 é ilícita à luz do direito concorrencial, não devendo pairar qualquer dúvida sobre o entendimento, até hoje consolidado, deste Tribunal sobre a matéria.*

O ponto crucial que paira sobre a questão, contudo, é de que se deve analisar o art. 5º da Resolução de 2012 da ANTAQ como uma norma meramente autorizativa da cobrança da THC2, e não impositiva. A esse respeito, confira trecho do despacho nº 234/2012, *in verbis*:

*(...) a mera autorização regulatória não significa que a atividade desempenhada por uma empresa esteja em conformidade com a legislação pertinente. Para que isso ocorra, é imprescindível que haja cumulação da (i) autorização regulatória, caso cabível, e da (ii) autorização concorrencial, sem prejuízo de outras autorizações e/ou licenças exigíveis por lei (v.g. urbanística, ambiental, propriedade intelectual, etc.). No caso concreto, sem autorização concorrencial, isto é, sem a cessação da cobrança da THC2, a atividade das representadas continuará em desacordo com a lei.*

Constata-se, portanto, a imprescindibilidade de análise da autorização regulatória para a cobrança da THC2 concomitantemente com a autorização concorrencial – que, nos casos em questão, não foi dada, ante a ilegalidade da cobrança da THC2.

### *1.1.O racional adotado pelo CADE após a edição da Resolução nº 34/2019 da ANTAQ.*

Após a edição da Resolução nº 34/2019 pela ANTAQ, o primeiro momento em que o CADE se debruçou novamente sobre a matéria da cobrança da THC2 foi quando a SG proferiu a Nota Técnica nº 7/2020, no âmbito do PA nº 08700.005499/2015-51.

Ocorre que, como será melhor detalhado adiante, apesar de ter modificado a redação de alguns dispositivos e passar a prever expressamente a possibilidade de cobrança da THC2, a Resolução nº 34 não inovou em nada – materialmente falando – em relação à Resolução anterior – o que indica que não haveria qualquer razão para a modificação

do entendimento jurisprudencial consolidado do CADE quanto à ilegalidade da cobrança da THC2.

O principal ponto abordado acerca dessa questão foi o de que a Resolução nº 34/2019 da ANTAQ reconhecia a existência de “*custos adicionais relacionados à prestação do serviço de segregação e entrega de contêineres, o que fica claro na definição dada à cesta de serviços (box rate)*” a partir da previsão final do inciso III do art. 2º, do art. 6º, §1º e do Art. 9º. Isto é, a SG reconheceu a possibilidade de cobrança da THC2 pela nova Resolução.

Em seguida, entendeu a SG que o art. 5º estipulou a forma de cobrança pelo serviço de segregação e entrega de contêineres, por meio de previsão contratual ou tabelamento de preços, e que a ANTAQ poderia interferir em casos de conflito. Por fim, concluiu que a Resolução nº 34/2019 da ANTAQ afastava a ilegalidade de cobrança da taxa THC2 ao expressamente prever sua não abrangência pela *box rate* e ao determinar um tabelamento de valores máximos para essa taxa<sup>8</sup>.

Ao concluir pela legalidade de cobrança da THC2, a SG suscitou o entendimento de que a análise dessa cobrança no âmbito concorrencial não mais se daria pela ótica da ilegalidade, mas, sim, pela ótica da abusividade. Veja:

*Contudo, considerando que os preços para os serviços não contemplados na box rate permanecem livremente pactuados entre o Operador Portuário – detentor de posição dominante – e o Recinto Alfandegado (ou outro agente econômico), há espaço para a prática de condutas anticompetitivas na forma de preços abusivos ou exclusionários. (SG CADE, 2020).*

Por conseguinte, toda a análise concorrencial feita pela SG na referida nota técnica se deu com base na argumentação pela abusividade e não mais sobre a ótica da ilegalidade da THC2.

---

<sup>8</sup> Assim, a Resolução nº 34/2019 da Antaq colocou fim à discussão sobre os serviços cobertos pela *box rate*, deixando claro que o serviço de segregação e entrega de contêineres não está abrangido pela cesta de serviços inicialmente paga pelo armador ao operador portuário, sendo permitida a cobrança pelo SSE ou taxa THC2.

O ponto nodal dessa questão mostra, s.m.j., o equívoco adotado. Isso porque, ao tempo em que entendeu pela legalidade da cobrança da THC2, reconheceu o abuso de poder de mercado por parte dos OPs, como se vê dos seguintes trechos extraídos da Nota Técnica nº 7/2020:

*Do momento imediatamente posterior ao desembarque dos contêineres até a sua saída pelos portões do terminal, os Operadores Portuários detêm uma condição de monopolista de todas as operações de movimentação e manipulação das mercadorias. Assim ocorre por serem detentores de contêiner específico, uma vez que não interessa ao Recinto Alfandegado independente a entrega de qualquer contêiner, mas sim daquele contratado junto ao seu cliente, que, como bem infungível, torna-se insumo essencial às atividades do mercado de armazenagem alfandegada.*

*Essa condição de monopolista do contêiner específico no momento de sua descarga confere aos Operadores Portuários plenas condições de praticar preços abusivos e/ou impor condutas anticompetitivas tanto a seus concorrentes no mercado de armazenagem alfandegada de cargas como a qualquer empresa localizada à jusante de sua atividade principal que não tenha acesso ao mar e que necessite das cargas por ele desembarcadas. Ainda, vê-se que tal capacidade de impor condutas anticompetitivas independe da participação nos mercados à montante (operação portuária) e à jusante (armazenagem alfandegada), uma vez que, a cada operação de descarga de contêiner, o Operador Portuário é depositário fiel de insumo essencial infungível para as atividades de armazenagem alfandegada.*

Apesar de se ter chegado à conclusão oposta àquela já consolidada pelo Tribunal do CADE CADE – de que seria (i)legal a cobrança da THC2 –, o reconhecimento do abuso de poder de mercado evidencia a manutenção da problemática concorrencial adotada jurisprudencialmente.

A esse respeito, imperioso frisar que a ilegalidade em comento é oriunda justamente do desequilíbrio concorrencial nas zonas portuárias. E esse desequilíbrio surge exatamente a partir do abuso de posição dominante por partes dos OPs, mediante a criação de um serviço inexistente – de segregação de contêineres –, que estaria abarcado por um

mercado igualmente inexistente – o de liberação de contêineres, com vistas a justificar a cobrança da THC2.

É dizer, não obstante a SG ter entendido que a nova Resolução nº 34/2019 deixa expressa a existência de custos adicionais relacionados à prestação do serviço de segregação e entrega de contêineres (SSE), os riscos concorrenciais se mantêm.

Além disso, ao fazer uma análise do próprio caso concreto, a SG apontou que a cobrança da THC2 era formalmente admitida pelo OP, sendo feita desde 2011 em desfavor das dos TRAs. Que, ainda segundo a Representada, a questão que gerava controvérsias entre os OPs e os TRAs era acerca do vácuo regulatório existente sobre a abrangência dos serviços contidos na *box rate* – o que refletiu no julgamento dos PAs julgados pelo CADE após a edição da Resolução nº 2389/2012.

*Segundo o Representado, o Operador Portuário incorre em custos maiores quando o Importador opta por armazenar a carga em um Recinto Alfandegado independente do que teria ao armazenar a carga em seu próprio terminal, o que justificaria a cobrança da taxa THC2. Até então, em virtude do vácuo regulatório existente sobre a abrangência dos serviços contidos na box rate, esse ponto gerava controvérsias entre o Operador Portuário e os Recintos Alfandegados, o que se refletiu nos processos administrativos julgados pelo Cade envolvendo a cobrança da taxa THC2.*

*Cabe lembrar que no parecer proferido no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37, a SG entendeu pela não configuração de infração à ordem econômica no período posterior à Resolução nº 2.389/2012, já que esse normativo já reconhecia a existência de custos adicionais para a segregação e entrega dos contêineres aos Recintos Alfandegados independentes. No entanto, o Tribunal não acompanhou esse entendimento, considerando a continuidade da existência de um vácuo regulatório e enfatizando os efeitos adversos para a concorrência no mercado de armazenagem alfandegada advindos da cobrança indevida pelo THC2.*

*Diante do desfecho do precedente citado, considera-se que, em consonância com o entendimento que prevaleceu no CADE no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37, a cobrança de THC2 deve ser considerada ilícita, a despeito do disposto na Resolução nº 2.389/2012.*

Ocorre que, na visão da SG, esse suposto vácuo regulatório teria sido preenchido com a Resolução nº 34/2019, ao reconhecer a existência de custos adicionais relacionados à prestação de serviços de segregação e entrega de contêineres, motivo pelo qual não se poderia considerar como ilícito. Veja-se:

*254. Assim, a Resolução nº 34/2019 não deixa qualquer dúvida sobre os serviços abrangidos na box rate. Se havia dívidas com relação à completez da norma anterior (Resolução nº 2.389/2012), o que fundamentou a condenação das Representadas no Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37; a nova regulação supre a suposta lacuna, deixando, a partir da Resolução nº 34/2019, a que cobrança de THC2 não pode ser considerada, por si só, ilícito. Esse entendimento, contudo, não afasta a possibilidade de atuação do CADE nos casos em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, conforme se discorreu ao longe de seções anteriores desta nota técnica.*

A partir dessa constatação, concluiu que não caberia ao CADE questionar o entendimento da norma regulatória, e que a jurisprudência quanto à ilegalidade da cobrança teria ocorrido em momento regulatório distinto, motivo pelo qual se entendeu pela ocorrência de infração à ordem econômica antes da superveniência da Resolução nº 34/2019, mas não no período posterior.

Constata-se, portanto, que a SG reconhece o abuso de posição dominante dos OPs e o desequilíbrio concorrencial inerente à operacionalização dos portos, mas, ante o reconhecimento – equivocadamente – da supressão de vácuo regulatório pela Resolução nº 34/2019, a problemática concorrencial estaria afastada.

Ocorre que, independentemente da previsão regulatória, é justamente em decorrência do poder de mercado detido pelos OPs – capazes de interferir completamente na liberação dos insumos essenciais à atividade dos TRAs, os contêineres – que a cobrança da THC2 ocasiona distorção da concorrência no mercado *downstream*, com o consequente aumento artificial da receita dos OPs e, de outro lado, o aumento dos

custos dos TRAs, colocando-os em situação de desvantagem competitiva e opção menos atrativa aos importadores.

A esse respeito, ao proferir o Parecer nº 11/2020, a PROCADE defendeu o posicionamento jurisprudencial anterior do CADE, apontando como questões relevantes para a análise a (i) definição dos mercados relevantes – o de movimentação de contêineres e de armazenagem alfandegada –, (ii) o poder de mercado exercido pelo OP e (iii) a consequente imposição de custos adicionais aos rivais no mercado *downstream*, tendo em vista que os OPs detêm uma condição monopolista de todas as operações de movimentação e manipulação das mercadorias, desde o momento imediatamente posterior ao desembarque dos contêineres até sua saída pelos portões do terminal.

No mesmo sentido o Parecer nº 18 proferido pelo MPF, em que tratou do entendimento firmado por este CADE nos precedentes em que já houve a condenação das Representadas, senão vejamos:

*“(...) dada a estrutura de funcionamento do mercado em análise, os operadores portuários exercem condição de monopolista de todas as operações de movimentação e manipulação das mercadorias que desembarcam dos contêineres até que saiam pelos portões do terminal. Isto ocorre porque eles detêm contêiner específico, não interessando ao recinto alfandegado a entrega de qualquer outro, mas apenas daquele contratado junto ao seu cliente, sendo insumo essencial às atividades do mercado de armazenagem alfandegada.”*

Exatamente nesse contexto de discussão, o Tribunal do CADE teve a oportunidade de se debruçar sobre a matéria – ainda que a título *perfunctório* – quando do julgamento do Recurso Voluntário nº 08700.001984/2020-12 – referente ao Porto de Santos –, acerca do qual impende trazer algumas considerações.

Ao proferir seu voto, o Conselheiro Relator do RV, Maurício Bandeira Maia, afirmou que os artigos 2º e 9º da Resolução nº 2.389/2012 deixam patente existência e o reconhecimento de autorização regulatória para a cobrança da THC2, justamente por entender que esse serviço não estaria incluído no *box rate*. É dizer, há uma regra autorizativa, mas não impositiva quanto à cobrança da THC2.

No ponto, é preciso esclarecer que – apesar de buscar fazer parecer o contrário – a Resolução nº 34/2019 não inovou no cenário



regulatório quanto à “expressa” autorização de cobrança da THC2, considerando que já vinha sendo permitida pela Resolução nº 2389/2012.

Noutras palavras, a Resolução nº 34/2019 manteve o entendimento de que há a autorização regulatória para a cobrança da THC2 – desta vez expressa no art. 2º, IX –, mas, assim como na resolução anterior, explicita na definição de *box rate* a não inclusão da THC2, salvo previsão contratual em sentido diverso. Isto é, em nada altera o contexto em que se deu o julgamento dos PAs pelo CADE em momentos anteriores, nos quais a THC2 foi considerada absolutamente ilegal.

O que se depreende dessa constatação é que, embora exista a previsão – em ambas as resoluções – de possibilidade de cobrança da THC2, o OP não é obrigado a cobra-la dos TRAs no mercado *downstream*, uma vez que pode simplesmente não cobra-la, ou incluí-la nos serviços de *box rate* a serem cobrados do armador. Vejamos o seguinte trecho do voto do Conselheiro Relator no âmbito do RV, *in verbis*:

*Em síntese, ambas as Resoluções reconhecem que serviços de segregação e entrega não são cobertos pela box rate, salvo previsão contratual em sentido diverso. Em outras palavras, essa ressalva, contida no artigo 9º de ambas as resoluções, indica que, embora exista autorização para a cobrança da SSE, o Operador Portuário não é obrigado a cobrá-la do agente no mercado downstream, com o qual compete no mercado de armazenagem alfandegada, visto que pode não cobrá-la ou mesmo incluí-la nos serviços do box rate, cobrados do armador (agente de mercado à montante do operador portuário). Essa situação também permanece inalterada em ambos os normativos regulatórios.*

A partir dessas reflexões, o que o Tribunal do CADE constatou, primeiramente, é que a nova Resolução nº 34/2019 não alterou substancialmente a norma a ponto de preencher um suposto vácuo regulatório existente anteriormente e capaz de modificar o entendimento jurisprudencial consolidado do CADE acerca da ilegalidade da THC2.

É dizer, não há nem alteração significativa no setor a ponto de se falar em preenchimento de lacuna regulatória, justamente pelo fato de que tanto a jurisprudência do CADE quanto a própria Resolução nº 2389/2012 reconheciam a mera autorização para a cobrança da THC2, e não sua imposição.

Por outro lado, além da questão da previsibilidade explícita ou não da cobrança da THC2 pela Resolução da ANTAQ, há um outro ponto que merece destaque, notadamente acerca da definição de preço máximo permitido, disciplinado pelo art. 5º das duas resoluções.

Como se verifica da tabela comparativa colacionada no tópico 2.2., o art. 5º de ambas as resoluções disciplinam que os serviços não contemplados pela *box rate* irão obedecer as condições negociadas diretamente com o OP, ou divulgadas em tabelas de preços de serviços.

No entanto, a mudança que trouxe a nova resolução é a de que os preços máximos serão divulgados pelos próprios OPs, ao passo que na antiga resolução essa definição era dada pela Autoridade Portuária, e cabendo à ANTAQ apurar os casos de abusividade ou lesividade de preços à concorrência.

Ocorre que essa definição de fixação de preços máximos aos próprios OPs lhes confere ainda mais autonomia e poder de mercado, visto que, como bem ponderou o Conselheiro Mauricio Maia<sup>9</sup>, *“propiciou-se, aparentemente, uma maior esfera de liberdade negocial entre estes agentes, com maior margem para abusos de poder dominante”*.

Como se vê, essa liberdade negocial apenas aumenta o abismo vertical existente entre os OPs e os TRAs, que passam a deter ainda mais controle sobre as taxas e preços cobrados no mercado de armazenagem alfandegada.

Com efeito, seja sob a ótica da previsibilidade expressa da THC2 na Resolução, seja sob a ótica da liberdade negocial de preços pelos OPs, fato é que a permanência da referida taxa como cobrança facultativa e sem a indicação da ANTAQ sobre em quem deve recair sua incidência, não se pode instituí-la como cobrança aos TRAs, tendo em vista que se trata de um serviço prestado – em última instância – ao importador, e sua cobrança aos TRAs configura indevido abuso de poder de mercado por parte dos OPs.

#### **4. Complementariedade entre regulação e concorrência. Inaplicabilidade da imunidade antitruste.**

A partir da edição da Resolução nº 2389/2012 pela ANTAQ, o CADE passou a tratar da discussão relativa à ilegalidade da cobrança da

---

<sup>9</sup> Idem.

THC2 também sob a ótica de um possível conflito de competência entre a regulação portuária e sua atuação como órgão de defesa da concorrência. Isso porque a Resolução justificaria, em tese, a cobrança da THC2 inclusive a situações pretéritas, possuindo o condão de revogar decisões contrárias já tomadas pelo CADE.

No âmbito dos Processos Administrativos julgados entre 2015 e 2018 no CADE, os OPs alegaram, em linhas gerais, que estaria fora das atribuições do Conselho interferir na possibilidade ou não de cobrança de serviços não contemplados pela *box rate* – isto é, serviço de segregação e entrega contemplado pela taxa THC2 –, visto que se tratava de matéria regulada pela agência reguladora responsável, a ANTAQ.

A questão, contudo, não paira sobre a possibilidade de o CADE intervir ou não em uma norma regulatória editada pela ANTAQ, mas sim de exercer seu papel de órgão defensor do ambiente concorrencial e intervir quando identificar que determinada conduta – seja ela mediante a cobrança de taxas indevidas – prejudiquem a concorrência no mercado afetado.

Exatamente a esse respeito, o ex-conselheiro do CADE, João Paulo Resende, pontuou em voto condutor do acórdão do PA nº 08012.006504/2005-29 que *“o fato de determinado setor possuir regulação própria não é condição suficiente para se afastar a aplicação da legislação de defesa da concorrência e, conseqüentemente, a atuação deste Conselho. No caso dos setores regulados, é necessário avaliar, caso a caso, se a regulação confere ou não imunidade à aplicação do direito antitruste e, ainda, qual o alcance dessa imunidade”*.

Partindo desse entendimento – encampado, inclusive, pela *State Action Doctrine* –, a aplicação de determinada norma regulatória deve ser sopesada com as implicações concorrenciais analisadas pelo órgão de defesa da concorrência de forma a que o particular não seja penalizado com a aplicação do *enforcement* antitruste em relação a uma situação – em tese – admitida pela norma regulatória. (JORDÃO, 2011. p. 22).

Notadamente em relação à cobrança da taxa THC2, a situação que se encontra é a de que antes da edição da Resolução nº 2389/2012, o CADE já havia julgado sobre tema, tendo entendido pela ilegalidade da cobrança da taxa a partir de uma análise de mercado relevante e de poder de mercado exercido pelos OPs. Após a edição da referida resolução, o CADE não alterou seu posicionamento por entender que, nos casos concretos, a situação não diferia daquela vislumbrada em 2005.

Não se tratava, portanto, de uma intervenção indevida da esfera concorrencial na esfera de regulação setorial, mas da mera aplicabilidade da legislação antitruste ao caso concreto. Os elementos do agente regulador poderão colaborar com a instrução, mas nunca excluir a situação das atribuições do Tribunal Antitruste. O CADE é entidade judicante e suas decisões sobre questões concorrenciais são prevalentes na esfera da Administração.

Com a superveniência da Resolução nº 34/2019, a situação concreta de análise concorrencial nos portos não se alterou, visto que as preocupações – já detalhadas nos tópicos anteriores – relativas à inexistência de um mercado de liberação de contêineres a justificar o serviço de segregação e entrega, somado ao abuso de posição pelos OPs se mantêm nos casos concretos, mantendo, portanto, a ilegalidade de cobrança da THC2.

O equívoco, s.m.j, da Superintendência-Geral ao emitir a Nota nº 7/2020 – modificando o entendimento jurisprudencial anterior para determinar que não competiria mais ao CADE interferir na legalidade da cobrança da THC2 – decorre, portanto, de uma incompreensão de que o problema concorrencial se mantêm e diz respeito à ilegalidade da cobrança da taxa, e não a eventual abusividade dos preços a serem cobrados.

A compreensão que se deve ter, portanto, é a de que o fato de uma conduta – isto é, a liberação de cobrança de uma taxa – estar prevista na norma regulatória, como está prevista a cobrança da THC2 na Resolução nº 34/2019, não retira do CADE o dever e poder de punição dos agentes econômicos acaso essa conduta esteja prejudicando a concorrência.

Assim sendo, a questão não envolve apenas uma discussão sobre um eventual conflito de competência entre a regulação setorial e a concorrencial, mas sim sobre um conflito entre o entendimento exarado pela autoridade antitruste e a autoridade regulatória gerado por vícios decorrentes da própria edição da norma regulatória. E ainda que não estivesse eivada de vícios, o mero reconhecimento da legalidade da cobrança de uma taxa adicional pelo serviço de segregação e entrega não resolve os problemas concorrenciais verificados no mercado de armazenagem alfandegada de contêineres em portos.

Ao contrário e, como bem pontuado no Despacho nº 24/2020 da PROCADE no âmbito do PA nº 08700.005499/2015-51, a edição da Resolução nº 34/2019:

*consistiria em justificativa para a prática de infração à ordem econômica por quem tem o poder de determinar o preço de um bem ou serviços de forma dominante, sobretudo na situação em que o agente atua tanto no mercado “upstream” de operação portuária quanto no mercado “downstream” de armazenagem alfandegada, que permite em tese impor custos adicionais aos rivais no mercado a jusante.*

Com efeito, além de não modificar as circunstâncias fáticas em que verificados os ilícitos concorrenciais decorrentes da cobrança da THC2, a Resolução nº 34/2029 da ANTAQ se revela como um “aval” para a prática de condutas anticompetitivas.

## **5. Conclusão**

A partir das considerações trazidas ao longo do presente artigo, foi possível verificar que a SG trouxe ao cenário concorrencial rediscussão sobre a cobrança da THC2.

Em contrariedade ao entendimento jurisprudencial dos últimos quinze anos do Tribunal do CADE, a SG pondera que a nova Resolução nº 34/2019 da ANTAQ eximiria o CADE de analisar a questão sob a ótica da ilegalidade da cobrança da taxa, vez que passaria a ser examinada apenas sob a ótica da abusividade de condutas por meio da cobrança abusiva de preços.

No entanto, s.m.j., a ilegalidade dessa cobrança decorre justamente do abuso de poder de mercado por parte dos OPs que criaram uma taxa referente a um serviço já abrangido pela *box rate*, com o fim de obter maior lucratividade.

Assim sendo, essa ótica da abusividade decorre da própria ilegalidade da cobrança, e a mera “legitimação” para a cobrança da THC2 conferida pela Resolução nº 34/2019 não altera o contexto fático dos portos, em que os OPs continuam a deter quase sempre o monopólio/duopólio sobre o mercado de armazenagem alfandegada em que concorrem com os agentes independentes e, assim, se utilizam da cobrança da THC2 como conduta anticompetitiva, apta a prejudicar a concorrência no mercado ora sob análise.

A alteração do racional pela SG prejudica(ria), s.m.j., o *enforcement* antitruste e o dever de atuação do CADE como órgão de

defesa da concorrência, visto que as condutas anticompetitivas mediante a cobrança indevida da THC2 continuarão a ocorrer. Julgamento recente pelo Tribunal do CADE em 20.06.2020 revela a tendência do Tribunal à manutenção do entendimento jurisprudencial consolidado, em favor da segurança jurídica.

Por fim, impende observar que a manutenção do racional anterior do CADE de análise da ilegalidade – como já adiantado pelo resultado do julgamento do RV – não gera um conflito de competência com a atividade de regulação setorial da ANTAQ.

## **6. Referências**

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). Resolução nº 2.389, de 13 de fevereiro de 2012.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 34, de 19 de agosto de 2019.

CASTRO, Ana Beatriz de Oliveira. Análise crítica e métodos para avaliação da competição portuária entre terminais de contêineres. 2015. Dissertação (Mestrado). Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (USP), Engenharia Naval e Oceânica, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3135/tde-14062016-112605/en.php>> Acesso em: 12 de agosto de 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE), Tribunal Administrativo. Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Prado. Julgado em 27 de abril de 2005. Publicado em 12 de maio de 2005.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE), Tribunal Administrativo; Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84. Conselheiro Relator: Gilvandro Vasconcelos. Julgado em 04 de fevereiro de 2016. Publicado em 12 de fevereiro de 2016.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE), Tribunal Administrativo; Processo Administrativo nº 08012.005422/2003-03. Conselheiro Relator: Gilvandro Vasconcelos. Julgado em 04 de fevereiro de 2016. Publicado em 12 de fevereiro de 2016.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE), Tribunal Administrativo; Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37. Conselheiro Relator: Paulo Burnier. Julgado em 08 de agosto de 2018. Publicado em 22 de agosto de 2018.

- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE),  
Tribunal Administrativo; Processo Administrativo nº  
08700.008464/2014-92. Conselheiro Relator: Alexandre Cordeiro.  
Julgado em 08 de agosto de 2018. Publicado em 14 de agosto de 2018.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE),  
Tribunal Administrativo; Processo Administrativo nº  
08700.005499/2015-51. Conselheiro Relator: Luiz Hoffmann. Pendente  
de julgamento.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE),  
Tribunal Administrativo; Processo Administrativo nº  
08700.007396/2016-14. Pendente de julgamento.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE),  
Tribunal Administrativo; Processo Administrativo nº  
8700.007049/2018-45. Pendente de julgamento.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE),  
Tribunal Administrativo; Processo Administrativo nº  
08700.000351/2019-53. Pendente de julgamento.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE),  
Tribunal Administrativo; Recurso Voluntário nº 08700.001984/2020-  
12. Conselheiro Relator: Maurício Oscar Bandeira Maia. Julgado em 17  
de junho de 2020. Publicado em 24 de junho de 2020.
- CUTRIM, Sérgio Sampaio; BOTTER, Rui Carlos; ROBLES, Leo Tadeu;  
Proposta de um novo modelo de governança portuária para o Brasil. In.  
Revista Eletrônica de Estratégia & Negócios, Florianópolis, v.11,  
Edição Especial 2, Ago. 2018.
- GOLDBERG, David Joshua Krepel. Regulação do setor portuário no  
Brasil: análise do novo modelo de concessão e portos organizados. São  
Paulo, 2009.
- GONÇALVES, Jucirema Maria Godinho. “O porto”. Revista do TRT da  
2a Região, v. 1 n. 1/2009, p. 85-168, jan./abr. 2009 Disponível:  
<[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/78695/2009\\_goncalves\\_jucirema\\_porto.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/78695/2009_goncalves_jucirema_porto.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso  
em: 12 de Agosto de 2020.
- KRATTENMAKER, THOMAS G.; LANDE, Robert H.; SALOP, Steven  
C. Monopoly power and market power in antitrust law. Disponível  
em: <https://www.justice.gov/atr/monopoly-power-and-market-power-antitrust-law#fn46>. Acesso em: 12 de Agosto de 2020.
- ROJAS, Pablo. Introdução à logística portuária e noções de comércio  
exterior. Dados eletrônicos. Porto Alegre: Bookman, 2014.

Southern Motor Carriers v. United States, 471 U.S. 48 (1985). In Town of Hallie v City of Eau Claire (1985) 471 U.S. 34, 64-65 – In: JORDÃO, Eduardo Ferreira. Blame it on the states: a comparative analysis of the American and the European State Action Doctrines. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, v. 21, p. 213- 250, 2011.

MINISTÉRIO DA FAZENDA (MF), Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 15/2011 – COGTL/SEAE/MF.

OECD. Glossary of industrial organisation economics and competition law. 1993. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Superintendência-Geral. Nota Técnica nº 14/2018/CGAA3/SGA1/SG/CADE.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Superintendência-Geral. Nota Técnica nº 7/2020/CGAA3/SGA1/SG/CADE.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Procuradoria Federal Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Parecer nº 11/2020/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Procuradoria Federal Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. DESPACHO Nº 24/2020/CGEP/PFE-CADE/PGF/AGU.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Ministério Público Federal junto ao CADE. Parecer nº 18/2020/SCD/MPF/CADE



## 9. “NOVOS AGENTES”: O USO DE ALGORITMOS COMO FACILITADORES DE COLUSÃO ANTICOMPETITIVAS PREJUDICIAIS À CONCORRÊNCIA

### 9. “NEW AGENTS”: THE USE OF ALGORITHMS AS FACILITATORS OF ANTICOMPETITIVE COLLUSION HARMFUL TO COMPETITION

*Agatha Gonçalves Santana; Alexandra Monteiro Cauper Dória*

**Resumo:** A economia caminha cada vez mais interligada por plataformas digitais, utilizando-se de algoritmos especializados para determinados fins, os quais podem ser preceptores de práticas anticoncorrenciais, como a discriminação de preços e agentes e/ou cartel. Através de pesquisa teórico-documental, aplicando-se o método dedutivo de caráter qualitativo, considera-se que é preciso entender o funcionamento do algoritmo, como são as tomadas de decisões, seus efeitos ao mercado e consumidores, repensando-se as tradicionais ferramentas antitruste nessa nova realidade.

**Palavras-Chave:** Colusão; Algoritmos; Ilícitos Anticoncorrenciais.

**Abstract:** The economy is increasingly interconnected by digital platforms, using specialized algorithms for certain purposes, which can be preceptors of anti-competitive practices, such as price discrimination and agents and / or cartel. Through theoretical-documentary research, applying the deductive method of qualitative character, it is considered that it is necessary to understand the operation of the algorithm, how are the decision making, its effects on the market and consumers, rethinking traditional antitrust tools in this new reality.

**Keywords:** Collusion; Algorithm; Anti-competitive Illicit.

### 1. Introdução

Do contexto da pós-modernidade e sua liquidez característica, tão trabalhada pelo sociólogo Bauman, desenvolve-se a chamada “Era da quarta revolução industrial”, englobando não apenas a automação como também a formação de banco e troca de dados e a atribuição de

inteligência às máquinas, que passaram a solucionar tarefas e problemas antes exclusivamente incumbidos ao ser humano.

Todo esse cenário culminou em um fenômeno denominado “virada tecnológica do direito”, no sentido de adaptação às disrupturas comportamentais e paradigmáticas na sociedade jurídica, tradicionalmente focada em geral nos efeitos, mas não nas causas, dos problemas sociais. Assim, essa virada inevitavelmente conduziu a mudanças capazes de influenciar não apenas a sociedade, como também toda a economia de um determinado setor, como é o exemplo da disponibilização e difusão de novos instrumentos tecnológicos, tais como a digitalização, *internet* das coisas, *big data*, inteligência artificial, algoritmos, entre outros novos arranjos de impactos.

Paralelo a essas mudanças, o ordenamento jurídico brasileiro, essencialmente embasado no positivismo advindo da tradição do *civil law*, enfrenta novas questões apresentadas no âmbito do direito da concorrência com o uso de algoritmos em condutas colusivas/discriminatórias por parte de *players*, empresas que atuam de forma relevante no mercado no qual estão inseridas, na busca de consumidores, poder de mercado e conseqüentemente lucro. Contudo, os reflexos em ganhos de bem-estar do consumidor e eficiências são latentes, além de serem estratégias inevitáveis dado o grande volume de dados disponíveis atualmente.

Assim, a economia e o mercado evoluem e trazem novos dilemas e questões as autoridades concorrenciais, a revolução 4.0 é mais uma inovação trazida ao meio, necessitando de alteração dos instrumentos tradicionais de análise antitruste, sendo diferenciada pela velocidade e capacidade de expansão, sendo um desafio esse componente virtual, que não necessariamente é palpável, por conseguinte, detentores de maior dificuldade para lidar.

Desta forma, considerando os avanços da tecnologia, o presente trabalho busca responder como problema de pesquisa, se algoritmos podem ser preceptores na realização de práticas colusivas, como em cartéis (tácitos e expressos) e condutas unilaterais discriminatórias principalmente por meio do mecanismo de autoaprendizagem de máquina. Para o desenvolvimento dessa questão principal, as questões norteadoras se fundam, essencialmente, sobre quais os riscos concorrenciais na tomada de decisões por algoritmos, a dimensão de agente infrator e responsabilidade, as quais são importantes para delimitar as formas de análise antitruste, assim como também, eventualmente, altera-las.

Portanto, os objetivos da presente pesquisa são basicamente três: primeiramente, analisar e demonstrar como o uso de algoritmos, por meio

principalmente de seu *machine learning*, podem influenciar em condutas anticoncorrenciais; em segundo lugar, evidenciar quais os riscos que essas condutas podem gerar aos *players*, consumidores e mercado; por derradeiro, qual o papel das autoridades antitrustes na ocasião, e como as mesmas podem atuar, através de uma reanálise dos instrumentos tradicionais, no sentido de combater tais práticas.

As justificativas jurídicas, sociais e econômicas para o desenvolvimento desta pesquisa são das mais diversas dimensões, convergindo para um mesmo local comum, para o fato de que os avanços tecnológicos são incontestes para todas as competências, as novas tecnologias induzem novos riscos e questionamentos dentro do ordenamento ético-jurídico das situações preexistentes. Logo, ilícitos anticoncorrenciais afetam a todos mesmo de maneira indireta, sendo constante a necessidade de análise para se coibir tais práticas. A possível insegurança jurídica ainda é algo a ser questionado, ante a ausência de legislação para alguns dos cenários apresentados, sendo necessário um exercício de debate e disciplina interpretativa.

No texto são explorados cenários apresentados na obra *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm – Driven Economy*, por Ariel Ezrachi e Maurice Strucke, professores importantes no cenário antitruste mundial atual, os quais constituem os principais referenciais teóricos de possibilidades do uso de algoritmos por empresas de um determinado mercado relevante em facilitar a colusão via cartel e também condutas unilaterais anticompetitivas com base em cenários teóricos.

Quanto à metodologia, trata-se de pesquisa básica de procedimento predominantemente de análise documental com objetivos exploratórios, aplicando-se o método dedutivo de caráter qualitativo. Não obstante, quando da análise de jurisprudência nacional e de alguns casos estrangeiros sobre o tema a título exemplificativo, aplica-se a metodologia empírica, aplicando-se o método indutivo para que se possa extrair um aspecto geral a ser aplicado de forma qualitativa na estruturação das considerações finais, após as três partes do texto. Os critérios de inclusão, nesse sentido, são relacionados ao uso de algoritmos e a possibilidade da configuração dos cenários de risco de práticas anticoncorrenciais e a atividade das autoridades antitruste, pontualmente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sobre a regulamentação para a amenização de tais riscos. No critério de exclusão, estão excluídos aprofundamentos sobre todas as demais áreas da inteligência artificial.

Para alcançar os objetivos da pesquisa, o trabalho foi dividido em três seções, sendo a primeira direcionada para a apresentação do tema

dentro do contexto da era digital advinda com a quarta revolução industrial, e o impacto dos algoritmos dentro das condutas antitruste, a segunda parte focada sobre as possibilidades de danos a serem configurados a partir de práticas antitruste dentro do uso desses algoritmos, e, por fim, a partir do pensamento de Strucke e Ezrachi, como se pode vislumbrar a atuação do CADE para combate de tais práticas.

## **2. A era digital na quarta revolução industrial e o desenvolvimento dos sistemas de algoritmos e seu impacto nas condutas antitruste**

A partir de meados da década de 50 com o surgimento recente dos computadores eletromecânicos e posteriormente com o advento da *internet* e sua popularização nos 90, novos arranjos tecnológicos foram paralelamente desenvolvidos ao longo dos anos e inseridos em maior escala na dinâmica social atual, tais como inteligência artificial, *big data* e algoritmos. Ao longo das últimas décadas, técnicas computacionais de inteligência artificial sofreram mudanças e desenvolvimentos, beneficiando-se com o advento do *big data*, com seu grande volume de dados disponibilizados na rede mundial de computadores.

Diante disso, sobre algoritmos, *softwares* compostos por sequências de instruções que indicam a um computador o que fazer (DOMINGOS, 2015), Turing (1950) propunha que, no lugar de se imitar o cérebro de um adulto, programando-se todas as operações a serem realizadas, seria mais produtivo adotar estratégia diversa: simular o cérebro de uma criança, com capacidade randômica de aprendizado. Atualmente, percebe-se que os modelos mais modernos de inteligência artificial foram inspirados na biologia e psicologia do cérebro humano e remetem aos desafios de adaptações da alta complexidade do cérebro humano com as suas características, aos vieses artificiais de máquina (SILVA, 2019), ao que se denomina “rede neural”.

A chamada “virada tecnológica no direito” (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 18), merece profundo destaque, essencialmente pelo fato de que, a entrada na era da quarta revolução industrial, pressupõe uma verdadeira transição em direção a novos sistemas disruptivos das próprias relações humanas preexistentes, como redes sociais, trabalho, economia, dentre outros setores sociais (PERASSO, 2016), iniciando uma fusão simbiótica entre o mundo físico, digital e biológico, o qual necessita urgentemente ser debatido no âmbito do direito. Assim, fundindo-se o uso da tecnologia com a velocidade, é imprescindível problematizar questões

como a segurança e responsabilidade pelo uso dos dados, que rapidamente foram visualizados como formas de ativos a serem negociados (MAGNUS, 2017).

Dentro dessas perspectivas, Bauman (2001) aponta que a sociedade hodierna está passando por transformações que afetam as condições humanas, caracterizando-se pelo seu aspecto líquido e fluido, não obstante a era digital ser, indubitavelmente, mais veloz e mutante do que o estado de um líquido, aumentando muito mais sua pulverização.

Com efeito, com as novas formas de relação social e tecnológicas no mercado, as disrupturas comportamentais tendem a ser ainda mais fluidas e instáveis tanto para com a sociedade como para a economia, e mesmo para o próprio ser humano enquanto indivíduo e suas particularidades e necessidades. Esses elementos compõem os pilares da atual economia digital que impõe “aos agentes econômicos novas formas de pensar, atuar, agir, criar e se posicionar no mercado” (BAGNOLI, 2017, p. 2), dada tais questões e essa nova dinâmica de mercado, demonstra-se significativo analisar os possíveis impactos no ambiente concorrencial pela possibilidade de serem cometidos ilícitos nocivos ao mesmo e consequentemente ao consumidor.

Partindo-se em pormenores, a inteligência artificial simula a capacidade humana em vários fatores (ERTEL, 2011), podendo, inclusive, desenvolver aprendizado, não se limitando a reproduzir padrões humanos, como também para solucionar problemas. Os crescentes volumes de dados disponíveis, as melhorias no poder de armazenamento computacional e o desenvolvimento de conceitos de máquina de Turing e o que pode ser “algoritmicamente computável” (SCHECHTER, 2016), são protagonistas na popularização da IA, cedido a isso, os aspectos iterativos do aprendizado de máquina (em inglês, *machine learning*) são importantes.

Os dados, de modo superficial, são fatos que podem ser gravados e que possuem um significado implícito (ELMASRI, 2010, p. 3), os quais orientam o aprendizado de máquina, subcampo da inteligência artificial que envolve a criação de algoritmos que podem aprender automaticamente a partir de dados, assim como o ser humano retém fatos e fenômenos em sua rede neural para atitudes presentes e futuras.

A título de exemplo, seres humanos podem, normalmente, criar um ou dois modelos de negócio bons por semana; *machine learning* pode criar milhares de modelos negociais por semana (DAVENPORT, 2015), sendo, portanto, um método de análise de dados que automatiza a organização de modelos analíticos.

*Big data* seria uma maior quantidade de dados e mais complexos (RUSSOM, 2011), dos quais *softwares* de ponta conseguem gerencia-los e alcançar maior eficiência para a resolução de problemas com base nos dados que denotam novos vieses. Sendo composto essencialmente pelo pilar de volume, velocidade, variedade, veracidade e valor (LOH, 2019). Quanto maior o número de dados direcionados a uma máquina programada, mais ela aprende e desenvolve soluções e mesmo propõe decisões. O programa estrutura os dados não estruturados dispostos nesse *big data*.

Nesse contexto, percebe-se um imenso volume de dados denominados como “não estruturados”, não apenas em variedade como não organizados ou rotulados por um sistema, administrados e transmitidos em prontidão, no tocante à velocidade, superando muitas vezes o tempo humano na realização de uma busca ou desempenho de outras tarefas. Dada a necessidade da análise em tempo real, os dados devem coincidir com a realidade, no que tange à veracidade, a adequação e relevância ao propósito da análise como um ponto chave para se obter dados que agreguem valor ao processo (LOH, 2019). Quanto mais ricos e eficientes os dados em análise, maior será seu valor, levando-se em conta o que se quer obter e realizar, dentro de um exercício de verificação ao valor agregado do trabalho desenvolvido.

É necessário realçar ainda que os algoritmos, em apertada síntese, também podem ser conceituados ainda como uma sequência de raciocínios, instruções ou operações para alcançar um objetivo, dispondo de etapas de entrada (*input*), o processamento e a saída (*output*) das informações medidas pelas instruções (AGUILAR, 2011). O algoritmo se justifica pelo resultado que se dedica a alcançar, preexistindo um objetivo específico, por conta das variáveis e comandos de repetição, cedido tais estruturas torna-se mais completo para englobar todos os cenários possíveis em busca do resultado final pretendido (CONTENT, 2020).

De forma notável, Frazão (2018, p. 2), exprime no contexto de uso de algoritmos e *big data* que:

*A matéria-prima utilizada pelos algoritmos para tais decisões é o big data, ou seja, a enorme quantidade de dados disponíveis no mundo virtual que, com o devido processamento, pode ser transformada em informações economicamente úteis, que servirão como diretrizes e critérios para o processo decisório algorítmico.*

Nessa senda, os elementos anteriormente expostos estão intimamente ligados entre si, uma vez que os algoritmos são a base para *big data* e vice-versa, sendo que, em consequência, poderão compor uma inteligência artificial, por exemplo. Portanto, nessa esteira, surge a possibilidade de eventual colusão por algoritmos. Nesse sentido, Coelho (2018, p. 120) aduz que,

*[...] podemos considerar que o desenvolvimento do big data está intrinsecamente ligado ao desenvolvimento e aprimoramento dos algoritmos, uma vez que quanto mais dados considerados úteis estão disponíveis, mais aprimorados e propensos à possibilidade de eventuais práticas anticompetitivas os algoritmos se tornarão.*

Ocorre que o desenvolvimento tecnológico, além de trazer benefícios nas mais variadas esferas de impacto, conduz também a riscos e encargos que, no presente artigo, será de reponsabilidade das autoridades antitruste, ao atuarem e combaterem tais, como riscos de formação de cartel, discriminação de preços, vazamentos de dados pessoais, exercício abusivo de posição dominante, coordenação, monitoramento, entre outras práticas lesivas à concorrência. Logo, imprescindível que os mesmos, acompanhem os novos avanços tecnológicos que abarcam os corpos econômicos e seus desdobramentos concorrenciais.

Em relação aos efeitos benéficos apresentados, constata-se uma maior eficiência por parte de empresas que, ao terem maior facilidade e acesso as informações dos consumidores, projetam seus produtos e serviços de forma mais direcionada e personalizada com os gostos e preferências de cada consumidor de maneira individualizada (STUCKE; EZRACHI, 2015), com o cuidado de não ser um paralelismo consciente, quando ocorrem reações idênticas de agentes econômicos concorrentes em um mesmo conjunto de fatos econômicos. Considera-se agente econômico, nesse sentido, todo indivíduo, ambiente ou entidade que tenha a capacidade de influenciar e movimentar a economia.

Dessa forma, as inovações nascidas em seio tecnológico também produzem preocupações e desafios. Para isso, faz-se necessário analisar e compreender quais são os potenciais efeitos que tais tecnologias, inteligência artificial, *machine learning*, *big data* e algoritmos podem gerar na concorrência, e qual o papel das autoridades antitruste no acompanhamento dessas mudanças, tal como é o caso do CADE, autarquia de referência na atuação antitruste.

Isto posto, na medida do possível, devem ocorrer adaptações, inovações e transformações no *modus operandi* de detecção de condutas anticoncorrenciais, de modo que a atuação dessas autoridades não se tornem obsoletas e impróprias, perdendo sua finalidade de fiscalização e disciplina, realizando assim suas finalidades econômicas e sociais (*competition policy*). As transformações postas pelo contexto tecnológico refletem uma conjuntura de desafios às autoridades, assim aduz Coelho (2018, p. 119):

*[...] o big data e os algoritmos estão mudando o cenário competitivo e trazendo grandes desafios aos órgãos fiscalizadores. Os últimos anos testemunharam uma dependência cada vez maior do big data e do seu processamento pelos algoritmos, que estão cada vez mais presentes no nosso cotidiano.*

Com efeito, de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o termo “colusão” pode ser definido como qualquer forma de acordo ou coordenação entre concorrentes visando aumentar a lucratividade para um nível extraordinário, o que prejudica o equilíbrio de mercado e cria distorções. É uma estratégia realizada por empresas concorrentes para maximizar os lucros das participantes de um acordo. Para facilitar a colusão, deve haver uma estrutura que permita aos competidores concordar, monitorar e fazer cumprir a política comum (COELHO, 2018).

Diante disso, indagações como ao que podem ser consideradas reações idênticas de agentes econômicos concorrentes e o que é, de fato, um conluio, surgem inevitavelmente. Isso porque, com a disseminação do uso de algoritmos, entende-se cada vez mais tênue fazer-se a possível distinção de qual ou de quem é a responsabilidade pela prática anticompetitiva por meio do uso desses algoritmos.

Nesse sentido, também surge o debate de quais seriam as fronteiras e se subsiste a necessidade de se alterar a forma de análise antitruste para tais casos, dada as consequências de não se desestimular inovações e da mesma forma, que coordenações anticompetitivas não se perpetuem sem fiscalização.

Dessa forma, devido aos constantes avanços envolvendo o uso de algoritmos, *big data* e inteligência artificial, investigações por parte de órgãos antitruste no mundo com maior escala serão iniciadas. No Brasil, o retro mencionado CADE, uma autarquia federal amparada pela Lei



12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), é quem que analisa, investiga e decide, em última instância, sobre direito concorrencial em todo o território nacional, sendo o responsável e competente para analisar e decidir sobre as condutas anticoncorrenciais envolvendo o uso de algoritmos.

Atualmente, em que a realidade econômica é altamente interligada, os desafios a serem enfrentados pelas autoridades fiscalizadoras concorrenciais são muitos, de modo a averiguar suas formas e extensão de intervenção. Logo, “a busca pelo equilíbrio entre o possível prejuízo anticompetitivo contra os ganhos de bem-estar advindos das vantagens tecnológicas pode ser bastante desafiadora às autoridades” (COELHO, 2018, p. 119), que de toda forma, devem ser fiscalizadas e identificadas, dadas as novas diretrizes irremediáveis.

### **3. Os possíveis danos decorrentes da economia globalizada pelo uso de algoritmos e os cenários de Strucke e Ezrachi**

O uso de *softwares* guiados por algoritmos não é um fenômeno novo, mas inserido no contexto das novas possibilidades de se coletar e processar dados, e conseqüentemente aumentar o bem-estar às pessoas, dentro de ofertas, serviços e produtos especialmente direcionados a um determinado perfil, o qual se demonstra um proveito real. Todavia, os critérios acerca dos benefícios que podem ser alcançados, bem como a preocupação de como serão usados esses dados em questões de repercussão concorrencial, constituem questionamentos importantes.

Questões tradicionais de agente infrator, ou intenção e provas de um conluio entre concorrentes poderão ganhar novas dimensões. A discussão não se restringe a “se” algoritmos podem formar e facilitar cartéis, praticar preços predatórios, monitorar e/ou discriminar, mas sim como e quem responsabilizar por eventual ilícito, além das dimensões de reparação de danos a direitos difusos ou a direitos individuais (COELHO, 2018).

A colusão pode ser expressa ou tácita, sendo que a primeira, conhecida como a como doutrina do “paralelismo mais”, possui três pilares básicos de análise: “(i) se há paralelismo de condutas; (ii) qual a racionalidade do agente econômico ao adotar a referida conduta; e (iii) se a racionalidade depende da adoção de conduta semelhante pelos demais concorrentes (racionalidade dependente)” (GICO JÚNIOR, 2007, p. 14). São casos em que a conduta só pode ser justificada pela existência de

coordenação direta, sendo o maior exemplo disso um cartel clássico, que é um acordo entre concorrentes para fixação de preços, cotas, divisão de clientes e afins, visando a maximização de seus lucros, caracterizado como um ilícito por objeto, *per se*, que independa de seus efeitos ou justificativas (MALARD, 1997).

Sob essa óptica, em uma releitura desse ilícito para um cenário com o uso de algoritmos facilitando a colusão, Coelho (2018, p. 120) expressa que:

*Tradicionalmente, a natureza da conduta de cartel se dava sempre por meio dos seres humanos. Ocorre que, quando o componente humano se torna limitado ou, em alguns casos, até ausente, os algoritmos e as máquinas de autoaprendizagem assumem o papel de agentes de mercado e mostram que o espectro de possíveis ilícitos antitruste podem ir além da colusão expressa tradicional.*

Enquanto isso, a colusão tácita refere-se à existência de uma coordenação entre concorrentes sem que haja um acordo explícito, onde os *players* envolvidos possuem suas próprias estratégias de maximização de lucros. Nesse caso, a maioria das autoridades antitruste não a considera uma infração à ordem econômica.

Nesse sentido, um exemplo de como se é possível observar uma colusão tácita com viés algorítmico na sua atuação/coordenação, é apresentado por Tito (2019, p. 2-3) conforme abaixo exposto:

*Supondo, por exemplo, que existam dois vendedores on-line de um produto homogêneo com conhecimento de que os custos de aquisição são semelhantes. Como os preços são lançados on-line, seu conhecimento é público. Assim, um algoritmo não apenas monitora seu preço, mas também pode definir o seu próprio preço baseado no do outro. O funcionamento do algoritmo, em suma, é o seguinte: Primeiro, “A” aumenta e depois mantém o preço alto até o “B” também mudar preço. Se acontecer de “B” não aumentar seu preço em resposta ao aumento de preço de “A”, o algoritmo de “A” reduzirá seu preço ao custo do produto ou mesmo abaixo do custo. O baixo preço “prejudica” a sua receita e a de “B”. O algoritmo manteria esse regime de “baixo preço” por um período de tempo, repetindo o processo de aumentar e diminuir preços, caso não haja um acompanhamento de preços. Após várias*

*rodadas de interação, é possível que “B” perceba que o algoritmo de “A” envia um sinal: acompanhe meu aumento de preço ou você enfrentará perdas financeiras.*

No demonstrado acima, não houve nenhuma interação humana “comum” entre os *players*, não sendo feito um acordo expresso. No entanto, a inteligência artificial junto com os dados algorítmicos, estabelece seu aprendizado de máquina levando em conta suas próprias experiências em base de dados e conseqüentemente toma suas próprias decisões de forma autônoma. Na realidade, dada a assimetria entre os custos de produção pelas empresas, tal colusão talvez não seja necessariamente usual, mas é importante avaliar os efeitos para que não haja desestímulo a inovações e nem efeitos anticoncorrenciais nocivos.

Embora ambos os tipos de colusão, expressa e tácita, tenham efeitos danosos à concorrência e, portanto, aos consumidores, normalmente apenas se pune o acordo entre concorrentes em colusão explícita (COELHO, 2018), como já referido anteriormente.

No âmbito dessas questões, em 2016, Ariel Ezrachi, professor em *Oxford* e diretor do *Centre for Competition Law and Policy* e Maurice Stucke, professor da *University of Tennessee College of Law*, na obra *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm – Driven Economy* apresentaram quatro cenários teóricos de atuação de algoritmos que poderiam resultar em condutas anticompetitivas, em uma subdivisão de dois algoritmos de baixa complexidade (mensageiro e *hub and spoke*) e dois algoritmos de alta complexidade (agente previsível e máquina autônoma).

Nas discussões extraídas da obra, os autores exploram principalmente tópicos relacionados à coleta de dados, efeito bolha comportamental e a cooperação entre agentes, dentro da dinâmica de uso de algoritmos, é o que reafirma Zanatta e Renzetti (2019, p. 142-143):

*Ezrachi e Stucke exploram (i) a relação entre coleta de dados e mecanismos de precificação automatizados com potencial de colusão, (ii) o uso técnicas avançadas de “discriminação comportamental” pelas “superplataformas” (a possibilidade de identificação de emoções que sinalizariam uma tendência a pagar mais por um produto), e (iii) a existência de uma dinâmica de “frenemy” (amigo-inimigo), onde a relação entre competição e cooperação existe entre superplataformas desenvolvedoras de sistemas operacionais e desenvolvedores de*

*aplicações de internet, estimulando a proliferação de “mercados de serviços gratuitos”, que promovem a “extração de dados dos indivíduos” e “fluxos de informação assimétricos, promovendo a exploração comportamental”.*

Sobre o efeito bolha comportamental sua importância é realçada por, Almeida e Doneda (2016, p. 2) os quais destacam que “através desse mecanismo, as pessoas acabam sendo expostas prioritariamente a opiniões e ideias similares às suas próprias visões de mundo. O efeito disso é conhecido como “bolha online” ou “câmara de ecos” e ultimamente tem chamado a atenção até de líderes globais”.

Nessa análise de múltiplos níveis de desenvolvimento tecnológico junto do uso dos algoritmos, entrelaçados no curso das relações humanas, surgem às possibilidades/possíveis modelos de conluio pelo uso de algoritmos e as questões que podem/devem ser enfrentadas pelos órgãos antitruste ao redor do mundo.

Destarte, no primeiro cenário teórico denominado como “mensageiro” por Ezrachi e Stucke, programa-se um componente para realizar medidas pré-acordadas, caracterizando-se basicamente como uma extensão da vontade humana onde pessoas físicas fariam o uso do componente tecnológico para se atingir o fim almejado de conluio, sendo que, desse modo, “não se faz necessária uma abordagem mais atenta a fim de condenar aqueles que incorreram em tal prática” (FARIA, 2019, p. 58) e os desafios probatórios seriam os mesmos já enfrentados na condenação de cartéis comuns que não usufruem do auxílio da tecnologia para a execução do ilícito.

Ainda é clara a atuação de pessoas físicas, e o algoritmo atua processando uma extensão do raciocínio humano preexistente. Os membros do acordo fazem uso da tecnologia para aperfeiçoar a colusão estabelecida, colocando o algoritmo apenas como o mensageiro que ajuda os mesmos a implementar, monitorar e fazer cumprir o acordo ilegal. Nesse sentido, Coelho (2018, p. 122) elucida da seguinte maneira essa hipótese em um cartel: “os humanos firmam acordos anticompetitivos e apenas usam os computadores e algoritmos para auxiliar na implementação, monitoramento e policiamento do cartel, ou para facilitar a troca e sinalização de informações”.

Dentro desse contexto, pode ser exemplificado o caso *United States vs. Topkins*, que ocorreu nos Estados Unidos em 2015, o Departamento de Justiça Americano (DOJ) investigou o que seria o primeiro caso comprovado do uso de algoritmos para fomentar a colusão

de agentes. Na conduta, os agentes foram acusados de manipular os preços de pôsteres vendidos pelo comércio eletrônico *on-line* da *Amazon*, por meio de um algoritmo concebido com a função característica e finalística de coordenar os preços do produto.

O segundo cenário posto pelos autores, o denominado *hub and spoke*, envolve primeiramente duas dimensões de análise, quais sejam: a horizontal, quando os *players* são competidores em um mesmo mercado; e a vertical, que envolve *players* situados em um nível diferente da cadeia produtiva. Essa dinâmica de mercado é facilmente vista na chamada “economia colaborativa”, que envolve plataformas de dois lados e, “tais plataformas acabam possibilitando não apenas a intermediação entre os dois lados do mercado, mas também, em alguns casos, a coordenação em ambos os lados ou pelo menos em um deles” (FRAZÃO, 2016, p. 1).

Essa situação é atinente a informações sobre preços passadas entre empresas que operam no mesmo nível da cadeia de produção e distribuição, através de parceiro contratual comum operando em um nível diferente. São acordos horizontais, uma vez que operam em um mesmo nível, facilitado pela empresa atuante no outro nível da cadeia. Nesses arranjos anticompetitivos, o foco do problema é a troca de informações comercialmente relevantes que, mesmo realizada por um terceiro intermediário, pode ser comparada à troca direta de informações.

Nesse modelo, usa-se um único algoritmo para definir o preço de mercado cobrado por vários agentes. Existindo acordos horizontais, de um mesmo elo da cadeia, há cooperação entre concorrentes efetivos ou potenciais com a troca de informações sensíveis por meio de uma terceira vertente, que facilita o comportamento colusivo entre os envolvidos. Os algoritmos são usados como um *hub* central para coordenar os preços e estratégias dos concorrentes.

Coelho (2018, p. 122) sustenta que dado cenário “pode levar a uma colusão horizontal ao utilizar um único algoritmo, que será utilizado por vários *players* de um mercado, para determinar o preço a ser praticado”, como em uma lógica de aro e seus raios. Em mercados digitais, principalmente, assume relevância a sua utilização, conforme expressa Faria (2019, p. 59) na demonstração da prática de cartel embasada nas premissas do cenário *hub and spoke* por algoritmos, “este tipo de cartel seria caracterizado não pela utilização de um terceiro que coordenasse as informações entre os agentes, mas o uso de um mesmo algoritmo para assunção deste fim”.

Tal dinâmica pode ser exemplificada acaso *players* de um mercado terceirizem sua decisão de preço para uma terceira empresa especializada,

que detém análises e dados necessários para determinar o preço em um nível ideal para maximização dos lucros, sendo assim, a mesma funcionaria como um *hub* (aro). Como resultado, os preços seriam alinhados, pois os envolvidos usariam o mesmo algoritmo de precificação, embora não haja acordo explícito nesse sentido. Para Ezrachi e Stucke (2016), o conluio é considerado mais como uma consequência, mas não necessariamente o objetivo inicial, quando cada concorrente opta pelo mesmo algoritmo de precificação de terceiros.

Nessa perspectiva, observa-se que a utilização desse algoritmo não necessariamente indica que os concorrentes acordaram o preço a ser praticado. A comprovação de que preexistia um acordo horizontal de componentes humanos, é o elemento elucidativo e desafiador para se caracterizar um cartel no cenário *hub and spoke* por algoritmos. Todavia, o uso paralelo desse algoritmo por concorrentes efetivos causa eventual preocupação no tocante da análise de qual/quem seria a responsabilização, por demonstrar-se, em tese, uma conduta lícita.

Um mesmo algoritmo cedido por um único fornecedor e utilizado por concorrentes, pode gerar uma concentração horizontal e com isso, prejudicar determinado mercado relevante. É nesse sentido que Coelho (2018, p. 126) expõe:

*O fato de haver um mesmo fornecedor para vários concorrentes não necessariamente caracteriza uma conduta anticompetitiva. É necessária a verificação de que os concorrentes se utilizam desse algoritmo em comum para formação de uma coordenação horizontal com o fim ilícito, mesmo ainda que um concorrente não troque informações com outros concorrentes.*

Em 2016, nos Estados Unidos, houve uma denúncia feita por um cliente da Uber contra o CEO da empresa, pela prática do que seria um cartel *hub and spoke*. As alegações contidas na denúncia eram que os acordos verticais da Uber com seus motoristas, originavam uma coordenação horizontal por parte dos mesmos, devido ao uso paralelo de um mesmo algoritmo que determina o preço a ser praticado nas corridas. No caso supra, os concorrentes, os motoristas independentes, cooperavam entre si através de um terceiro em acordo vertical, a Uber, para o que seria uma coordenação horizontal para fixação dos preços (PASSARO, 2016).

Já em relação ao terceiro cenário, o do agente previsível, demonstra-se como um componente desenvolvido para se buscar um resultado determinado com base em dados coletados no mercado, “o que

se tenta é prever a produção de resposta a partir da alteração das condições econômicas e mercadológicas” (FARIA, 2019, p. 61). Cada *player* manipularia de forma isolada e independente seu algoritmo, contudo, isso não exclui a possibilidade de tais algoritmos acompanharem vieses parecidos e gerarem distorções anticompetitivas.

Nesse sentido, agentes desenvolvem de forma unilateral seus algoritmos que irão auxiliar no fornecimento de resultados e reações possíveis dadas as condições de mercado. Não há acordos colusivos predeterminados entre humanos, como em carteis em condições normais. Cada empresa desenvolve e adota seu próprio algoritmo de preços, por exemplo, sem acordos entre si. Os programadores também não programam o algoritmo para conspirar, mas sim, nessa situação, os algoritmos de precificação tem uma poderosa capacidade preditiva e de autoaprendizagem, conspirando ao estabelecer unilateralmente os preços ao nível ideal, sem necessidade de intervenção humana. É um caso claro de colusão tácita e de paralelismo de preços, no que pese, demonstrando um cenário de dificuldade relativa para a caracterização concreta do ilícito a ser repensada.

O algoritmo que atua como “agente previsível”, é fornecido pelas organizações de forma unilateral, com isso, a transparência do mercado auxilia os algoritmos a preverem o comportamento do mesmo e, dessa maneira, de forma autônoma, pratiquem condutas paralelas para fixação de preços por aprendizagem própria, sem interferência humana. Neste cenário, os desafios à detecção e eventual responsabilização de penalidade anticompetitiva são muitos.

*Diferentemente dos algoritmos tratados nos cenários do mensageiro e hub-and-spoke, os algoritmos parte do cenário agente previsível são considerados algoritmos de alta complexidade, pois são desenvolvidos individualmente por cada empresa, de forma unilateral, com o intuito de preverem o comportamento um dos outros e, com isso, praticarem condutas paralelas, sem a interferência humana para tanto. (COELHO, 2018, p. 127).*

Assim, o uso de algoritmos sofisticados não seria apenas um facilitador ao empresário, mas autores das próprias decisões. Ressalta-se que tais programas possuem um ponto de partida definido: apresentar uma maior lucratividade ao empreendimento (LIMA, 2017). No entanto, não possuem um ponto final claramente definido, não se sabendo ao certo o

que a inteligência artificial deduzirá em seu processo de *deep learning*, que é o aprendizado de máquina que visa “ensinar” as máquinas a agirem e interpretarem dados com múltiplos níveis de abstração (SCHMIDHUBER, 2015), também conhecida como aprendizagem profunda, existindo assim o risco de optar por uma ilegalidade contra o mercado.

O processo de *deep learning*, ou aprendizagem profunda é uma das grandes preocupações em relação à inteligência artificial, inspirada nas funções do cérebro humano, denominando-as de “redes neurais artificiais” (*artificial neural networks* – ANNs), ou seja, algoritmos que imitam a estrutura biológica de um cérebro humano. Possuem várias camadas, as quais podem ultrapassar a capacidade humana de compreensão sobre suas funções (ELIAS, 2017), tendo impacto sobre essa previsibilidade do agente.

No início dos anos 90, nos Estados Unidos, o DOJ investigou um caso no setor de transporte aéreo que se enquadraria como exemplo no cenário do agente previsível. Na hipótese, empresas aéreas enviavam diariamente informações sobre tarifas a *Airline Tariff Publishing Company* (ATPCO), uma central que compilava os dados recebidos em tempo real e os compartilhavam com as agências de viagem, sistemas de reservas *online*, consumidores e as companhias aéreas no geral. O departamento americano constatou a existência de um mecanismo de troca de dados para monitorar as tarifas e rapidamente reagir às mudanças e alterar os preços, permitindo que as empresas acertarem entre si sem necessariamente se comunicar. Todavia, dada à dificuldade de provas diretas, o DOJ não foi capaz de obter indícios mais claros que apontassem para um conluio tácito prejudicial ao mercado entre as companhias (BORENSTEIN, 1999).

No último e mais abstrato cenário, denominado “máquina autônoma”, o componente algorítmico é criado com um objetivo, tendo como base a coleta de dados, experimentos e autoaprendizagem. Não há o componente humano claro para práticas colusivas, mas apenas o próprio mecanismo de funcionamento dos algoritmos, “neste caso não há qualquer elemento intencional para que haja colusão, e sim a mera utilização da tecnologia a fim de maximizar sua atividade” (FARIA, 2019, p. 62). Nesse cenário, em especial, reside uma dificuldade demasiada de punição das condutas causadas ao ambiente concorrencial e aos consumidores (FARIA, 2019).

Assim, os agentes desenvolvem suas máquinas e algoritmos de forma unilateral, com a meta em comum de maximização de lucros. De modo autônomo, por meio de *deep learning*, essas máquinas determinam os meios para se atingir o resultado de maximização de lucros almejado,



sem qualquer interferência humana. Como no cenário anterior, dada à transparência do mercado, traça sua melhor estratégia conforme sua autoaprendizagem.

Os programadores desenvolveriam a inteligência artificial com uma capacidade total de autoaprendizagem, garantindo-lhe independência no processo de gerenciamento de vendas e preços. Em virtude disso, o seu *modus operandi* no mercado não seria definido pelo *player*. Athias e Moreira (2017) afirmam que a distinção desse cenário dos anteriores, é que a colusão (tácita ou expressa) é improvável desde o início, haja vista os algoritmos não serem programados para a colusão.

Tendo em vista essa forma de atuação dos algoritmos de autoaprendizagem, onde o componente humano é minimizado, inexistindo *a priori* predeterminação colusiva de indivíduos, mas uma atuação autônoma da inteligência artificial para se alcançar o fim desejado. Logo, sabe-se o fim almejado, mas não os meios que serão eleitos pela inteligência artificial utilizada por meio dos algoritmos (ATHIAS; MOREIRA, 2017).

*Destarte, para o ser humano proprietário da empresa, inexistiria o conhecimento prévio do que o software aprenderia com os padrões comportamentais apresentados pelos consumidores, com as informações oferecidas pelos concorrentes, com a contabilidade do estoque, entre outros que envolveriam fatores que não permitiriam ao melhor dos empresários a previsibilidade do ponto ao qual chegaria a inteligência artificial por ele empregada (LIMA, 2017, p. 19).*

Dentro dessas perspectivas, torna-se evidente, sobretudo, a perda de controle sobre os processos de aprendizagem de algoritmos. A autonomia dos algoritmos de *machine learning* faz com que as tarefas por eles desempenhadas sejam difíceis de antever e, mesmo após a decisão, “difíceis” de explicar (FERRARI; BECKER; WOLKART, 2018).

Dessa forma, com a exposição dos cenários, os autores demonstram que num contexto de ação e reação, algumas situações são mais visíveis e factíveis que outras, contudo, as condutas não devem ser consideradas em padrões de mais ou menos reprováveis, devendo o cuidado em tais análises ser equitativo.

#### **4. Práticas colusivas e discriminatórias pelo uso de algoritmos, panorama jurídico e a atuação do CADE no controle de condutas**

Segundo a OCDE, ainda não está claro se algoritmos de autoaprendizagem podem, de fato, atingir tal conluio prejudicial à concorrência de modo explícito. No entanto, em condições de mercado favoráveis à colusão, algoritmos que aprendem mais rápido do que humanos através de tentativa e erro, podem eventualmente perceber que a estratégia ideal é conspirar, na tentativa de alcançar um equilíbrio cooperativo (LACERDA, 2017) ou mesmo melhores resultados otimizados.

Á vista disso, a situação é complexa ao atual cenário jurídico no combate de atos lesivos a concorrência, tanto para prevenir condutas quanto para punir os agentes. Os algoritmos poderiam alterar a estrutura do mercado de maneira a facilitar resultados colusivos, assim como o uso de *softwares* de precificação também podem levar a esse fim. É possível identificar semelhanças entre preocupações concorrenciais trazidas pelos algoritmos de autoaprendizagem e o problema de oligopólios. Isso se refere a uma preocupação de que a alta interdependência e autoconsciência mútua em mercados oligopolistas possam resultar em conluio tácito, uma vez que os algoritmos podem influenciar fatores estruturais que ampliam problemáticas oligopolistas, como o número de concorrentes, barreiras à entrada, transparência e frequência de interação (LACERDA, 2017).

Atualmente, na maioria das jurisdições, a lei exige a existência de um acordo para punir práticas colusivas. No entanto, a noção de “acordo” poderia ser modificada para adaptar a aplicação das leis antitruste para essa nova realidade (LACERDA, 2017), afinal de contas, a máquina não possui vontade, mas reproduz vontades as quais foram programadas.

Assim, dadas essas questões contemporâneas que trazem novas preocupações ao demonstrarem a ausência de regulamentação jurídica adequada para esses “novos agentes”, especialmente no que concerne aos dois últimos cenários propostos, o do agente previsível e máquina autônoma.

Coelho (2018, p. 128) aduz que “a capacidade de *deep learning* do algoritmo pertencente ao cenário apresentado e denominado como, máquina autônoma, além de trazer benefícios tais como a melhor otimização das vendas por um *player*, pode vir a resultar, também, em riscos à concorrência”. Assim há, de fato, o risco destes algoritmos

“optarem” por exercer condutas que vá de encontro às legislações antitruste.

Por todo o explorado até aqui, relativo a cada cenário, importante destacar qual o papel e a análise do órgão antitruste nacional, para responsabilizar e coibir tais condutas por partes de *players* e agentes autônomos. Visto que, no caso dos agentes autônomos, há certo “limbo” para caracterização de culpa, responsabilização e reparação, sobre o que deve ser “considerado falha no funcionamento do código de programação, assim como a linha divisória entre o dano produzido por sistema autônomo defeituoso e o dano produzido por sistema autônomo não defeituoso” (TEPEDINO, 2019, p. 73). A previsibilidade, à luz da dogmática da responsabilidade civil, em casos de responsabilização do uso de inteligência artificial, tem adquirido importância nos últimos anos, dentro do requisito do dano indenizável (TEPEDINO, 2019).

Com isso, importantes são os ajustes relacionados ao modelo de responsabilização aplicável em tais casos, de como será preenchida a lacuna entre os fatores controlados pelo programador e o comportamento do algoritmo, com aspectos de incerteza e estudos se pode o primeiro ser responsabilizado por falhas na operação do segundo (FERRARI; BECKER; WOLKART, 2018), por exemplo.

Deste modo, no que tange a teoria do dano na seara concorrencial, estabelece-se um teste para verificação da conduta ilícita, em que é preciso constatar as seguintes condições para configuração do ilícito concorrencial: (i) constatar a existência de posição dominante no mercado à montante; (ii) verificar tratamento discriminatório aos agentes que atuam como concorrentes no mercado à jusante e que resulte em redução indevida da capacidade de concorrer; (iii) verificar a existência de justificativa econômica legítima; e (iv) no caso de haver justificativa legítima, avaliar se haveria alternativa menos restritiva da concorrência. Ou seja, os danos ou possíveis danos originados das práticas enquadráveis em tipos anticoncorreciais se sobreponham às eficiências provindas de tais ações, “testes de proporcionalidade” entre os danos e eficiências, é considerado necessário na avaliação da ilegalidade de conduta unilateral, dessa forma é como tem se solidificado a jurisprudência do CADE quando necessário em tais análises.

Por conseguinte, dentro dessas perspectivas, o CADE já se deparou com casos concretos vislumbrados sob a ótica do cenário messageiro; quanto aos do *hub and spoke* pelo uso de algoritmos, agente previsível e máquina autônoma, um exercício de discussão probatória e aplicação da regra da razão ou *per se* para a análise, ganham aspectos novos.

No cenário mensageiro, tem-se como exemplo um julgado de 2016 no qual o CADE condenou um cartel de autoescolas e despachantes que teria utilizado um *software* para monitorar e fiscalizar a implementação do acordo fixado entre os participantes (COELHO, 2018). No processo administrativo nº 08012.011791/2010-56, iniciado a partir de uma representação, o conselheiro relator Márcio de Oliveira Júnior aduziu em seu voto que houve clara intenção entre os agentes em criar um algoritmo com a finalidade específica de instrumentalizar o acordo anticompetitivo estabelecido, dada a conduta humana nítida para estabelecer o conluio, utilizando da regra *per se* para a condenação e responsabilização objetiva dos agentes na conduta ilícita.

O exemplo acima demonstra claramente o cenário do mensageiro proposto por Ezrachi e Strucke, sendo vislumbrada a intenção humana em elaborar um algoritmo/*software* com a finalidade exclusiva de sistematização de acordos anteriormente definidos no plano humano. Logo, nesse caso, não houve entraves a quem responsabilizar pela conduta, pelo comprovado e sobreposto componente humano nos meios utilizados a se realizar o ilícito anticompetitivo.

Possivelmente, esse seja o cenário mais “claro” do uso palpável de algoritmos para se praticar condutas colusivas, o fim almejado já fora determinado, pois existe um acordo anterior. “Quando um *software* ou algoritmo atua como mensageiro, inexistem maiores problemas na configuração da infração e responsabilização, já que o componente humano é claro na determinação de atuação, não há uma autonomia tecnológica decisória” (ATHIAS; MOREIRA, 2017, p. 2), logo uma análise aplicando-se a regra *per se*, se demonstra pertinente, pois o polo passivo é claramente composto por pessoas físicas.

Nessa senda, observa-se a difícil verificação e obtenção de provas direitas de um acordo horizontal para a coordenação e fixação de preços de mercado, como no caso do cenário *hub and spoke* por algoritmos. Frazão (2016, p. 6) exprime a seguinte ponderação, analisando também sob a ótica da denúncia anticompetitiva contra a Uber anteriormente exposta:

*[...] diante dessa nova realidade, é forçoso reconhecer que, apesar de tais coordenações poderem despertar preocupações anticoncorrenciais, terão que ser analisadas sob perspectiva distinta daquela que é aplicada usualmente aos casos de coordenação. Deverão ser tratadas como infrações por efeitos, mediante a aplicação da regra da razão, a fim de que a autoridade concorrencial apenas possa concluir pela ilicitude*

*da conduta após sopesar cuidadosamente as eficiências e benefícios por ela gerados com eventuais efeitos anticompetitivos.*

Sob a égide dessa nova realidade, do uso de novas tecnologias para se praticar atos colusivos, a aplicação apenas da regra do ilícito *per se* deverá ser revista, exigindo novas reflexões e adaptações de suas premissas e metodologias tradicionalmente utilizadas quanto ao modo de análise das supostas infrações a ordem econômica em condutas coordenadas. O CADE deverá sopesar, adequadamente, as eficiências e benefícios, assim como os eventuais efeitos anticompetitivos gerados, apresentando as justificativas econômicas para legitimar a conduta, para que faça a aplicação correta da lei 12.529/2011 (COELHO, 2018).

Em 2013, o CADE iniciou um trabalho envolvendo mineração de dados e filtros econômicos na detecção de cartel, denominado de “Projeto Cérebro”. Por meio da transposição de diversos bancos de dados, o *software* consegue reconhecer a probabilidade de colusão entre as empresas, principalmente em processos licitatórios. Nesse período, a OCDE destacou em um estudo que a melhor forma para os órgãos abrirem investigações de ofício contra ilícitos antitruste seria por meio do uso de *big data* (PIMENTA, 2019), por esse ângulo, é uma tecnologia que tem potencial para se expandida, continuada e aperfeiçoada para averiguar também práticas colusivas e discriminatórias de preço, por partes de outras inteligências artificiais do mercado.

Por ora, diante de cada caso concreto, principalmente nos cenários do agente previsível e máquina autônoma, cabe ao CADE um exercício interpretativo, com inferências lógicas e análises econômicas que poderiam ser utilizadas, poderá ser usado critérios de igualdade e proporcionalidade, baseados na regra da razão, comprovando-se a existência de poder de mercado ou a demonstração de ineficiência da conduta na concorrência e de não haver benefícios gerados, para que se conclua a análise de se houve ou não lesão à lei antitruste (LIMA, 2017).

Faria (2019, p. 62-63) expõe, quanto às dificuldades encontradas em tais cenários, especialmente no que diz respeito ao da máquina autônoma:

*Aqui o desafio reside no fato de que a doção de conduta que levaria a um paralelismo entre os players advêm do próprio mecanismo de funcionamento dos algoritmos, baseados em machine learning. Não haveria, por exemplo, prova de conduta*

*ilícita ou sequer algum tipo de acordo entre os agentes, fato tal de que dificultaria muito qualquer tipo de punição, a despeito dos prejuízos causados ao ambiente concorrencial e aos consumidores.*

Recentemente em 2019, o CADE arquivou um processo contra o *Google* que apurava a partir de uma representação, se o mesmo teria colocado seu “*Google Shopping*” em posição privilegiada dentro dos resultados de seu buscador na internet (*Google* Buscas), infringindo a neutralidade do algoritmo para favorecer seu serviço em detrimento dos concorrentes. Para o relator do caso, o conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, não fora possível verificar manipulação de algoritmos da busca orgânica do *Google* no mercado brasileiro, assim como se utilizou de um exame de danos e eficiências. Tratando da diferença entre uma inovação pró-competitiva e uma inovação predatória, que se dá a partir da análise dos efeitos líquidos da prática. Dessa forma, o relator sopesou eficiências e benefícios, inexistência de provas, concretude de dano, além de aplicar a regra da razão para justificar seu voto, conforme trecho abaixo exposto (BRASIL, 2019):

[...]

*388. As condutas unilaterais são – e devem ser – apreciadas a partir da regra da razão, diante da qual, para a condenação de uma empresa por prática anticompetitiva, é necessária a comprovação de efeitos negativos líquidos, ainda que potenciais. Ou seja, é imperioso que os danos ou possíveis danos originados das práticas enquadráveis em tipos anticoncorreciais se sobreponham às eficiências provindas de tais ações.*

[...]

*637. Em minha visão, a mera possibilidade de efeitos, em mercados de inovação, não pode ser motivo suficiente para a condenação, sob pena de frearmos o ambiente inovativo, criando um fosso no nosso desenvolvimento em comparação com outros países, nos quais esse aspecto é altamente incentivado.*

Nesse caso, o Conselheiro-Relator, também se referiu a uma comparação com a Comissão Europeia que analisou caso semelhante, embora em contexto fático completamente diferente do verificado no Brasil. No mesmo, um remédio fora aplicado e que o referido remédio

desenhado não estaria surtindo os efeitos desejados, argumentando assim que remédios comportamentais, mediante o estabelecimento de obrigações de fazer e não fazer de cunho legal/fático, ou estruturais, de desinvestimento de ativos, raramente com a obrigação de mudanças no produto, não necessariamente são uma alternativa a esses casos, principalmente em mercados digitais em que esse redesenho, estaria fadado ao insucesso por vários motivos, além da incompetência legal da agência para fazê-lo. Por fim, que ainda seria preciso cautela no raciocínio de transpor um entendimento de outra jurisdição para o nosso direito pátrio e que no Brasil, apurou-se concretamente que os comparadores de preço não foram discriminados nos resultados da busca orgânica, diferentemente do que ocorreu na Europa, para embasar o arquivamento do processo administrativo (BRASIL, 2019).

Importante salientar ainda que, em tal caso, houve divergências entre os conselheiros. A conselheira Paula Farani Azevedo Silveira em voto vogal, destacou que a alavancagem exercida por meio do posicionamento privilegiado seria um “*nudge*” (ou incentivo) para direcionar o consumidor inserido na plataforma para os lugares que a mesma pretende. Além disso, um dos fundamentos do bem-estar do consumidor é a liberdade de escolha por meio da preservação da qualidade e diversidade dos bens no mercado, a qual estaria sendo mitigada frente ao posicionamento privilegiado do *Google* decorrente da falta de neutralidade dos algoritmos de busca geral. Tal posicionamento, junto do conselheiro João Paulo Resende, configurou voto vencido, não obstante, demonstrou que ainda não há um entendimento pacífico jurisprudencial no CADE no que tange as infrações em cenários altamente dinâmicos e complexos, que fazem grande uso de inteligência artificial e *big data/analytics*.

No mesmo rumo, em julho de 2020, o Congresso dos EUA, junto de sua comissão antitruste, interrogou os diretores executivos das quatro principais gigantes da tecnologia atual (*Amazon, Apple, Google e Facebook*). Um dos pontos ventilados foram se as *big techs* estariam abusando de suas posições dominantes no mercado digital, justamente com discriminação algorítmica e entre concorrentes. Como no caso da *Amazon*, que por meio da “*Alexa*” (uma assistente virtual desenvolvida pela própria *Amazon*), estaria dando preferência aos seus próprios produtos (SANTOS, 2020).

Essa questão ainda continua aberta nos EUA, mas demonstra cada vez mais ser uma realidade irremediável, e às autoridades antitruste em especial, cabe um olhar ainda mais atento a condutas não só no plano físico, mas principalmente digital, havendo um maior incremento de sua

expertise técnica e coordenação sobre cada ponto que possa configurar práticas de atos prejudiciais ao mercado e à sociedade.

Dessa forma, retornando-se ao que propôs Ezechiel e Strucke para o cenário da máquina autônoma, a problemática subsiste na lacuna de regulação e jurisprudência do CADE e de outros organismos fiscalizadores internacionais. Assim, compreende-se que o CADE dependerá novamente de um exercício interpretativo dado em casos concretos, ou de uma alteração legislativa; haja vista a insuficiência normativa atual da Lei nº 12.529/2011 para a comprovação/responsabilização ou não de ilícito concorrencial dentro desse contexto (COELHO, 2018).

Por fim, delimitar quais os parâmetros e finalidades do direito da concorrência e sua atuação na sociedade e economia cada vez mais globalizada, inclusive por dados, de forma a orientar a aplicação da lei e seus propósitos, tal como em direcionar as finalidades e coerência com o sistema jurídico ensejando segurança ao mesmo, é essencial e positivo.

## **5. Considerações finais**

Por todo o exposto, pode-se afirmar que, em relação ao primeiro objetivo do presente trabalho, de análise e demonstração do uso de algoritmos dentro do âmbito da inteligência artificial sobre a influência de condutas anticoncorrenciais, a sociedade contemporânea e o mercado atual testemunham mudanças relevantes na economia com impactos diretos em relação à concorrência. O uso de dados, inteligência artificial e programas de *software* especializados, são diretrizes irremediáveis para as empresas, seja as de mercado digital ou mercados tradicionais que estão se digitalizando e, dessa forma, se fazem cada vez mais presentes em nossas vidas cotidianas.

Essa nova realidade econômica tem impactos importantes na política de concorrência, as tradicionais ferramentas antitruste foram desenvolvidas em um contexto completamente diferente, para lidar com práticas de negócios tradicionais. Portanto, alguns conceitos e ferramentas tradicionalmente usados pelas jurisdições antitruste devem ser revisitadas para abordar a nova realidade.

Os avanços da tecnologia não são apenas benéficos aos consumidores e ao mercado por proporcionarem bem-estar e eficiência, mas também apresentam novos desafios que são exercícios de adequação. Especialmente no que tange ao uso de algoritmos de baixa e alta



complexidade e dada possibilidade de ocasionar danos à concorrência, assim como a classificação da responsabilização da conduta.

Para alcançar o segundo objetivo, adentrou-se nos quatro cenários teóricos de Ezrachi e Stucke, demonstrando-se a possibilidade de algoritmos facilitarem a colusão por atuarem como elementos colaboradores no caso de acordos anteriores entre os desenvolvedores, e como também, serem os próprios autores de práticas colusivas lesivas a concorrência.

Nesse sentido, em uma colusão tácita ou expressa, é importante identificar o “fator determinante” do uso algorítmico e quais os liames de comunicação que orientam a isso. Atualmente, para as autoridades antitruste em geral, parte mais de um exercício interpretativo, dada as informações e como se estrutura tal mercado, do que necessariamente de uma análise técnica, no sentido de se conhecer a “matriz” de como é programado o algoritmo pelos *players*.

No que se refere à colusão tácita pelo uso de algoritmo, diferente da convencional, da qual a jurisprudência do CADE não tende a punir tal paralelismo, com o uso de algoritmo seria uma forma mais “rápida”. No que tange a uma colusão expressa, em que empresas fazem uso de um algoritmo em comum para executar e monitorar seus acordos, demonstra-se basicamente uma nova forma de implementar um cartel, sendo, portanto uma nova ferramenta.

Assim, em relação à análise do terceiro objetivo, que colocou em foco o papel das autoridades antitruste na ocasião e como as mesmas podem atuar, destacou-se que o próprio CADE, atualmente, já faz uso de inteligência artificial na mineração de dados para a detecção de cartel, o chamado “Projeto Cérebro”, *enforcement* que deve continuar e se atentar para essas novas possibilidades.

Não obstante, para algoritmos de autoaprendizagem, novos contornos são delineados, sendo um elemento distintivo fundamental que a vontade e participação humana nessa tomada de decisões pela máquina seja inexistente, ou seja, é preciso entender melhor como funcionam algoritmos que aprendem ao longo do tempo, de como são construídas essas decisões, não apenas os efeitos.

Alguns estudos que fazem “testes de laboratório” com algoritmos e como os mesmos interagem e agem entre si, e se poderiam conduzir a uma colusão tácita ou discriminação de precificação sem comunicação direta humana, tendo decisões independentes, têm sido realizados em alguns países. Dessa maneira, esses “testes” deveriam ser em maior escala usado pelas agências antitruste, para se entender os meios e não apenas os

efeitos, assim como, a discussão não ficar apenas em um plano tão abstrato e fictício. No âmbito do CADE, pode ainda ocorrer uma força tarefa em reforço técnico ao próprio projeto Cérebro, por exemplo, para a incremento dessa dinâmica, que traria novas perspectivas e transparência do uso algorítmico pelas firmas.

Diante disso, discute-se a possibilidade de se publicizar ou serem disponibilizados as autoridades antitruste, o algoritmo de determinada empresa, para que assim seja facilitado o entendimento do que o algoritmo fora programado para fazer, ou do que de fato está fazendo. No entanto, ainda assim os *players* podem alegar algum tipo de proteção de propriedade intelectual ou o “segredo” industrial, sendo questões extremamente confidenciais.

A determinação de quando um algoritmo adotou decisões colusivas/discriminatórias, é uma linha tênue, as máquinas conseguem aprender e se desenvolver mais rapidamente do que seres humanos, tanto que quem as programou nem sempre consegue acompanhar na mesma velocidade e entender onde as mesmas estão chegando ou qual a lógica utilizada. E quando percebido, é importante descobrir a linha temporal em relação a seus impactos e responsabilização dos efeitos. Assim, demonstra-se importante que as autoridades antitruste sinalizem ao mercado quando isso poderá ser responsabilidade da empresa ou de parte da economia.

Com isso, para as empresas, poderia existir uma espécie de válvula de segurança, no tocante que poderia ser criada algum tipo de obrigação de *compliance* ou forma mais acurada de governança para esse escopo, a fim de se evitar uma responsabilização objetiva, caso em algum momento a firma perca o controle sobre aquele determinado algoritmo que estivesse porventura agindo em desconformidade colusiva, sendo mais nocivo que benéfico.

Nessa senda, dada às possibilidades, constata-se a difícil questão de imputação de conduta anticompetitiva quando um agente autônomo entra em cena e, mais ainda, quando ausente o componente humano, sendo possível que a tomada de decisões não parta de um ser humano, mas sim de um algoritmo de alta complexidade, tornando, portanto, questionável a aplicação de eventual punição. No entanto, ainda se pode usar os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade, numa relação de intenção, conteúdo da conduta e seus efeitos no mercado, o que sistematizaria uma eventual aplicação da regra da razão ou uma sistemática mista de análise.

Por fim, todo o deslindado até aqui, não é uma discussão simples e requer uma maior maturação, dado que as relações humanos-máquinas

estão transcendendo progressivamente as raias da vida, tornando-se cada vez mais complexas. Aos fiscalizadores do direito da concorrência, em especial o CADE no Brasil, depende de um eficiente e adequado exercício de interpretação de suas normas, sendo que a lei já indica algum caminho de responsabilidade objetiva, podendo ser criado algum tipo de obrigação de *compliance*, mas ainda carece de eventuais lacunas legislativas, requerendo um arcabouço legal e normativo mais adequado para abarcar tais diretrizes tecnológicas.

## 6. Referências bibliográficas

AGUILAR, Luis Joyanes. Fundamentos de Programação. 3ª Ed. Porto Alegre, 2011.

ALMEIDA, Virgilio; DONEDA, Danilo. Mecanismos invisíveis de polarização política. Valor Econômico, 8 nov. 2016. Disponível em: <<https://valor.globo.com/opiniao/coluna/mecanismos-invisiveis-de-polarizacao-politica.ghtml>>. Acesso em: 06/06/2020.

BAGNOLI, Vicente. Competitividade na Economia Digital e Livre Concorrência. 2017. Disponível em: <<https://www.mackenzie.br/liberdade-economica/artigos-e-videos/artigos/>>. Acesso em: 22/05/2020.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BORENSTEIN, Severin. *Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case (1994)*. Disponível em: <[http://global.oup.com/us/companion.websites/fdscontent/uscompanion/us/pdf/kwoka/9780195322972\\_09.pdf](http://global.oup.com/us/companion.websites/fdscontent/uscompanion/us/pdf/kwoka/9780195322972_09.pdf)>. Acesso em 20/032020.

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.011791/2010-56. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2010. Disponível em: <<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa>>. Acesso em: 21/03/2020.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2011. Disponível em: <<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa>>. Acesso em: 02/08/2020.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2014. Disponível em: <<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa>>. Acesso em: 05/06/2020.

COELHO, Maria Camilla Arnez Ribeiro. ALGORITMOS, COLUSÃO E “NOVOS AGENTES”: OS QUATRO CENÁRIOS DE STUCKE E EZRACHI SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE BRASILEIRA. 2018. Disponível em: <[http://www.pinheironeto.com.br/Documents/Artigos/Algoritmos\\_colus%C3%A3o%20e%20novos%20agentes.pdf](http://www.pinheironeto.com.br/Documents/Artigos/Algoritmos_colus%C3%A3o%20e%20novos%20agentes.pdf)>. Acesso em: 17/03/2020.

CONTENT, Rock. Saiba como funciona um algoritmo e conheça os principais exemplos existentes no mercado. 2019. Disponível em: <<https://rockcontent.com/blog/algoritmo/>>. Acesso em: 15/03/2020.

DAVENPORT, Thomas H. *The Rise of Automated Analytics*. Disponível em: <<https://blogs.wsj.com/cio/2015/01/14/the-rise-of-automated-analytics/>>. 2015. Acesso em: 15/03/2020.

DOMINGOS, Pedro. *The master algorithm: how the quest for the ultimate machine learning will remake our world*. Nova York: Basic Books, 2015.

ELIAS, Paulo Sá. Algoritmos e inteligência artificial exigem atenção do direito. São Paulo: Conjur, 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-20/paulo-sa-elias-inteligencia-artificial-requer-atencao-direito>> Acesso em: 04/05/2020.

ERTEL, Wolfgang. *Introduction to Artificial Intelligence*. England: Springer, 2011.

FARIA, Luísa Campos. Impactos do Big Data e das legislações de proteção de dados nas análises antitruste. 2019. 70 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *Revista dos Tribunais*, vol. 995, setembro de 2018.

FRAZÃO, Ana. Algoritmos e inteligência artificial: Repercussões da sua utilização sobre a responsabilidade civil e punitiva das empresas. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicaoempresa-e-mercado/algoritmos-e-inteligencia-artificial-16052018>>. Acesso em: 20/03/2020.

\_\_\_\_\_. Ana. Dilema antitruste: o Uber forma um cartel de motoristas? Por definir preço de corrida, aplicativo também influenciaria adoção de conduta uniforme?. 2016. Disponível em: <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dilema-antitruste-o-uber-forma-um-cartel-de-motoristas-12122016](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dilema-antitruste-o-uber-forma-um-cartel-de-motoristas-12122016)>. Acesso em: 22/03/2020.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Cartel: Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex, 2007.

LACERDA, João Felipe Aranha. *Antitrust in the data-driven economy: impacts of Big Data and algorithms on traditional antitrust analysis in Brazil*. 2017. 64 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

LIMA, João Mateus Thomé de Souza. Inteligência artificial na competição: os limites da responsabilidade de um agente econômico em função de atos de concentração operados por programas sofisticados de computador no comércio eletrônico brasileiro. REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – Vol. 5, nº 2, 2017. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/articloe/viewFile/360/17>>. Acesso em: 18/03/2020.

LOH, Stanley. Volume, Velocidade, Variedade, Veracidade e Valor: Como os 5 Vs do Big Data estão impactando as Organizações e a Sociedade. Porto Alegre, 2019.

MAGNUS, Tiago. Indústria 4.0: A quarta revolução industrial. Florianópolis: Tudo Digital, 2017. Disponível em <<https://transformacaodigital.com/transformacao-digital/industria-4-0/>> Acesso em: 04/03/2020.

MALARD, Neide Teresinha. Concentração de empresas: livre concorrência e limites à liberdade de iniciativa. Brasília: UnB/Faculdade de Direito, 1997.

MOREIRA, Andrei; ATHIAS, Daniel Tobias. Algoritmos e suas repercussões nas infrações concorrenciais. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-25/algoritmos-repercussoes-infracoes-concorrenciais>>. Acesso em: 23/03/2020.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Teoria Geral do Processo: Com comentários sobre a virada tecnológica do direito processual. Salvador: Juspodvm, 2020.

OECD. *Algorithms and Collusion. Competition policy in the digital age*. 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>>. Acesso em: 21/03/2020.

\_\_\_\_\_. *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*. 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)>. Acesso em: 04/08/2020.

PASSARO, Nicholas. *How Meyer v. Kalanick Could Determine How Uber and the Sharing Economy Fit into Antitrust Law*. 2016.

Disponível em:  
<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2880204](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880204)>. Acesso em: 21/03/2020.

PERASSO, Valéria. O que é a 4 revolução industrial e como ela pode afetar nossas vidas. News: BBC Brasil, 2016. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>> Acesso em: 03/03/2020.

PIMENTA, Guilherme. Projeto Cérebro: Cade usa inteligência artificial no combate a cartéis. 2019. Disponível em: <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/projeto-cerebro-cade-usa-inteligencia-artificial-no-combate-a-carteis29102019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/projeto-cerebro-cade-usa-inteligencia-artificial-no-combate-a-carteis29102019)>. Acesso em 04/08/2020.

RUSSOM, Philip. *BIG DATA ANALYTICS*. 2011. Disponível em: <<https://vivomente.com/wp-content/uploads/2016/04/big-data-analytics-white-paper.pdf>>. Acesso em: 30/04/2020.

SANTOS, Guilherme dos. *Big Techs vs. Congresso dos EUA*. 2020. Disponível em: <<https://www.instagram.com/p/CDT8Ua4DacD/>>. Acesso em: 30/07/2020.

SCHECHTER, Luis Menasché. A Vida e o Legado de Alan Turing para a Ciência. 2016. Disponível em: <<https://dcc.ufrj.br/~luisms/turing/Seminarios.pdf>>. Acesso em: 22/05/2020.

SCHMIDHUBER, Jürgen. *Deep learning in neural networks: an overview*. Neural Netw. 61:85–117. 2015. Disponível em: <<https://arxiv.org/abs/1404.7828v4>>. Acesso em: 24/05/2020.

SILVA, Nilton Correia. Compreensão da inteligência artificial e dos seus pressupostos de controle e regulação, p. 35-50. *Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

STUCKE, Maurice. EZRACHI, Ariel. *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2591874>>. Acesso em: 17/03/2020.

\_\_\_\_\_. Maurice. EZRACHI, Ariel. *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm Driven Economy*. Harvard University Press, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. DESAFIOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019. Disponível em:

<<https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/465/308>>. Acesso em: 24/05/2020.

TITO, Fabiana. Concorrência e Poder de Mercado na Era dos Algoritmos. 2019. Disponível em: <[https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/433/25\\_IBRAC\\_2019\\_Concorrência\\_e\\_Poder\\_de\\_Mercado\\_na\\_Era\\_dos\\_Algoritmos.pdf](https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/433/25_IBRAC_2019_Concorrência_e_Poder_de_Mercado_na_Era_dos_Algoritmos.pdf)>. Acesso em: 22/03/2020.

TURING, Alan. *Computing Machinery and Intelligence*. Mind, New Series, v. 59, n. 236, p. 433-460, out. 1950.

UNITED STATES. Department of Justice. *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution*. 2015. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>>. Acesso em: 21/03/2020.

ZANATTA, Rafael A. F.; RENZETTI, Bruno. Proteção de dados pessoais e direito concorrencial: razões de aproximação e potencialidades de pesquisa. Revista Fórum de Direito na Economia Digital, Belo Horizonte, a. 3, n. 4, p. 141-170, jan/jun, 2019.

## **PARTE 3 POLÍTICA CONCORRENCIAL**



## 10. O ADVOCACY NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA PRÁTICA NO PRÉ E PÓS-PANDEMIA

### 10. COMPETITION ADVOCACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE PRACTICE PRE AND POST-PANDEMIC

*Ana Paula Guimarães e Luísa Campos Faria*

**Resumo:** Promover a retomada da atividade econômica e assegurar o funcionamento dos mercados durante e após crises é tarefa que depende da existência de uma política de defesa da concorrência clara e bem estruturada. Nesse contexto, a Advocacia da Concorrência ganha destaque como forma de promoção rápida e eficaz dos objetivos da lei antitruste e de mercados concorrencialmente saudáveis. Nesse ínterim, buscará o presente trabalho conceituar a Advocacia da Concorrência – ou *Advocacy* –, delimitando os meios de atuação por meio do qual tal prática pode se dar. Ademais, o trabalho também busca perpassar pelo modo com que a autoridade antitruste brasileira tem feito uso deste instrumento de promoção da concorrência, tanto nos anos anteriores quanto durante a vigência da crise causada pela pandemia do Covid-19.

**Palavras-chave:** Advocacy, Crise econômica, Covid-19, Cade.

**Abstract:** Promoting the resumption of the economic activity and ensuring the functioning of markets during and after a crisis is a task that depends on the existence of a clear and well-structured competition defense policy. In this context, Competition Advocacy is highlighted as a form to promote the objectives of the antitrust law and ensure the competitive healthy markets on a quickly and effective way. In the meantime, the present work will seek to conceptualize Competition Advocacy, delimiting the actions through which such practice can take place. Furthermore, the work also seeks to review the how the brazilian antitrust authority has used this instrument to promote competition in previous years and during the crisis caused by the Covid-19 pandemic.

**Keywords:** Advocacy, Economic crisis, Covid-19, Cade.

## 1. Introdução

A crise sanitária causada pela pandemia de Covid-19 obrigou cidadãos, empresas e instituições, em todo o mundo, a remodelarem suas atuações para, concomitantemente, manter o funcionamento de atividades produtivas em diversos setores da economia e respeitar medidas de prevenção da doença, notadamente o isolamento social. A dificuldade de equacionar esses objetivos já faz com que a contenção da Covid-19 se caracterize como o maior cisne negro<sup>1</sup> (TALEB, 2007) da história recente.

Fato é que, sem prejuízo das tentativas de minimizar os efeitos deletérios sobre a economia da adoção de medidas de isolamento social, estamos diante de uma crise de proporções ainda não totalmente dimensionadas, mas, sem dúvida, gigantescas. Sabe-se que as medidas de distanciamento e isolamento possuem um prazo de validade para serem aplicadas, visto que nenhum país do mundo consegue por tempo muito longo sustentar grande parte de sua população em casa. Desta feita, os Estados têm enfrentado dilemas acerca das melhores estratégias de volta a serem adotadas, de maneira a se retomar a atividade econômica sem que isso se converta numa nova onda da doença, provocando mais mortes.

Promover a retomada da atividade econômica e assegurar o funcionamento dos mercados durante o período de instabilidade são medidas que devem ser adotadas sob a égide de uma política de defesa da concorrência clara e bem estruturada. O antitruste, convocado a oferecer respostas nesse contexto de turbulência, precisa se valer de atributos como sua plasticidade, permeabilidade e potenciais dissuasório e convincente para conformar a atuação de agentes econômicos. Para a consecução desse mister, nem sempre os meios tradicionais de repressão e prevenção são os instrumentos mais adequados.

Nesse contexto, a Advocacia da Concorrência ganha destaque como forma de promoção dos objetivos da lei antitruste. Oportuno lembrar que o tema relativo ao *Advocacy*, mesmo no cenário pré-crise, já estava angariando certo protagonismo no cenário internacional: em 2020, alguns debates sobre o tema já eram previstos em eventos realizados pela OCDE

---

<sup>1</sup> De acordo com Nicholas Nassim Taleb, um Cisne Negro trata-se de um evento não previsível, raro e improvável, com capaz de alterar de maneira significativa e profunda o mundo como conhecemos. Dentre os exemplos capazes de ilustrar o que constituiria um Cisne Negro, o autor cita o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001. TALEB, Nassim, *A Lógica do Cisne Negro: O impacto do altamente improvável*. 6 Ed., Rio de Janeiro: Editora Bestseller, 2007.

(Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Em 8 de fevereiro de 2020 ocorreram debates em Budapeste acerca do papel do *Advocacy* nos setores bancários e de seguros. Posteriormente, entre 3 e 4 de março de 2020, dessa vez em Lima, foi realizado seminário somente voltado à temática do *Advocacy*<sup>2</sup>.

Esse processo de conquista de espaço foi acelerado pela crise, diante das vantagens inerentes a esse instrumento para a superação do momento de instabilidade, dentre as quais podemos listar a variabilidade de meios pelos quais se implementam essas atividades (ausência de rol exaustivo); o custo significativamente menor em comparação aos dispêndios necessários na atuação repressiva e preventiva; e a possibilidade de alteração de suas diretrizes rapidamente, considerando a dificuldade das autoridades em preverem quais serão os impactos da pandemia no ambiente de cada mercado.

Considerando o potencial da atuação em Advocacia da Concorrência para o reestabelecimento da normalidade desejada nos mercados, este artigo traz considerações sobre esse instrumento buscando responder algumas questões.

Em sua primeira seção, o artigo tem como questão principal entender quais objetivos são instrumentais à atividade de defesa da concorrência e como esses objetivos, prescritos na lei antitruste, sofrem inflexões diante de turbulências nos cenários econômico, social e político dos Estados. Já com uma visão clara sobre esses objetivos e sua permeabilidade aos elementos do mundo concreto, a segunda seção destina-se a elucidar o que se entende por Advocacia da Concorrência, quais os atores legitimados para o exercício dessa atividade, os meios pelos quais ela pode ser levada a cabo, e suas vantagens e potenciais no contexto de defesa da concorrência.

Feitas tais considerações, a terceira parte deste artigo apresenta a experiência concreta que o Brasil já tem com a prática de *Advocacy*, destacando casos do cenário pré-Pandemia e relatando as iniciativas da Autoridade Antitruste Brasileira já adotadas no intuito de oferecer soluções para os problemas causados pela crise de Covid-19 no Brasil.

No desfecho, concluímos que embora a utilização da Advocacia da Concorrência seja estratégia especialmente vantajosas em cenários de crise, ela não deve ficar restrita a esse momento da história mundial. Nesse

---

<sup>2</sup> Fonte:< <https://www.oecd.org/competition/oecdcompetitionfuturemeetings.htm>>. Acesso em 25.5.2020.

sentido, a Pandemia sanitária ora enfrentada serve como um catalisador que adiantou tendência que já ganhavam força no cenário antes da crise. Com efeito, além de servir como meio de reestabelecimento da normalidade, conclui-se que o *Advocacy* deve passar a integrar, com protagonismo, as agendas de defesa da concorrência no Brasil.

## **2. A crise do Covid-19 e os novos desafios do antitruste**

### *2.1 Um retrato da crise*

A crise provocada pelo Coronavírus – agente causador da Covid-19 –, além de desafios sanitários evidentes, trouxe, para o campo econômico, preocupações relacionadas aos efeitos das medidas de combate à pandemia para a manutenção de diversas atividades e setores produtivos. As políticas de contenção da propagação do Covid-19, – que até o momento concentram-se nas ações de confinamento – afetaram sobremaneira as atividades produtivas não compatíveis com trabalho remoto, afetando especialmente setores referentes a serviços, tais como de transporte aéreo, hotéis, restaurantes, distribuição de varejo, cinemas etc. Desse modo, quanto mais extenso e maior o tempo de confinamento, mais graves os efeitos adversos nesses setores se apresentaram, assim como maior a diminuição do Produto Interno Bruto (PIB) do país.

Muito embora a referida crise tenha diversos aspectos diferentes das demais crises experimentadas pela história recente do capitalismo – vez que não foi gerada a partir de eventos do próprio capitalismo e da democracia, como bolhas econômicas ou decisões de política econômica desacertadas – certo é que os desafios ao enfrentamento não são, por isso, menores. Isso porque as respostas e soluções adequadas são escassas em meio ao alarmante cenário de que os problemas econômicos devem perpetuar por ainda mais tempo que a própria doença. Exige-se das autoridades a adoção de medidas capazes de mitigar ao máximo os efeitos econômicos negativos, protegendo bens jurídicos como a defesa dos consumidores, a livre concorrência e a existência de mercados saudáveis, todos com assento constitucional. É nesse contexto que a atuação das autoridades antitruste adquire protagonismo.

São muitos os meios historicamente adotados pelo antitruste a fim de mitigar efeitos deletérios gerados por uma crise: a permissividade

relativa a algumas condutas, mormente àquelas constituídas por meio da interação entre concorrentes, bem como a liberação de operações que promovam uma enorme concentração de mercado, pois a garantia da oferta daquele produto e a manutenção dos empregos gerados por uma indústria ameaçada por uma crise podem ser sopesadas de modo a resultar em ganhos sociais capazes de ultrapassar os efeitos negativos gerados.

Além dessa tarefa tradicionalmente confiada às autoridades, de regularem efeitos de crises para a manutenção de um ambiente concorrencial saudável, a Pandemia de Covid-19 traz um trabalho adicional: a necessidade de se combinar os mecanismos de mercado para evitar o desabastecimento de produtos essenciais, como ocorre aos Equipamentos de Proteção Individual – EPIs – em falta ao redor do globo, ou com relação aos testes para detecção da doença.

Os novos desafios trazidos pelo cenário adicionam novos objetivos à atividade antitruste, que desbordam a atuação tradicional de repressão e prevenção, por exemplo, o abastecimento de determinados bens a preços competitivos, a contenção de efeitos deletérios das medidas de enfrentamento, a religação de oferta e demanda, a atuação cooperativa entre agentes econômicos, etc. Esses objetivos, embora consentâneos com os valores tutelados pela ordem econômica – valorização do trabalho e livre iniciativa – nem sempre estão no foco de atenção das autoridades antitruste, motivo pelo qual, nesses momentos, instrumentos diversos do controle de estrutura e de conduta ganham destaque, caso da Advocacia da Concorrência (*Advocacy*).

## *2.2 Os objetivos da lei antitruste: o estigma da crise e as excessivas abstrações*

É partindo dessa premissa – de que as questões trazidas pela crise incrementam o espectro de objetivos da atividade de defesa da concorrência – que faremos algumas considerações sobre os objetivos do antitruste dentro do contexto em que vivemos.

Escrever sobre os objetivos da lei antitruste é uma tarefa perigosa. O primeiro risco que se corre é sucumbir à tentação, já anunciada por Forgioni (2016, p.14), de afirmar que essa disciplina está “em crise”. Isso porque há uma tendência, na ciência jurídica, de busca por estabilidade – razão da existência de institutos consagrados como

prescrição, decadência, *surrectio*, *supressio*, vedação ao comportamento contraditório, etc.

Nesse sentido, qualquer fenômeno que aparente se distanciar da noção de segurança jurídica é malvisto pelos operadores do direito. Buscam, sempre, decisões constantes, soluções preanunciadas, codificação de regras, cristalização da jurisprudência em súmulas, criação de precedentes vinculantes, etc. Ocorre que, no direito antitruste, em virtude da complexidade dos casos e da matéria em si, não há respostas prontas.

Sem prejuízo de se reconhecerem determinados padrões de comportamento para os agentes envolvidos nas relações de mercado, a predição de cenários possíveis é sempre atividade sujeita a frustrações e surpresas. Ana Frazão ilustra bem a situação usando como exemplo o caso específico do controle de estruturas (2017, p. 136):

*“Superados os mitos propagados pela Escola de Chicago, que depositava uma crença inabalável na possibilidade de prever com segurança as consequências das operações sobre o mercado, é fácil reconhecer que não há metodologia que possa ser considerada única e inflexível, até porque a análise concorrencial é necessariamente casuística.” (grifou-se)*

Daí porque se fala em instabilidade como uma característica própria do direito da concorrência que se perpetua no tempo e no espaço, muito diferente de crises que, por definição, são passageiras, com início, meio e fim (FORGIONI, 2016, p. 14). O sentido de instabilidade, nesse contexto, não guarda conotação negativa, mas presta-se ao mero reconhecimento de que a atuação na defesa da concorrência exige do operador um “esforço criativo”, já que cada caso em análise – ainda que se trate de um mesmo agente econômico ou de um mesmo mercado relevante –, terá elementos próprios, ensejando, portanto, respostas diferenciadas por parte da autoridade antitruste.

Nessa esteira, cabe aqui uma primeira diferenciação: *falar em objetivos da lei antitruste em tempos de crise não significa dizer que a atividade de defesa da concorrência esteja “em crise”*. É justamente o oposto: em momentos de abalos históricos e intensas modificações políticas, econômicas e sociais é que se mostra mais importante o atributo da flexibilidade do antitruste, que permite o oferecimento de soluções diferenciadas e customizadas, o que não seria possível se a atividade de defesa da concorrência se limitasse a repetir padrões prévios rigidamente estabelecidos.

Contudo não só os elementos do caso concreto influenciam na resposta a ser dada pela autoridade antitruste para as questões colocadas pelo mercado. Também são determinantes os objetivos impostos pela ordem jurídica para o direito antitruste. E aqui temos o segundo grande risco ao tratar dessa matéria: *buscar finalidades únicas, universais e atemporais para as leis de defesa da concorrência.*

No direito antitruste, a premissa de que o ordenamento jurídico é intimamente ligado a seus contextos histórico, econômico e social ganha ênfase, já que o sistema de defesa da concorrência “é instrumental a determinada política econômica, possuindo, por consequência, objetivos bem próprios”. Daí porque cada contexto histórico confere ao direito antitruste um objetivo diferente (FORGIONI, 2016, p. 166):

*É impressionante a miríade de “objetivos máximos” que já foram atribuídos às leis antitruste: redistribuição de renda; proteção das pequenas empresas; concentração do poder político; controle regional dos negócios; proteção dos trabalhadores; eficiência econômica; bem-estar do consumidor; controle de preços; obtenção de resultados econômicos desejáveis (...); promoção da concorrência, promoção de condutas leais; limitação da atuação e da expansão de grandes empresas; controle do poder político dos grandes conglomerados; ampliação da capacidade competitiva das empresas nacionais para assegurar participação maior no comércio internacional e assim por diante.*

Isso explica o motivo pelo qual em contextos mais liberais prevalece a concepção do antitruste como forma de assegurar o “livre” funcionamento do mercado, que será disciplinado precipuamente pela regra de demanda e oferta; diversamente ocorre em cenários de maior protecionismo do Estado, em que as leis de defesa da concorrência são utilizadas como instrumento para o fortalecimento do mercado interno<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Forgioni (2016, p. 189) alerta que “um dos maiores problemas enfrentados pela União Europeia em sua política concorrencial diz respeito ao protecionismo dos Estados-membros”, segundo a autora “as próprias legislações antitruste dos países membros chegaram a ser utilizadas como autênticos instrumentos protecionistas” e cita exemplos: “(iii) as tarifas postais francesas, que estabeleciam um preço especial para as publicações daquele país; (iv) a normativa italiana que previa o alargamento das contribuições financeiras a favor das empresas municipais de transportes urbanos que adquirissem veículos de tração elétrica com a condição de que fossem produzidos na Itália;”, etc.

Em suma, os objetivos da lei antitruste devem ser permeáveis e consentâneos com as demandas e características do momento histórico que se vive. Disso resulta a inadequação de estabelecer, abstratamente, um fim último para essa disciplina. Há contextos em que o direito antitruste terá como objetivo afastar excessivas ingerências do Estado sobre a atividade dos agentes econômicos, revelando, aí, um caráter de política abstencionista; outras hipóteses, no entanto, demandarão uma atuação mais interventiva na defesa da concorrência, por exemplo, para promover valores como a defesa do consumidor e do meio ambiente.

Evitados esses dois principais perigos, podemos dizer que, para encontrar os objetivos da lei antitruste, devemos identificar as necessidades reclamadas pela sociedade que será regulada por essas normas. Com efeito, as leis de defesa da concorrência guardam relação simbiótica com a realidade que pretendem disciplinar e devem ser responsivas e adaptáveis na maior medida possível, considerando a rapidez com que as mudanças operam no plano fático.

O direito antitruste anacrônico, defasado, alheio às características de seu tempo é um direito sem eficácia social. Exemplo disso foi a Lei nº 4.137/62, que criou o Conselho Administrativo de Defesa da Economia e estabeleceu sua competência para apurar e reprimir abusos de Poder Econômico, inclusive coma previsão de um rol de ilícitos concorrenciais. A Lei, no entanto, como bem nota Frazão (2017, p.37), revelou-se ineficaz “tendo em vista a política econômica levada a cabo pela ditadura militar 1964-1985, favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados”.

Nessa ordem de ideias, os objetivos da lei antitruste (i) em um sentido amplo, consistem nos próprios objetivos preconizados pela sociedade em que essas leis se inserem (ex. Valorização do trabalho e livre iniciativa, art.170, caput da CF/88) e (ii) em sentido estrito, consistem nos instrumentos edificados pelo estado para efetivar as políticas públicas que se relacionam com os anseios do corpo social (controle de estruturas, combate a condutas colusivas entre agentes econômicos, etc.).

### *2.3 O papel do antitruste: metáfora da ponte*

É com fundamento nessa relação simbiótica entre objetivos da lei antitruste e as efetivas necessidades da sociedade que se defende a adaptabilidade da lei antitruste em momentos anormalidade e/ou profundas transformações sociais. Com efeito, quando um Estado é atingido por uma



crise, seus objetivos e os anseios de sua população são profundamente afetados, o que exige uma reação do antitruste.

Esse movimento de reação do antitruste é facilmente perceptível com o advento da crise sanitária mundial causada pela Covid-19, entre os anos de 2019 e 2020. Para lidar com os efeitos da crise de saúde pública, que gerou profundas distorções no mercado europeu, a Comissão Europeia comunicou novas diretrizes para sua política de defesa da concorrência, baseadas em um módulo de transição voltado à cooperação negocial entre os agentes econômicos<sup>4</sup>.

Em seu comunicado oficial, a Comissão incentiva a adoção de determinadas medidas – como a coordenação entre os agentes econômicos e, até mesmo, a troca de determinadas informações sensíveis, como capacidade de produção, gerenciamento de estoque e estratégias de distribuição – reconhecendo que, em circunstâncias normais, tais práticas seriam problemáticas à luz das leis de defesa da concorrência. No entanto, em um cenário excepcional, exigem-se determinadas modulações no direito antitruste para que sua aplicação permaneça consentânea com os fins colimados pelo Estado – *in casu*, a garantia de abastecimento de produtos e serviços essenciais<sup>5</sup>.

No mesmo documento, a Autoridade Europeia ressalta que as medidas adotadas no âmbito do direito antitruste – como a flexibilização de regras proibitivas da coordenação entre agentes e troca de informações sensíveis; a emissão de “carta de conforto” (“*ad hoc feedback or comfort*

---

<sup>4</sup> EUROPEAN COMMISSION. Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework\\_communication\\_antitrust\\_issues\\_related\\_to\\_cooperation\\_between\\_competitors\\_in\\_covid-19.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework_communication_antitrust_issues_related_to_cooperation_between_competitors_in_covid-19.pdf). Acesso em 13.08.2020.

<sup>5</sup> “As medidas de adaptação da produção, de gestão das existências e da sua potencial distribuição na indústria podem exigir a troca de informações sensíveis do ponto de vista comercial e uma certa coordenação entre as instalações que produzem os medicamentos, para que nem todas as empresas se concentrem num único ou em poucos medicamentos, nem outras continuem com uma produção deficitária. Em tempos normais, esse tipo de trocas de informação e de coordenação entre empresas pode revelar-se problemático ao abrigo das regras de concorrência da UE. No entanto, nas atuais circunstâncias excepcionais, tais medidas não deverão ser problemáticas ao abrigo do direito da concorrência da UE nem, tendo em conta a situação de emergência e o caráter temporário, constituir uma prioridade para a Comissão em matéria de aplicação da legislação (...)”.

*letter*”) para cancelar iniciativas de cooperação entre os agentes, etc. - servem como “ponte” para religar oferta e demanda, cujas variáveis foram deformadas pelos impactos da crise.

A comparação utilizada pela Comissão serve bem ao propósito deste artigo: o direito antitruste em tempos de crise serve como ponte para permitir a travessia do cenário de deformação para uma realidade de condições de mercado com a normalidade desejável. Isso porque a situação de excepcionalidade causada por eventos críticos, em regra, terá efeitos deformadores sobre as variáveis de mercado. No caso da Pandemia de Covid-19 essa deformação observou-se pelo súbito aumento de demanda de determinados insumos – produtos sanitizantes, medicamentos, Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) etc –, não acompanhada pela correspondente oferta ascendente; e a queda de demanda por outros bens, sobretudo no mercado de bens de consumo não duráveis, serviços, turismo, lazer, alimentação, etc.

Dá que uma das funções do direito antitruste em momentos de crise é fornecer um meio (uma ponte) para a superação das deformações causadas no mercado, com vistas a reestabelecer padrões desejáveis de estabilidade. Mas há ainda outra função que, embora não seja exclusiva dos momentos de instabilidade institucional, ganha especial relevância nessas situações: assegurar o atendimento aos princípios constitucionais que regem a ordem econômica.

Essa segunda função, como dito, compõe o escopo do direito antitruste em todos os momentos de sua aplicação, decorrência direta do Princípio da Supremacia Constitucional<sup>6</sup> que rege todo o nosso sistema. Ocorre que, justamente nos momentos de instabilidade, é que esses mandamentos ganham mais destaque. Isso porque, como dito, exige-se do antitruste determinada adaptabilidade para sua aplicação em situações de anormalidade. Essa “adaptabilidade”, no entanto, não pode desbordar em interpretações que desnaturem o teor constitucional das leis de defesa da concorrência.

---

<sup>6</sup>Barroso (2014, p. 335) ensina que “A Supremacia da Constituição é um dos pilares do modelo constitucional contemporâneo, que se tornou dominante em relação ao modelo de supremacia do Parlamento, residualmente praticado em alguns Estados democráticos, como o Reino Unido e a Nova Zelândia”. Esse princípio afirma a posição hierárquica superior da Constituição sobre as demais normas, que prevalece sobre o processo político majoritário. O autor ainda afirma que “Como consequência do princípio da supremacia constitucional, nenhuma lei ou ato normativo – a rigo, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição.

Nesse contexto, os princípios constitucionais, sobretudo aqueles insculpidos no capítulo dedicado à Ordem Econômica, servem como “limites”, ou um “quadro-moldura” às medidas de flexibilização do antitruste. Em um exemplo prático, ainda que se aceitem determinadas modulações na aplicação da lei, como no caso europeu, em que se permitiu a troca de informações sensíveis entre determinados agentes econômicos, será inadmissível, por violar a Lei Maior, uma transmutação da lei antitruste que a faça suprimir a livre-iniciativa ou que atente contra a soberania nacional, etc.

#### *2.4 Novos problemas e velhas soluções?*

Nesses cenários de crise, em que as demandas da sociedade e de agentes econômicos se modificam, exige-se uma correspondente modulação na aplicação da lei antitruste, que, como dito, deve estar sempre em fina sintonia com as características de seu tempo. Ocorre que *as novas questões que o antitruste é chamado a regular nem sempre serão bem atendidas com a aplicação tradicional dos mecanismos de repressão e prevenção.*

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é estruturado pela Lei nº 12.529/2011 que atribui ao Conselho Administrativo de Defesa da Economia (CADE) duas funções precípua: o controle de estruturas (atividade preventiva) e o controle de condutas (atividade repressiva). Sem prejuízo da importância dessas atuações, a atividade de defesa da concorrência pode se concretizar por outros meios, tais como a cooperação, a autorregulação (*compliance*) e, o objeto deste artigo, a advocacia da concorrência (*advocacy*).

A utilização desses instrumentos “não tradicionais” é especialmente relevante em situações de instabilidade institucional pois eles oferecem mecanismos de atuação mais plásticos para a autoridade antitruste que, dessa forma, consegue conformar sua atuação de forma mais consentânea com as demandas apresentadas pelo cenário econômico. No entanto, mesmo em momentos de estabilidade social, as formas de atuação mencionadas ganham cada vez mais espaço como meios privilegiados de consecução das finalidades antitruste.

Nesse sentido, leciona Frazão (2017, p. 67) que a manutenção de um ambiente concorrencial saudável dá-se não só pela imposição de obrigações coercitivas e ampliação de instrumentos de *enforcement*, mas

também com a sinalização de “valores e propósitos” desejáveis, pelo incentivo a comportamentos por meio da concessão de estímulos aos agentes econômicos, pela criação de um ambiente econômico de cooperação, etc.

Tais finalidades não seriam satisfatoriamente alcançadas pela autoridade antitruste sem a utilização de mecanismos não tradicionais, sobretudo diante da realidade de limitação dos recursos destinados à supervisão e regulação do mercado, ao que se somam as “inúmeras complexidades do controle de estruturas e do controle de condutas” (FRAZÃO, 2017, p. 67).

Oportuno lembrar que as atividades de prevenção e repressão – especialmente esta última – são consideravelmente dispendiosas. No caso do controle de conduta, desde a detecção até a imposição de penalidades, há inúmeros entraves burocráticos e que oneram a atuação da autoridade antitruste. Se pensamos na fase inicial, a dificuldade na detecção de ilícitos exige o oferecimento de incentivos para que os próprios infratores denunciem suas práticas; a criação de sofisticados sistemas para a análise de dados; a constante cooperação com outros setores da máquina pública (outras agências reguladoras, Ministério Público, judiciários, etc.), etc.

Já na fase de instrução, é comum que a coleta de provas exija a obtenção de autorização judicial, com a mobilização de agentes do Poder Público para a realização de operações de busca e apreensão; coletadas as provas, sua análise demanda um corpo técnico altamente especializado, o que, novamente, exige dispêndios do Estado. Uma vez obtida a condenação, há ainda a possibilidade de judicialização da decisão administrativa, impondo novos custos ao trâmite do processo.

No controle de estruturas, embora com menos ênfase, a manutenção de departamentos altamente técnicos e especializados, capazes de realizar análises e modelagens econômicas com vista a predição dos impactos de cada operação, certamente não custa pouco para o Erário.

Com efeito, a atividade de defesa da concorrência não se dá sem custos, os quais sempre devem ser sopesados com os benefícios resultantes dessa atuação, sob pena de malferimento do princípio da eficiência, insculpido no caput do art. 37 da CF/88 e aplicável a toda a Administração Pública. E, nesse ponto, temos outra vantagem comparativa dos meios não tradicionais: seus custos são significativamente mais baixos.

Nessa esteira, se pegamos os exemplos apresentados por Frazão – advocacia da concorrência, cooperação e autorregulação, é fácil perceber que nessas atividades desloca-se o centro de custos da máquina estatal para

o particular. É o que ocorre no caso do *compliance*: uma vez que o Estado oferece determinadas benesses ao agente que se valha dessas práticas, cumpre ao particular adotar as providências materiais necessárias ao estabelecimento de uma estratégia de *compliance* efetiva em sua atividade econômica, com menor custo de fiscalização e de repressão (considerando o efeito desejado de minimização de ilícitos) para a Administração.

Outrossim, na atividade da Advocacia da Concorrência, a diminuição de custos é percebida em diversos momentos: evita-se a tomada de decisões e/ou implementação de políticas públicas capazes de causar danos enormes ao ambiente econômico; há um efeito de conscientização para os sujeitos envolvidos no mercado, desincentivando a prática de ilícitos; e até mesmo a conformação das práticas de mercado dá-se sem o custo de imposição de punições, sempre mal recebidas pelos agentes que, ou judicializam as questões, ou encontram novas formas de burlar o sistema jurídico.

### **3. Advocacia da Concorrência**

#### *3.1 Noções introdutórias*

A Lei 12.529/2011, ao promover a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) delegou a consecução das atividades relativas à advocacia da concorrência a dois principais órgãos: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (o CADE) e a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE), atualmente ligada à Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade (SEPEC) do Ministério da Economia (ME). As atividades relativas ao *Advocacy*, assim, ficam ao encargo especialmente do CADE e da SEAE.

Registre-se que, até o advento da lei em comento, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência contava com três órgãos: o Conselho Administrativo de Defesa da Economia (CADE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e a Secretaria de Direito Econômico (SDE). A nova lei trouxe uma reorganização, com a incorporação da SDE pelo CADE, que passou a centralizar as atividades tidas como principais na defesa da concorrência: o controle repressivo de condutas – investigação e punição de práticas anticompetitivas –; e o controle preventivo de estruturas – aprovação de atos de concentração nos casos prescritos em lei.

À SEAE, por sua vez, restou a incumbência de “promover a concorrência entre órgãos de governo e perante a sociedade” (art. 19 da Lei nº 12.529/2011). Essa atividade de promoção da concorrência é chamada de “Advocacia da Concorrência” e, pela sistemática da Lei nº 12.529/2011, compreende, de forma residual, toda atuação em defesa da ordem econômica que não se inclua no campo dos controles de estrutura e de conduta.

Já em 2018, o decreto nº 9.266/2018, promoveu novas alterações no SBDC, com a extinção da SEAE e o deslocamento de suas competências para duas novas secretarias: a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (Sefel) e a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia (Seprac), esta última que, de fato, sucedeu a SEAE nas atividades de Advocacia da Concorrência.

Pelo desenho legal do SBDC, nota-se certa primazia das atividades de repressão e prevenção, tanto que a delimitação do campo de Advocacia da Concorrência dá-se por exclusão: é tudo aquilo não inserido no escopo de competências do CADE. Ademais, na forma prescrita pelo art. 19 da Lei nº 12.529/2011, a Advocacia da Concorrência se realiza, precipuamente, pela atuação opinativa do órgão competente, seja junto ao legislativo quando da propositura de projetos de lei com implicações concorrenciais, ou mesmo para subsidiar a atividade normativa do Poder Executivo, ou mediante a sugestão de revisão de leis, regulamentos, etc.

Sem prejuízo da distribuição de competências prevista na Lei nº 12.529/2011, estudos especializados na área de direito econômico indicam a existência de espaço para “*o fortalecimento da política de advocacia da Concorrência no Brasil*” (IBRAC, 2015, p. 05). É justamente para preencher essa “janela de oportunidade”, que se vê com cada vez mais frequência o desempenho de atribuições tradicionalmente entendidas como advocacia da concorrência pelo CADE, o que, vale dizer, não caracteriza qualquer tipo de subversão ao esquema de competências do SBDC.

Isso porque, conforme já reconhecido pela antiga SEAE, o modelo preconizado pela Lei nº 12.529/2011, “*consistiu no estabelecimento de uma competência genérica e abstrata da atividade de advocacia da concorrência*” (IBRAC, 2015, p. 12), permitindo, portanto, espécie de “*sobreposição de competências*” entre o CADE e SEAE. Essa sobreposição, todavia, não teria consequências prejudiciais à atividade de defesa da concorrência – como se observava com frequência em conflitos de atribuição entre os órgãos do SBDC sob a égide da Lei nº 8.884/94 -, visto que a nova lei tratou de equacionar as competências do Sistema de Defesa da Concorrência.

### 3.2 Conceitos

Conforme apresentado, o conceito legal de Advocacia da Concorrência é feito por exclusão, sendo assim consideradas todas as atividades residuais de defesa da concorrência, não compreendidas no exercício do controle de estrutura e de conduta. O *Advocacy* costuma abranger dois importantes aspectos: os esforços direcionados a específicas entidades governamentais (no caso do Brasil entidades como agências reguladoras, dentre outras), quanto com esforços gerais, que sejam capazes de construir o que costumamos chamar de cultura da concorrência<sup>7</sup>. Ao lado da definição legal, contribuições doutrinárias adicionam importantes elementos ao conceito.

Nessa esteira, Gesner de Oliveira (1998, p.07) destaca em seus estudos que a Advocacia da Concorrência se caracteriza pela difusão da cultura da concorrência junto aos setores público e privado. Há aqui ênfase na importância de que essa atividade não esteja circunscrita ao ambiente interno da Administração, sobretudo quando vivemos em um país de tradição capitalista, em que o exercício da atividade econômica é reservado, com primazia, aos particulares. Em suma, tão importante quando disseminar valores concorrenciais no plano interno do Estado é garantir que tais valores sejam vertidos e assimilados pelo ambiente privado.

O *Advocacy* também pode ser definido como a denominação referente à ação por parte daqueles órgãos com *expertise* em concorrência, economia e proteção do consumidor junto aos demais atores governamentais na ajuda ao desenvolvimento de políticas públicas, agindo dentro do sistema político com o intuito de que sejam feitos regulamentos e levadas a cabo ações que não restrinjam a concorrência, a menos que haja uma lógica convincente de proteção do consumidor (ICN WORKING GROUP, 2002).

Em trabalho com contribuição de diversos autores, o IBRAC (2015, p. 04) destaca no conceito de advocacia da concorrência a ausência de um procedimento específico regulado para a consecução dessas atividades. Essa é outra importante característica: não há um rol exaustivo de formas pelas quais se realizada esse tipo de Advocacia, prevalecendo a

---

<sup>7</sup> Fonte: <<http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2010LACF-Strategies-for-competition-advocacy.pdf>>. Acesso em 25.5.2020.

plasticidade e amplitude no campo de atuação do Administrador, que poderá lançar mão de diversos instrumentos: edição de materiais informativos, publicação de estudos setoriais, orientação na tomada de decisão por órgãos de Estado, intervenção em processos judiciais e administrativos, fomento à atividade de pesquisa, etc.

Diante da diversidade de formas pelas quais essa prática pode ser implementada, a SEAE publicou um Guia de Advocacia da Concorrência (2020), em acertada ação a fim de esclarecer aos atores do SBDC qual o papel poderia ser desempenhado por eles num contexto de crise. Ainda, durante a 159ª Sessão Ordinária do CADE, o presidente da Agência anunciou que o órgão empreenderá esforços a fim de também elaborar sua contribuição acerca do tema, revelando o interesse da autoridade no uso desse instrumento. O Guia elaborado pela SEAE, que possui como intuito precípua esclarecer como exatamente dá-se a Advocacia da Concorrência no âmbito do Ministério da Economia, traz também regras gerais para esse tipo de atuação no Brasil.

O documento possui uma sessão especial dedicada a esmiuçar o art. 19 da Lei nº 12.529/2011 – dispositivo que traz, de forma genérica, as atividades inseridas no escopo de *Advocacy* -, destaca o caráter de *soft law*<sup>8</sup> que esse instrumento ostenta, conforme sintetizado:

- A SEAE e o CADE podem contribuir em propostas de alterações das normas vigentes, bem como em projetos que propõem a inclusão de normas em setores econômicos regulados, sejam normas exaradas no âmbito de entidades públicas ou privadas, havendo como requisito único para essa interferência a garantia de manutenção de um ambiente concorrencial saudável. Isso

---

<sup>8</sup> O denominado *Soft Law* trata de um “conjunto de normas (*standards* normativos) de categoria residual cujo escopo é criar vinculações exortatórias, em oposição clara às vinculações obrigatórias próprias da *hard law* criando, deste modo, uma expectativa de cumprimento baseada na autonomia da vontade e na boa-fé típica dos acordos convencionados cuja raiz é o mútuo consentimento. [...] um dos argumentos em favor do uso de instrumentos de *soft law* vem da maleabilidade de sua aplicação em diversificadas situações negociais, sem ferir os princípios de soberania dos Estados.” GREGÓRIO DA SILVA, Fernando. “Consequências sistêmicas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global”. RDCI vol.95 (abril-junho 2016). Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_bibliot\\_e/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDConsInter\\_n.95.13.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliot_e/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.13.PDF)>. Acesso em 06.06.2020.



porque a regulação é meio encontrado pela Administração de corrigir falhas de mercado<sup>9</sup>, e tal correção não deve gerar efeitos que limitem a livre concorrência. Assim, cabe aos órgãos concorrenciais interferir na elaboração de tais normas, atuando junto aos órgãos reguladores de para que qualquer intervenção seja feita de modo a não atrapalhar a dinâmica concorrencial dos mercados. Tal atuação inclusive, nos termos da Lei, pode dizer respeito às alterações relativas à alteração de tarifas<sup>10</sup>.

- Além de contribuir na criação e alteração de normas, também é papel designado à SEAE a elaboração de propostas de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal que por ventura possa acarretar num efeito deletério à concorrência. De forma simétrica, também compete ao órgão a representação a órgãos que por ventura tenham normativos que atentem contra concorrência, para que possam adotar as medidas cabíveis
- Cabe ainda atuação dada por meio da elaboração de estudos e pareceres com a finalidade de avaliar o nível de concorrência de determinado setor econômico. Assim, num setor com nível de concorrência que seja deficiente ou distante do nível concorrencial defendido por nossa Constituição , com a elaboração desse tipo de estudo é possível verificar qual a fonte do problema concorrencial para que assim seja possível corrigi-lo, tanto por meio de

---

9 “Art. 25. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências. Art. 26. No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência).” Lei nº 13.848 de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle das agências reguladoras.

<sup>10</sup> Tarifa é a denominação utilizada para definir o preço público, normalmente cobrado por um empresa concessionária ou permissionária para executar determinado serviço.

normativos quanto pela atuação do CADE em controle repressivo, ou até mesmo para possibilitar o desenvolvimento de política pública capaz de mitigá-lo, por meio do Ministério da Economia.

- Possuem a competência ainda de manifestar-se de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas debatidas que tenham relação com atividades de alteração tarifária, acesso a mercados e defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos nas respectivas negociações. Tal atuação é importantíssima tendo em vista o ambiente cada vez mais globalizado em que vivemos, em que, como bem explicitado pelo Guia de Advocacia da Concorrência da SEAE, a concorrência externa é fundamental para alguns mercados, em especial aquele cujas atividades domésticas são ainda bastante restritas. Tal promoção, no entanto, deve ser sempre sopesada junto a mecanismos de proteção dos consumidores e de empresas nacionais, cabendo ao órgão exasperar opiniões capazes de balancear e conciliar esses dois interesses, antagônicos até certo ponto.

Além dos pontos de ação elencados pelos incisos do art. 19 da Lei do CADE, há outras formas de atuação tomadas pelos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência. É o caso das parcerias firmadas pelo CADE com outras entidades, nacionais e estrangeira, e que buscam a promover a defesa concorrência, além de aperfeiçoar a aplicação da Lei nº 12.529/2011. Registre-se que essas iniciativas de cooperação são valorizadas pela Autoridade Antitruste Brasileira, que já elaborou um Guia contendo diretrizes para a operacionalização de cooperação técnica com outros órgãos de persecução e controle<sup>11</sup>. São exemplos de entidades que possuem acordo de cooperação com o CADE: o Banco Interamericano de desenvolvimento (BID), o Banco Mundial, os BRICS, o Ministério

---

<sup>11</sup> É possível acessar o Guia mencionado no site do CADE: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/guia-para-operacionalizacao-de-cooperacao-tecnica-com-orgaos-de-persecucao-e-controle.pdf/view>>. Acesso em 13.08.2020.

Público Federal, os Ministérios Públicos de 26 estados e do Distrito Federal<sup>12</sup>, dentre outras.

Em suma, na tentativa de delimitar um conceito de advocacia da concorrência, podemos dizer que se trata da atividade atribuída aos órgãos e entidades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que, utilizando-se de meios não especificados previamente em rol exaustivo, promove, sem o caráter coercitivo, a difusão da cultura da concorrência entre agentes públicos e privados.

### *3.3 Importância da Advocacia da Concorrência*

Tratando da relevância da Advocacia da Concorrência para a ordem econômica, Ragazzo (2007, p.03) destaca a importância dessa atividade como forma de equacionar a regulação do Estado sobre a atividade econômica. Isso porque, de acordo com o autor, se é certo que o estabelecimento de um ambiente competitivo exige o esforço regulatório do Estado, não é menos certo que dosar o nível de regulação necessário é tarefa das mais árduas e complexas, especialmente considerando os danos advindos tanto do excesso regulatório, quanto de sua completa ausência.

Nesse cenário, a implementação de medidas de Advocacia permite que a atividade regulatória seja reservada a hipóteses residuais – falhas de mercado – ou seja, quando esse tipo de intervenção seja absolutamente necessário e inviável de substituição por outros mecanismos de conformação do mercado. Evitam-se, assim, os excessos regulatórios e as deformidades mercadológicas que “soluções ineficientes e custosas” impõem à Administração e aos administrados.

Ragazzo (2007, p. 04) joga luz, outrossim, ao papel que a Advocacia da Concorrência tem na construção de um mercado saudável nos países em desenvolvimento:

*“É importante chamar atenção para o fato de que a advocacia da concorrência torna-se nodal no contexto de países em desenvolvimento, em que, em função da recente liberalização de serviços públicos e de atividades privadas regulamentadas (e da consequente redução – ou mesmo fim – dos monopólios estatais), há um forte processo legislativo que se baseia em*

---

<sup>12</sup> Fonte: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-alcanca-marca-historica-de-acordos-de-cooperacao-com-ministerios-publicos>> . Acesso em 13.08.2020.

*contextos novos ainda parcialmente desconhecidos para o público em geral. Não há dúvidas de que as restrições governamentais indevidas induzem a formação de lobbies, ao invés de incentivar um comportamento pró-consumidor.”*

Ainda sobre esse tema, estudo promovido pelo IBRAC (2015, p. 14) destaca o “potencial anticaptura” desempenhado pelas instituições incumbidas da realização da Advocacia da Concorrência, evitando que a máquina estatal seja usurpada por agentes econômicos que se valem dessa estrutura para promover unicamente seus interesses. Essa conclusão escora-se nos seguintes argumentos:

*“Primeiro, ao se atribuir orçamento e prerrogativas a uma entidade pública para essa função, articulam-se no advogado da concorrência interesses que, de outra forma, poderiam nunca chegar a ser voluntariamente organizados no setor privado por enfrentarem custos de informação e de organização proibitivos (um típico problema de lógica de ação coletiva na linha clássica de Mancur Olson); segundo, a produção de estudos e fundamentos técnicos pelo advogado da concorrência pode ser considerada não viesada, o que melhor convence os agentes políticos da incompatibilidade da regulamentação pretendida com a ordem concorrencial, ou dar-lhes as justificativas substantivas para rejeitar o lobby da indústria; terceiro, por fim, ao informar os consumidores de como a regulamentação pretendida os afetaria, pode-se encorajar e induzir manifestações públicas que elevem o custo político de se aprovar uma regulamentação anticompetitiva.”*

A importância da Advocacia da Concorrência se reafirma ainda diante da possibilidade de intervenção da Autoridade Antitruste para coibir condutas que, embora não sejam tratadas como ilícitas – lembrando aqui que a atividade punitiva do Estado, tanto no âmbito penal, quanto na esfera administrativo-sancionatória rege-se pelos princípios da fragmentariedade e intervenção mínima –, trazem consequências deletérias ao ambiente econômico. Há aqui a possibilidade de dissuasão de práticas com efeitos negativos para a concorrência, sem a necessidade de utilização do aparato punitivo do Estado.

Por fim, quando falamos especificamente dos momentos de crise, a Advocacia da Concorrência ganha importância em razão do seu atributo da “plasticidade”. Em outras palavras, visto que essa forma de atuação pode valer-se de mecanismos variados, não exaustivamente arrolados em lei, dá-se ao administrador uma maior liberdade de atuação para endereçar

problemas excepcionalmente surgidos no cenário de instabilidade e que, justamente por não fazerem parte do cenário de funcionamento ordinário do mercado, não foram objeto de regulação legislativa.

### 3.4 Advocacia da Concorrência pró-ativa

Gesner Oliveira, ao tratar do tema de defesa da Concorrência em Países em Desenvolvimento, propõe um quadro para a evolução desse cenário na virada do milênio. Segundo propõe, o nível de maturidade institucional de um país no âmbito da defesa da concorrência é marcado

## EVOLUÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA VIRADA DO MILÊNIO

FASES NÍVEIS	I	II	III	Maturidade Institucional
NACIONAL	1) Advocacia da Concorrência + 2) Repressão a Acordos Horizontais + 3) Assistência Técnica	I + 4) Controle de Atos de Concentração + 5) Acordos Verticais	II + 6) Regulação + 7) Acordos de Cooperação Internacional	III + 8) Acordos Internacionais de Segunda Geração + 9) Advocacia da Concorrência Pró-Ativa
BLOCOS REGIONAIS	Pauta de Harmonização	Acordos Comunitários e Transformação da Defesa Comercial em Defesa da Concorrência		
INTERNACIONAL	Fixação de Princípios Básicos			

pela presença de uma “Advocacia da Concorrência Pró-Ativa”. Vejamos:

Para o autor, a Advocacia da Concorrência pró-ativa seria um nível amadurecido desse tipo de atuação, o que se refletiria, por exemplo, na “previsão legal de análise da defesa da concorrência em um número crescente de legislações específicas e em níveis estaduais e municipais de governo” (OLIVEIRA, 1998, p. 09).

Tomando por base esse indicador de maturidade institucional, é possível argumentar que, no Brasil, caminha-se rumo ao modelo de Advocacia da Concorrência Pró-ativa, com destaque para iniciativas como

o recente Marco Regulatório das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019), que traz previsões como: (i) a incorporação, ao plano de gestão anual das agências reguladoras, de atividades de promoção de cooperação com órgãos de defesa da concorrência (art. 19, III); (ii) a previsão de um capítulo específico para disciplinar a interação entre agência reguladoras e os órgãos do SBDC (arts. 25 ao 28); e (iii) a possibilidade de instituição de comitês para o intercâmbio de experiências entre agências reguladoras e o SBDC (art. 30).

Boa parte da promoção de políticas públicas atualmente no país já se dá por meio da regulação de um setor, que visa precipuamente à correção de externalidades e a garantia ao consumidor final de que o produto obedeça a padrões e qualidades mínimos. Desse modo os consumidores são protegidos, e as características capazes favorecer somente a um dos grupos envolvidos nessa relação jurídica em determinado mercado são mitigadas. Nota-se, portanto, no ordenamento brasileiro, um ambiente institucional receptivo ao fortalecimento da Advocacia da Concorrência, cabendo agora aos operadores do direito e, sobretudo, à autoridade antitruste, implementar essas práticas.

#### **4. O *Advocacy* antes da crise do Covid-19: como se deu a atuação do CADE até aqui?**

Passo importante para entender como pode advir o emprego da Advocacia da Concorrência na crise do Corona Vírus passa por entender os usos que têm sido feitos dessa importante ferramenta até o momento de início da crise. Muito embora órgãos ligados ao Ministério da Economia também exerçam esse papel de promoção da concorrência por meio do *Advocacy* – como é o caso das atividades desenvolvidas pela SEAE e SEPRAC – cabe ressaltar o fato de que se opta neste trabalho por um recorte que diga respeito somente à atuação do CADE. As atividades promovidas pelos demais órgãos, no entanto, permanecem sendo de suma importância para a manutenção do cenário concorrencial no Brasil. Iniciaremos, desta feita, apresentando um breve histórico acerca dos últimos casos em que houve intervenção do CADE no sentido de realizar um trabalho junto a outros órgãos do governo a fim de que determinados setores econômicos pudessem contar um ambiente concorrencial mais saudável. Serão tratados os casos de 2018 até o início da crise do Covid-19.

#### 4.1 A importação de quotas de Hidroclorofluorcarbonetos e a atuação do CADE junto ao IBAMA

Um caso bastante recente ocorrido no âmbito do CADE, e que contou com a atuação do órgão por meio da realização de *Advocacy* para que pudesse ser resolvido, diz respeito à importação de Hidroclorofluorcarbonetos. Na representação que chegou ao conhecimento do CADE, três empresas seriam detentoras de 95% das quotas de importação do fluido refrigerante HCFC R22 (gás conhecido apenas pela nomenclatura de “R22”, usado em aparelhos de refrigeração residencial e comercial, armazenamento e processamento de alimentos, transporte refrigerado, dentre outras aplicações). As três empresas representadas estariam se valendo da condição de serem as poucas com autorização do IBAMA para importar o produto e revendendo o HCFC R22 a preços bastante elevados, e superiores ao que deveriam ser vendidos num ambiente competitivo.

Além disso, havia ainda a acusação de prática de subsídio cruzado por parte das empresas detentoras da autorização para importar HCFC R22, uma vez que estas, em razão dos lucros extraordinários obtidos com a revenda desse fluido refrigerante, estariam vendendo os gases não sujeitos a quotas de importação (a exemplo dos HFC 134A, 404A e 410A, que são substitutos imperfeitos do HCFC R22) a preços inferiores aos seus respectivos custos de importação, prejudicando as concorrentes do setor não detentoras de quotas de importação. Nesse sentido, estaria cristalino o quanto a regulação do setor, através da concessão de cotas de importação do HCFC R22 em verdade teriam prejudicado o ambiente concorrencial do setor.

A Superintendência Geral do CADE, quando da análise do caso, resolveu, no entanto, arquivá-lo, esclarecendo que tal arquivamento não impediria investigações futuras a respeito do mesmo tema. O arquivamento, no entanto, deu-se após o enfrentamento das questões concorrenciais e ambientais envolvidas na controvérsia com sessão de recomendações ao IBAMA a fim de promover uma alocação mais equitativa das cotas de importação, permitindo a um número maior de *players* do mercado o acesso a essas quotas, promovendo a concorrência no setor, orientando o envio da Nota Técnica em que todas essas questões foram enfrentadas ao IBAMA. Ao fim da sessão do Parecer em que faz recomendações devidas ao aperfeiçoamento da regulação efetuada pelo IBAMA, a Superintendência Geral ainda ressalta a importância de uma

redistribuição de cotas feita após um amplo debate de agentes que abrangesse não só as empresas atuantes no setor, mas também o CADE e a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC).

#### *4.2 O caso da Avianca e a problemática concorrencial envolvendo o setor aéreo*

Outro caso recente capaz de demonstrar o papel da advocacia da concorrência no âmbito da atuação do CADE diz respeito ao setor aeroviário. Há cerca de dois anos, de forma mais precisa em dezembro de 2018, a companhia aérea Avianca entrou com pedido de recuperação judicial no Brasil. À época, embora a companhia detivesse participação de mercado equivalente a 13,6%, amargava um prejuízo equivalente a quase 145 milhões de reais considerando apenas o trimestre anterior ao pedido de recuperação e possuía cerca de 2,7 bilhões de reais. O CADE, dentro do exercício de *Advocacy* e por meio de seu Departamento de Estudos Econômicos (DEE), soltou Nota Técnica analisando a estrutura do mercado de transporte aéreo, endereçando especialmente os pontos previstos pelo plano de recuperação judicial da Avianca, que previa a alienação de 7 unidades produtivas isoladas<sup>13</sup>.

A Nota Técnica do DEE levantou questões bastante preocupantes com relação às características do mercado aeroviário, quais sejam: a existência de barreiras legais à entrada, barreiras de infraestrutura em aeroportos, que possuem capacidade de atendimento limitada e a necessidade de que haja um investimento bastante substancial para que uma companhia consiga iniciar sua operação. Ademais, concluiu o DEE

---

<sup>13</sup> Unidade Produtiva Isolada (UPI) trata de nomenclatura adotada pela Lei de Falências (Lei nº 11.101 de 2005) para designar um conjunto de bens que serão objetos de alienação. No caso da Avianca, cada UPI “de acordo com o Plano, cada UPI deterá (i) o registro e autorizações dos voos e o direito de uso dos horários de chegadas e partidas (slots) nos aeroportos de Congonhas (SP), Guarulhos (SP) e Santos Dumont (RJ) – conforme distribuição por UPI estabelecida no Plano; (ii) o direito temporário de uso gratuito da marca Avianca Brasil; (iii) o Certificado de Operadora Aérea aprovado pela ANAC; (iv) a outorga da respectiva UPI para a prestação de serviço de transporte aéreo regular e (v) parte dos funcionários da Avianca, na medida do apropriado e necessário para operar a respectiva UPI temporariamente.”



que se tratava de um mercado altamente concentrado, com elevada discriminação de preços. Explicitaram ainda a existência de indícios de que o nível de concentração nesse mercado alteraria a conduta dos agentes, e que, a depender da negociação realizada com o fim de recuperar a Avianca, os *players* desse mercado poderiam alterar seu comportamento, acarretando numa mudança de preços para os consumidores. Além disso, foi demonstrada preocupação com relação a uma eventual venda tanto para Gol quanto para a Latam, que já detinham participações expressivas de mercado nas rotas de atuação da Avianca, e também com relação a Azul, embora reconhecesse que caso as UPIs fossem adquiridas pela Azul os danos concorrenciais seriam menores. Em maio de 2019, no entanto, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) determinou a suspensão das atividades da Companhia<sup>14</sup>. Em julho de 2019 houve a redistribuição dos *slots*<sup>15</sup> operados pela companhia<sup>16</sup>.

Muito embora – e em razão da manifestação do CADE e do estudo realizado pelo DEE – a ANAC tenha endereçado questões concorrenciais quando da redistribuição dos *slots* pertencentes à Avianca, deixando de fora das negociações relativas ao aeroporto de Congonhas as companhias Gol e Latam em razão destas já deterem 90% dos *slots* disponíveis, fato é que atualmente acordos de *codeshare* efetuados pela Gol com algumas das contempladas estão sob investigação do Conselho.

#### 4.3 Atuação na greve dos caminhoneiros

---

<sup>14</sup> Fonte: <<https://www.anac.gov.br/noticias/2019/anac-suspende-oepracoes-da-avianca-brasil>>. Acesso em 06.06.2020

<sup>15</sup> Horário estabelecido para o sobrevo de um fixo de posição ou para a realização de uma operação de pouso ou decolagem. Na prática, em virtude das variáveis típicas das operações aéreas, o slot é entendido como uma "janela de tempo" - por exemplo, um período da ordem de 5 minutos antes até 10 minutos depois do horário estabelecido. No Brasil, também foi instituído o "slot de oportunidade", destinado à operação de decolagem ou pouso de uma aeronave em aeroporto coordenado que, em razão de sua não utilização, pode ser atribuído a outra aeronave. A ANAC, por sua vez, definiu o slot como "horário estabelecido para uma aeronave realizar uma operação de chegada (calço) ou uma operação de partida (desalço) em um aeroporto coordenado". Fonte: <[https://www2.anac.gov.br/anacpedia/por\\_ing/tr4433.htm](https://www2.anac.gov.br/anacpedia/por_ing/tr4433.htm)>. Acesso em 06.06.2020

<sup>16</sup> Fonte: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/12/10/avianca-brasil-perde-na-justica-disputa-sobre-slots-de-congonhas-sp.ghtml>>. Acesso em 06.06.2020

Em maio de 2018, o Brasil passou por uma verdadeira paralisação decorrente de greve dos caminhoneiros<sup>17</sup>. A greve teve início em razão do aumento do preço do diesel, que, até junho de 2017, contava com subsídio por parte do Governo Federal. Os preços pagos pelos combustíveis, por muitos anos, foram represados a fim de se evitar um aumento da inflação, fantasma de uma época passada, mas que ainda atordoava boa parte dos brasileiros. Em 2017, no entanto, o Governo de Michel Temer resolveu atrelar os preços dos derivados de petróleo à variação cambial do dólar e ao valor do barril de petróleo do mercado internacional. Assim, o valor dos combustíveis no país passou a oscilar junto com a economia, diminuindo a intervenção governamental nos negócios da Petrobrás.

Ocorre, no entanto, que a mudança na política de preços da Petrobrás acabou por coincidir com uma forte alta tanto do valor do dólar quanto do valor de mercado do petróleo. Além disso, o governo também aumentou, na mesma época, a alíquota do PIS/Confins sobre os combustíveis, para elevar sua arrecadação, promovendo um aumento de R\$ 0,21 por litro de diesel. O golpe final se deu com a estagnação econômica enfrentada em 2017 e 2018. Com muita oferta de transporte e sem uma economia em expansão, os caminhoneiros se viram sem conseguir efetuar o repasse do aumento do valor do diesel a seus clientes, de modo com que assistiram a uma queda em seus ganhos. Foi iniciado então movimento generalizado de bloqueio de estradas e suspensão do transporte por parte dos caminhoneiros insatisfeitos.

Concomitantemente à realização da paralisação, começaram a ocorrer relatos, no entanto, no sentido de que as grandes transportadoras estariam auxiliando os trabalhadores nesse movimento. Com fornecimento de alimentação e até banheiros químicos para os trabalhadores que promoviam bloqueios de estradas, a tese de que os empregadores, ou seja, que as grandes empresas transportadoras estariam agindo de maneira coordenada e incentivando o movimento a fim de que pudessem barganhar junto ao governo o fim do aumento do PIS/Cofins sobre combustíveis, diminuindo seus custos, passou a ser aventada. Foi a partir do surgimento desses indícios que em 25 de maio de 2018 o CADE resolveu instaurar Procedimento Preparatório a fim de investigar se o movimento teria como objetivo frustrar a livre concorrência no mercado de transportes<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup>Fonte: < <https://oglobo.globo.com/economia/entenda-os-motivos-da-greve-dos-caminhoneiros-seus-efeitos-para-populacao-22730806>>. Acesso em 06.06.2020

<sup>18</sup>Fonte: < <http://www.cade.gov.br/noticias/nota-publica>>. Acesso em 06.06.2020

Ademais, foram apresentadas pela autarquia sugestões para incentivar a concorrência no setor de combustíveis e reduzir os preços de combustíveis por todo país. A mais importante delas se consubstanciou na apresentação de publicação institucional intitulada “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência”<sup>19</sup>, que contou com a elaboração de diversas recomendações advinda de estudo setorial promovido pelo DEE em parceria com a Superintendência Geral do órgão. De acordo com os pesquisadores, apesar de o setor de combustíveis ser constantemente alvo de denúncias relativas à prática de cartel, boa parte dos problemas seriam relativas ao desenho institucional do mercado, que poderiam ser melhorados, de modo a incentivar o aumento da rivalidade entre os agentes. Segundo o relatório de Gestão do CADE de 2018, a atuação ante a greve dos caminhoneiros constituiu importante oportunidade ao órgão no sentido de contribuir com a agenda estratégica do Governo Federal.

#### 4.4 Os Termos de Compromisso de Cessação no Setor Petrolífero

O Tribunal do CADE, em junho e julho de 2019, homologou Termos de Compromisso de Cessação referentes a investigações de Condutas anticompetitivas nos mercados de gás natural e refino de petróleo. As investigações relativas ao mercado de gás natural diziam respeito à prática de exercício abusivo de poder dominante, discriminação entre adquirentes de bens ou serviços e recusa de contratar. Isso porque a Petrobrás teria decidido encerrar descontos concedidos de forma regular e ininterrupta ao longo de 4 anos sobre o preço do gás natural. A retirada dos referidos descontos teria como objetivo o favorecimento de empresas controladas e integradas verticalmente com a Petrobrás, prejudicando concorrentes. Ademais, a recusa de contratar se daria em razão de a Petrobrás não permitir o uso de sua infraestrutura – que configura uma *essential facility*<sup>20</sup> no mercado - para que fosse possível a importação de

---

<sup>19</sup>Fonte: < [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade\\_medidas-28maio2018-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf)>. Acesso em 06.06.2020

<sup>20</sup> O conceito de *essential facility* está ligado a uma “estrutura essencial e não duplicável, não se pode evitar que ela seja utilizada por todos, inclusive concorrentes – já que havia capacidade física para tanto, e a única justificativa para não se permitir a passagem era negar entrada aos competidores.”. As bases

gás natural de empresas estrangeiras, bem como à falta de clareza com relação à precificação do custo de transporte do gás realizado por meio de sua infraestrutura.

As investigações relativas ao mercado de refino de petróleo também diziam respeito à prática de abuso de posição dominante. Diferente do que ocorreu nas investigações relativas ao mercado de gás natural, no entanto, o Inquérito do refino contou com a admissão de Terceiro Interessado no feito – a Raízen – que se manifestou atribuindo os problemas no mercado a questões exógenas a este, quais sejam, história, política e regulação envolvendo o setor. Ademais, o TCC do refino abarcou Procedimento Preparatório em que a Petrobrás era acusada de, por meio de sua política de preços, promover a redução dos preços do diesel e da gasolina a patamares inferiores aos da paridade internacional, de modo a ampliar sua participação de mercado e eliminar concorrentes.

Embora houvesse acusações bastante preocupantes com relação à atuação da Petrobrás nesses dois mercados, fato é que no caso de ambos os TCCs o CADE, por meio de uma atuação articulada outros órgãos da administração, serviu de verdadeiro instrumento para que fosse promovida a ampliação da concorrência nos dois setores, concretizando uma política adotada pelo governo federal de abertura de mercado e introdução de concorrentes - constituídos por empresas privadas - na cadeia de atuação do setor petrolífero, movimento este classificado por alguns como um verdadeiro meio de privatização sem que para tanto houvesse a realização de um debate público propriamente. O próprio Conselheiro João Paulo Resende, quando da homologação dos TCCs, votou pela não homologação ressaltando que muito embora os remédios firmados pudessem resolver uma questão concorrencial, estes não guardavam relação com as investigações do órgão, criticando este uso do CADE por entender que um governo legítimo teria capacidade de efetuar esta privatização sem transformar tal ponto numa chancela da autoridade concorrencial no sentido de que problemas competitivos no setor estariam resolvidos.

A Conselheira Paula Azevedo, por sua vez, também em Voto Vogal pela não homologação dos TCCs, não entendeu ter incorrido a

---

da ideia de *essential facility* no direito antitruste começaram a ser construídas no caso *United States v. Terminal Railroad Association*, julgado em 1912, e foram sedimentados em diversos julgados da Suprema Corte Norte-Americana ao longo do tempo. BROCKELMANN FARIA, Isabela “Considerações sobre *essential facilities* e *standard essential patents* nas guerras de patentes” RDC, Vol. 2, nº 1, Maio 2014, pp. 89-105

Petrobrás numa conduta anticoncorrencial, de modo com que não caberia atuação da autoridade antitruste na aplicação de qualquer tipo de remédio, finalizando com argumento de que o firmamento deste Termo pela autoridade antitruste consistiria num vício de competência.

Fato é, no entanto, que, muito embora os Conselheiros discordassem quanto à homologação destes TCCs, a maioria do Tribunal votou pela homologação e aplicação de remédio que consistiam na venda de ativos pela empresa. Por meio de obrigação assumida pela Petrobrás em promover o desinvestimento da empresa no setor, obrigando que esta realizasse a alienação de ativos em ambos os mercados tratados. Embora tenham sido tecidas críticas aos documentos finais firmados com a Petrobrás, espera-se que com a introdução de novos agentes seja possível baratear o custo de energia no país, e, em última instância, tornar o país atrativo à instalação de novas empresas.

## **5. O *Advocacy* na crise do Covid-19: as principais ações do CADE no início da pandemia.**

Após o início da pandemia do Coronavírus, diversos órgãos se viram obrigados a voltar suas atuações à tomada de medidas emergenciais que pudessem ajudar na contenção da doença e dos efeitos das medidas de contenção. Como já tratado, muitas das mudanças e dos efeitos gerados pela pandemia repercutiram na economia, e, conseqüentemente, os governos passaram a propor medidas para que os problemas fossem abrandados. Importante esclarecer que desde o início as autoridades ligadas à concorrência têm se posicionado de maneira a prover informações que sejam úteis à manutenção de um ambiente concorrencial saudável, ante a proliferação de leis e normativos tomados com o fim de conter a crise, bem como de garantir o acesso da população a itens relacionados a mercados essenciais. Nesse sentido, o CADE, por meio do DEE, tem feito seu papel de agir em defesa da concorrência, emitindo opiniões em estudos setoriais acerca dos problemas atinentes aos diversos dos normativos exarados. Nem todos eles, no entanto, possuíam a concorrência nos mercados como fator a ser considerado, e em razão disso a atuação do CADE por meio do *Advocacy* tornou-se essencial no enfrentamento do problema. Encontram-se abaixo sintetizadas as principais ações nesse sentido.

### 5.1. A problemática envolvendo os mercados ligados à prestação de serviços funerários

Um primeiro exemplo de normatização que foi alvo de uma opinião técnica acerca da possibilidade de efeitos deletérios à concorrência diz respeito ao estudo relativo ao marco regulatório para concessão de serviços funerários, cemiteriais e crematórios no estado de São Paulo. Em razão do Covid-19, as mortes no estado aumentaram cerca de 28% em comparação à média do número de mortos nos 4 anos anteriores<sup>21</sup> levando-se em conta somente dados referentes à capital. Ademais, viu-se em diversas localidades, no Brasil e no mundo, a instalação de uma crise funerária<sup>22</sup>.

Ocorre que os mercados relativos aos sistemas funerários possuíam uma realidade problemática do ponto de vista concorrencial no país e no mundo. As concessões de exploração de serviços funerários, cemiteriais e de crematórios no Brasil muitas vezes seriam responsáveis pela geração de monopólios que acabariam por perdurar ao longo de tempo considerável, sendo concessões nesse mercado objeto de disputas judiciais frequentes.

Em seu papel de defender a concorrência por meio da realização do *Advocacy*, então, o CADE ingressou em Ação Direta de Inconstitucionalidade em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>23</sup> como *amicus curiae*, a fim que fossem cumpridas as prerrogativas legais do órgão de contribuir com a defesa da concorrência no país. Uma vez aceito no processo, o CADE por meio do DEE promoveu estudo setorial relativo ao mercado funerário do município.

As normatizações objeto do estudo do DEE, quais sejam a Lei nº 17.180/2019 e o Decreto nº 59.196/2020, exaradas pelo Município de São

---

<sup>21</sup> Fonte: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/05/05/com-pandemia-mortes-na-cidade-de-sao-paulo-estao-28percent-acima-da-media-historica.ghtml>>.

Acesso em 06.06.2020

<sup>22</sup> Alguns exemplos de localidades atingidas pelo colapso do sistema funerário foram o Equador <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52129845>>; a cidade de Manaus <<https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus/covid-19-faz-mortes-dispararem-em-manaus-cemiterio-entra-em-colapso-1-24384991>>; a cidade de Belém do Pará <<https://globoplay.globo.com/v/8520209/>>; e a Itália <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/italia-tem-excesso-de-corpos-apos-coronavirus-e-cadaveres-chegam-ficar-24h-em-casa.shtml>>. Acesso em 1º.06.2020

<sup>23</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.083.441-44.2020.8.26.0000

Paulo a quem compete regular tais mercados, estabeleciam diversos pontos capazes de promover problemas ao ambiente concorrencial, quais sejam: (i) Proibição da criação de novos cemitérios e crematórios privados restringindo às concessionárias do serviço público a construção de novos cemitérios e crematórios no município(embora permitisse a continuidade dos serviços dos cemitérios privados já existentes); (ii) a proibição de comercialização de planos de assistência funerária, restringindo esse mercado, injustificadamente, à concessionária do serviço público ou a empresa que possua termo de responsabilidade solidária com a concessionária que garanta a prestação desses serviços; (iii) a garantia de exclusividade na prestação dos serviços funerários às concessionárias do serviço público, inclusive com relação a serviços de caráter complementar, como transporte de corpos e fornecimento de urnas; (iv) a promoção da verticalização de atividades funerárias, vez que as concessionárias do serviço público detém exclusividade na exploração de serviços funerários, cabendo a estas prestar todos os serviços envolvidos na atividade funerária; (v) a possibilidade de que os cemitérios e crematórios ficassem inteiramente na mão de duas empresas, em razão da divisão em blocos efetuada pelo Poder Público quando da licitação referente à concessão dos serviços; e (vi) o estabelecimento de preços tabelados para a realização das atividades ligadas ao setor funerário.

Tais determinações legais seriam verdadeiros entraves ao desenvolvimento de um livre mercado no setor, uma vez que inibiam entradas, e contribuíam para a construção de uma estrutura de mercado cada vez mais concentrada e verticalizada. Os consumidores, desta feita, seriam os maiores prejudicados, vez que com a ausência de livre concorrência no setor ficariam adstritos a serviços de menor qualidade e preços mais altos. Assim, recomendou o DEE a revisão da regulamentação vigente bem como a edição de atos normativos que ampliassem o número de agentes do setor bem como que permitissem a realização de investimentos por parte do setor privado.

O estudo realizado pelo CADE foi enviado ao Procurador-Geral de Justiça do Estado bem como ao Prefeito Bruno Covas e ao Presidente do Tribunal de Contas do Município. Fato é que o município de São Paulo, com objetivo de tomar medidas que evitassem o colapso do sistema funerário, editou decreto<sup>24</sup> que, dentre outras medidas, permitiu delegação

---

24

Fonte: < <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/decreto/2020/5919/59196/decreto-n-59196-2020-regulamenta-os-servicos-funerarios-cemiteriais-e-de-cremacao-no-municipio-de-sao-paulo-na-conformidade->

a entidades privadas os serviços funerários do município, a realização de convênios ou instrumentos jurídicos congêneres com outros Municípios ou entidades privadas para o serviço de cremação de corpos, bem como a celebração de contratos de emergência para a contratação de serviços e bens necessários ao devido funcionamento do sistema funerário enquanto perdurasse a situação de emergência e o estado de calamidade decorrentes da pandemia. Foram adotadas, deste modo, as recomendações que constavam dos estudos efetuados pelo CADE.

## *5.2. O fornecimento de descontos nos mercados relativos à prestação de serviços educacionais*

Após o início da Pandemia, muitas empresas foram tolhidas de exercer suas atividades, tendo em vista as regras impostas de isolamento com vistas a evitar a rápida proliferação da doença. Começaram a partir dessa necessidade uma proliferação de Projetos de Lei, dentre as quais aquelas com objetivo de impor descontos em contratos de prestação de serviços educacionais. Seriam mais de 5 os projetos em tramitação nas câmaras legislativas estaduais, municipais, bem como no âmbito do Congresso Nacional.

Em 24 de abril de 2020, o CADE, novamente por meio da realização de um estudo setorial, envolvendo, dessa vez, o mercado relativo às prestações de serviços educacionais, apresentou considerações com a finalidade de proteger a concorrência. O estudo, desta feita, tomou o projeto de lei que estava, até então, aprovado pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, e que estabelecia a concessão de descontos entre 30% e 50% dos valores pagos pelos estudantes até que a situação de emergência findasse. Além disso, o valor do desconto seria decidido por uma “Câmara de Conciliação” que levaria em conta a situação peculiar de cada aluno, decidindo um percentual de desconto entre os valores mínimo e máximo legalmente estabelecidos. Após o fim do estado de emergência, os estabelecimentos de ensino ficariam obrigados a repor as aulas integralmente e os alunos deveriam promover o pagamento do valor



integral restante. O projeto de lei em questão foi alvo de muitas críticas, inclusive dentro da própria Câmara Distrital, e levou a Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal a se manifestar<sup>25</sup>, vez que a proposta não só era inconstitucional como ainda visava legislar sobre matéria de competência da União.

Muito embora as propostas legislativas no mesmo sentido que a lei apreciada e aprovada pela CLDF tenham condão de aliviar os efeitos da crise que se impõe, a interferência nos contratos e na economia não pode ser feita de forma tão simples, sem que haja estudo sobre, sob pena de provocar efeitos deletérios à concorrência.

De acordo com o DEE, poderiam resultar do normativo o desemprego e a redução de salários dos professores e demais colaboradores e trabalhadores de instituições de ensino. Os trabalhadores, por sua vez, também acabariam por consumir menos, transferindo o problema a outros setores econômicos, que perderiam de forma substancial com a ausência do mercado integrado por essas pessoas. Junto a isso, poderia haver uma diminuição da demanda agregada aos serviços educacionais, diminuindo a arrecadação dos impostos ligados ao setor e em última instância até mesmo da capacidade do estado de gerir o orçamento, visto que ante a falência de instituições particulares, caberá ao estado a absorção desta demanda. Ademais, pela perspectiva concorrencial, a introdução no ordenamento de uma lei que contribui para falência de empresas de menor porte promove a concentração dos mercados e um aumento do poder dos agentes de maior porte, promovendo uma diminuição na rivalidade.

Outra questão abordada no estudo setorial passa pelo fato de que uma intervenção estatal nos contratos que legitime a concessão de descontos para toda população sem que seja levada em conta a situação individual de cada cliente, de cada contratante, tende a encarecer o serviço a longo prazo. Isto porque a sinalização estatal é a de que num cenário de crise deveria o empresário, fornecedor dos serviços, internalizar o prejuízo, de maneira com que o valor desse risco seria contabilizado no preço final do serviço durante tempos normais, encarecendo-o.

O Governador do Distrito Federal, após, vetou totalmente o projeto de lei por considerar tanto que este estabelecia medidas que interfeririam tanto no processo de arrecadação financeira das instituições de ensino, quanto que possuía vício de ordem material, uma vez que violaria os

---

<sup>25</sup>Fonte: < <https://www.metropoles.com/distrito-federal/pl-que-reduz-mensalidade-escolar-e-inconstitucional-diz-mpdft>>. Acesso em 06.06.2020

princípios constitucionalmente estabelecidos da Livre iniciativa e da Livre Concorrência.

Em 5 de junho, novamente por meio do DEE, o CADE se manifestou sobre projeto de lei parecido. Dessa vez, o objeto da Nota Técnica exarada foi a Lei nº 8864/2020 do Estado do Rio de Janeiro. No caso do Rio, o normativo aprovado pela Câmara Legislativa do Estado determinava que estabelecimentos particulares de ensino cujo valor da mensalidade ultrapassasse R\$ 350,00 ficariam obrigados a promover redução obrigatória na proporção de, no mínimo, 30% sobre a diferença entre o valor da mensalidade praticada e o limite da faixa de isenção de R\$ 350,00. De modo semelhante ao Projeto de Lei do Distrito Federal, o normativo do Rio de Janeiro também previa a existência de Mesas de Negociação, que poderiam, inclusive, decidir pela aplicação de descontos maiores.

A Nota Técnica relativa ao Projeto de Lei do Estado do Rio possui argumentação correspondente àquela efetuada quando da apreciação do Projeto de Lei do Distrito Federal, e a referida Lei acabou suspensa por meio de decisão judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>26</sup>.

### *5.3 Projetos de lei envolvendo congelamento de preços*

O DEE pôde, já quando da crise relativa ao Coronavírus, se manifestar em duas ocasiões sobre matérias bastante parecidas. Em ambos os casos se tratava de projetos de lei envolvendo iniciativas pelo congelamento de preço de produtos tidos como essenciais, e tomados como objeto de estudo do CADE por meio de despacho da Presidência do órgão.

O primeiro projeto analisado pelo DEE foi de iniciativa do Senador Randolfe Rodrigues (Rede/AP), e propunha o congelamento de preços de medicamentos durante a vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. O segundo, de iniciativa do Deputado Federal Túlio Gadêlha (PDT/PE) possuía caráter um pouco mais abrangente, propondo congelamento relativo não apenas sobre precificação de remédios, como

---

<sup>26</sup> Fonte: < <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/suspensa-lei-obrigava-escolas-rj-reduzirem-mensalidades>> Acesso em 12.08.2020.

também sobre "itens considerados essenciais ao enfrentamento da pandemia ou da calamidade pública"<sup>27</sup>.

Tais proposições encontram substrato no fato de que a demanda por diversos itens, especialmente aqueles ligados ao combate do vírus, remédios, Equipamentos de Proteção Individual (EPIs), álcool em gel, dentre outros. De modo natural, o aumento da demanda por um item costuma vir acompanhada do aumento de preço deste item. Vimos, assim, os preços de itens de primeira necessidade numa pandemia disparara logo nas primeiras semanas de isolamento<sup>28</sup>. Além disso, a oportunidade de um aumento de demanda também é vista como oportunidade ao aumento abusivo de lucros – e é isto o que ambos os projetos buscavam combater.

Ambos os projetos, no entanto, foram considerados pelo DEE como lacônicos quanto ao modo com que o congelamento deveria ser operacionalizado. Além disso, o preço é um importante indicador de ajuste de produção, distribuição e oferta de bens, além de que pode promover em verdade um aumento dos preços, discriminação mercadológica indevida além do desabastecimento desses itens. Ambos os estudos, ainda, levantaram o fato de que para o caso de produtos fármacos, já há regulação impondo um teto ao valor cobrado, o que nem sempre se mostra eficiente, e há problemática relativa a este tipo de regulação no âmbito do próprio CADE.

#### *5.4 Análise de efeitos de projeto de lei que interfere em cobrança feita por aplicativos de transporte*

Outra manifestação realizada no contexto da Pandemia do Covid-19 diz respeito aos arts. 17 e 18 do PL 1179/2020, que, de acordo com sua ementa, instituiria “normas de caráter transitório e emergencial para a

---

<sup>27</sup> Na justificativa do Projeto de Lei em questão, a tentativa era de estabelecer um ‘*anti gouging act*’, no sentido de se estabelecer uma lei que evitasse aumento abusivo de preços de itens essenciais. Sobre ‘*gouging price*’ de alguns itens considerados essenciais no enfrentamento da pandemia, verificar: <<https://www.nytimes.com/2020/03/27/us/coronavirus-price-gouging-hand-sanitizer-masks-wipes.html>>. Acesso em 7.6.2020

<sup>28</sup> Fonte: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/12/governo-controle-precos-tabelar-mascara-alcool-gel-agua-coronavirus.htm>>; <<https://investidor.estadao.com.br/comportamento/alcool-em-gel-preco-coronavirus/>>. Acesso em 06.06.2020

regulação de relações jurídicas de direito privado em virtude da pandemia da Covid-19”<sup>29</sup>, e foi convertida na Lei nº 14.010/2020 em 10 de junho de 2020. Os referidos artigos possuíam como objetivo regular a cobrança de comissões, taxas e preços relativos aos serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros, bem como para serviços de entrega e de táxi.

Especificamente os arts. 17 e 18 instituíam que da entrada em vigor da Lei até a data de 30 de outubro de 2020 a porcentagem de retenção das empresas por sobre o valor das viagens deveria ser diminuída em ao menos 15%, garantindo o repasse dessa quantia aos motoristas e entregadores. Ademais, também ficaria vedado o aumento de preços de viagens aos usuários. No caso dos taxistas, a redução de 15% deveria se aplicar a todas e quaisquer taxas, cobranças, aluguéis ou congêneres incidentes sobre o serviço.

A Nota do DEE, de início, trouxe um pequeno *disclaimer* acerca do funcionamento dos negócios referentes aos aplicativos de transporte e entrega, bem como do serviço de táxi. Tais empresas constituem as denominadas plataformas de dois ou múltiplos lados, e são regidas por efeitos de redes cruzados. Nesses modelos de negócio, de acordo com o economista David Evans<sup>30</sup>, são vendidas conexões na medida em que trabalham de maneira a garantir uma estrutura de preços que assegure a manutenção de uma quantidade crítica de membros em todos os lados do negócio. Assim, o número de usuários de um lado da plataforma interfere necessariamente no número do outro lado.

No caso dos aplicativos de transporte, por exemplo, quanto maior for o número de motoristas associados, mais competitivos os preços se tornam e mais atrativa ela se torna para os consumidores, que disporão de mais opções de escolha. Analogamente, quanto mais passageiros a plataforma é capaz de atrair, mais atrativa ela se torna aos motoristas. Nesse ínterim, a empresa responsável pelo desenvolvimento e manutenção da plataforma realiza a cobrança de comissão, com vistas

---

29

<sup>30</sup> “[...] Platforms are selling connections. They must balance their treatment of all costumer groups to ensure that they have enough of the right members of all groups on the plataforma [...].Some design decisions involve trade-offs between the interests of diferent groups, and these decisions must be made with an eye to maintaining the balanced participation that a matchmaker needs to survive”. EVANS, S. David S. and SCHMALENSEE, Richard. Matchmakers: the new economics of platform business. Havard Business Review Press, 2016.

a cobrir custos operacionais, gerar lucro para os investidores, e viabilizar pesquisas no sentido de promover inovações que possam expandir os negócios e cortar ainda mais custos de transações nas relações entre fornecedor de serviço e consumidor.

De acordo com o DEE, uma redução no valor das comissões cobradas pelas empresas impactaria diretamente os lucros das companhias, o que poderia implicar numa queda na qualidade e quantidade dos serviços ofertados, bem como na redução de pesquisas relativas a possíveis inovações. Ademais, uma vedação no sentido de impedir aumento no valor cobrado ao consumidor poderia resultar na transferência do valor para outros lados da plataforma, como por exemplo um aumento no valor dos custos operacionais que anteriormente poderiam estar sendo absorvidos pela empresa sem repasse para preços em razão de pressão competitiva de concorrentes. De outro lado, na hipótese de confirmação de um aumento de preços, em razão do efeito de rede próprio desses modelos negociais, a plataforma em verdade se tornaria menos atrativa para os transportadores e consumidores, de modo com que o próprio mercado compensaria o aumento com uma queda no valor total arrecadado.

Um último argumento apresentado foi no sentido de que a aplicação de uma redução percentual linear e arbitrariamente definido – como é o caso da faixa de 15% - poderia resultar numa verdadeira penalização daquelas empresas que operavam com margem de lucro mais baixa do que outras concorrentes, conquanto os agentes que operavam com margens maiores teriam menos dificuldades em se manter durante a situação de emergência, inibindo ainda possíveis entradas, vez que o mercado estaria de forma geral bastante menos atrativo e estratégias de entrada baseadas na prática de preços agressivos seriam inviabilizadas, acarretando, portanto, em verdadeiro aumento de concentração e reforço do poder de mercado das empresas dominantes.

Os artigos tratados na Nota Técnica nº 21 do DEE acabaram por ficar de fora da redação que entrou em vigor em junho, e em importante atuação o CADE conseguiu, desta feita, proteger a dinâmica concorrencial destes mercados, caracterizados por sua dinamicidade.

##### *5.5. Nota Informativa do CADE sobre colaboração entre concorrentes*

Outra iniciativa de relevo do CADE em matéria de *Advocacy* durante a Pandemia foi a elaboração da “Nota informativa temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de COVID-19”<sup>31</sup>. O documento inspira-se em medidas de mesmo escopo adotadas internacionalmente, com destaque para a Comissão Europeia que, em abril, publicou um comunicado apresentando novas diretrizes para a defesa da concorrência<sup>32</sup>.

A nova atuação é baseada em um “módulo de transição”, que permite a flexibilização de regras concorrenciais e incentiva a cooperação entre agentes econômicos, como forma de superação das deformações mercadológicas provocadas pelo COVID-19. A diretriz europeia é a mesma adotada em outros países e por órgãos como ICN e OCDE, tendo servido também para a elaboração do modelo brasileiro.

Conforme destacado no documento oficial, a nota informativa tem como propósito “*fornecer orientações sobre procedimentos aos quais agentes econômicos poderão recorrer para receber um pronunciamento do CADE acerca da adoção de estratégias voltadas ao combate da crise, e garantir o cumprimento da Lei nº 12.529/2011.*” (CADE, 2020, p. 03).

A medida parece partir do pressuposto fático inarredável de que, em um cenário de crise, os objetivos da lei antitruste devem ser lidos de forma a permitir a viabilidade de atuação dos agentes econômicos, ainda que, para tanto, seja necessário um nível de cooperação não aceito hodiernamente.

No documento, são citadas como possíveis formas de atuação em cooperação ações para “*assegurar a manutenção ou retomada da fabricação, fornecimento ou distribuição de bens e serviços essenciais*

---

<sup>31</sup> É possível acessar a Nota Informativa no site do CADE: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-divulga-nota-informativa-sobre-colaboracao-entre-concorrentes-para-enfrentamento-da-cri-se-de-covid-19/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-cri-se-de-covid-19.pdf>>. Acesso em 13.08.2020.

<sup>32</sup> <sup>32</sup> EUROPEAN COMMISSION. Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework\\_communication\\_antitrust\\_issues\\_related\\_to\\_cooperation\\_between\\_competitors\\_in\\_covid-19.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework_communication_antitrust_issues_related_to_cooperation_between_competitors_in_covid-19.pdf). Acesso em 13.08.2020.

*cuja produção ou distribuição tenha sido afetada pela pandemia*”; medidas necessárias para a retomada de cadeias produtivas, com a garantia de suprimento de matérias primas e manutenção de cadeias de distribuição até o consumidor final; investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), dentre outras.

Outro elemento importante para ser destacado acerca do protocolo, é que sua adoção não prejudica a atuação regular do CADE no controle de estrutura e de condutas, tampouco significa uma abertura do sistema normativo para a prática de condutas abusivas vedadas pela Lei nº 12.529/2011. Como já analisado neste trabalho, a atuação na seara da Advocacia da Concorrência dá-se sem prejuízo de outras competências do CADE.

Registre-se que, mesmo antes da divulgação da Nota Informativa, a Agência Antitruste brasileira já havia autorizado colaboração entre concorrentes no contexto do chamado “Projeto STAR”/”Movimento Nós”. Trata-se de iniciativa das empresas Ambev, BRF, Coca-Cola, Mondelez, Nestlé e Pepsico buscando a recuperação do mercado varejista em seus setores de atuação.

Nesse cenário, foi aprovado acordo de cooperação com validade até 31 de outubro de 2020. Em despacho do Presidente da autarquia, restou consignado o seguinte:

*Acerca das colaborações entre concorrentes no contexto de crise, tema tão em voga e em discussão no cenário antitruste internacional, entendo que devemos compreendê-las como formas de cooperação entre empresas concorrentes adotadas em caráter emergencial com o objetivo de superar adversidades decorrentes de uma situação de crise com objetivo de mitigar seus efeitos*<sup>33</sup>.

Em síntese, o tema da cooperação entre concorrentes acentua a capacidade – e necessidade de voltarem-se esforços para melhorias – de atuação de autoridades antitruste por meio da Advocacia da Concorrência.

---

<sup>33</sup> É possível acessar os autos do processo (versão pública) e o mencionado despacho no Sistema Eletrônico de Informações do CADE: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPIqoilIhpHzrBPPwmSBqPnKbW3f5D7XP-3cinp8w\\_IPI2RGNNo3rIhlaJkFTTncPvz-HLIUvyw0sXWK8wyR6RX](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPIqoilIhpHzrBPPwmSBqPnKbW3f5D7XP-3cinp8w_IPI2RGNNo3rIhlaJkFTTncPvz-HLIUvyw0sXWK8wyR6RX)>. Acesso em 13.08.2020.

Isso porque em circunstâncias excepcionais, como a crise sanitária causada pela COVID-19, o binômio prevenção-repressão seria de pouca utilidade.

A prevenção contra conduta cooperativa poderia redundar em prejuízos de difícil e incerta reparação, como o desaparecimento de agentes econômicos (falência), o desabastecimento ou a elevação abusiva de preços. Já a repressão também seria de limitada valia, já que eventuais cooperações feitas sem qualquer parâmetro e à revelia de orientações dadas pela Autoridade Antitruste poderiam implicar concentrações e deformações estruturais para o mercado, dificilmente corrigidas com a aplicação de multas, ou outras penas previstas na Lei de Defesa da Concorrência.

#### *5.6. A Lei nº 14.010/2020 e as inovações transitórias no ambiente concorrencial nacional*

Ainda pertinente ao tema da adaptação de regras de defesa da concorrência ao cenário de crise, impõe mencionar a Lei nº 14.010/2020, que, embora não seja resultado direto de uma atuação do CADE – seja na esfera da advocacia da concorrência ou em suas outras áreas de competência – apresenta interface com as atribuições da agência.

A Lei decorre da aprovação do PL 1179/2020 que estabelece um regime jurídico emergencial para as relações de direito privado em decorrência da crise de saúde pública que assola o país. O projeto, na prática, prevê a suspensão de diversos dispositivos que sancionam práticas anticoncorrenciais, além de limitar a atuação do CADE no controle de atos de concentração.

No que concerne diretamente ao objeto da Nota Informativa, a nova lei suspende temporariamente a eficácia do art. 90, IV, da Lei nº 12.529/2011. Com efeito, atos de concentração que consistam na celebração de contrato associativo, consórcio ou joint venture entre duas ou mais empresas não são mais de notificação obrigatória, durante a vigência da lei, que inicialmente, tem duração prevista até 30/10/2020.

Vale dizer que a suspensão de eficácia de dispositivos da Lei de Defesa da Concorrência promovida pela Lei nº 14.010/2020 não impede a atuação, mesmo posterior, do CADE investigando e reprimindo infrações à ordem econômica que, fora do escopo de remediar efeitos da crise, consubstanciem verdadeiro oportunismo dos agentes econômicos (art. 14, §1º da Lei nº 14.010/2020).



O novel diploma legal ainda suspende, no art. 36 da Lei nº 12.529/2011, os incisos XV e XVII do § 3º, que, respectivamente, vedam a prática de preços abaixo do valor de custo e a cessação das atividades, total ou parcial, de empresas sem justa causa comprovada.

A suspensão desses dispositivos parece configurar verdadeira política legislativa de desregulamentação do mercado como forma de incentivo à atuação dos agentes econômicos. Sem prejuízo da intenção louvável, os efeitos práticos parecem questionáveis, mesmo considerando a ausência de condenações pelo CADE, mesmo antes da Pandemia, tendo como base os mencionados incisos.

Por fim, a Lei nº 14.010/2020 tem ainda um teor interpretativo, direcionando a atividade da Autoridade Antitruste, ao dispor que em eventuais condenações por práticas abusivas com base nos dispositivos do art. 36 não afetados pela nova lei, deverão ser levadas em consideração as circunstâncias extraordinárias no cenário social decorrentes da Pandemia.

Em síntese, a lei parece em consonância com o quanto já praticado pelo CADE no sentido de adaptar os objetivos da Lei Antitruste ao cenário de crise. No entanto, sua real potencialidade e efeitos ainda não podem ser avaliados, diante da atualidade de sua elaboração, de modo que certo distanciamento temporal ainda se faz necessário para uma avaliação razoável dos impactos da medida.

## **6. Conclusão**

A linha argumentativa construída no trabalho nos conduz a algumas conclusões. A primeira, mais evidente, é quanto às vantagens associadas ao uso da Advocacia da Concorrência como instrumento de conformação dos mercados, contribuindo para a garantia de valores constitucionais como livre-iniciativa, livre concorrência, valorização do trabalho, etc.

Em comparação com os mecanismos tradicionais preventivo e repressivo, o *Advocacy* permite maior plasticidade na atuação do administrador, implica custos menores para a máquina pública; é recebido com menos resistência pelos regulados; permite a formação de uma cultura da concorrência entre todos os sujeitos envolvidos na “arena de trocas”, fomentando o exercício do controle de conformidade das práticas econômicas inclusive por consumidores, que têm melhor acesso às informações relativas ao SBDC; evita os prejuízos decorrentes dos “erros

regulatórios” eventualmente cometidos por autoridades na tentativa de oferecer soluções em cenários de crise.

Tais vantagens tornam essa ferramenta especialmente útil para lidar com os problemas que o mercado mundial enfrenta, atualmente, em razão da pandemia de Covid-19. O cenário de instabilidade causado pela tragédia sanitária chama a atenção para o atributo característico do antitruste que é sua mutabilidade, exigindo do intérprete a conformação dos objetivos tutelados pela lei antitruste às demandas atuais da sociedade a que essa legislação se aplica.

Não se pode esquecer, todavia, que a crise em saúde apenas adiantou uma tendência que já ganhava corpo no cenário mundial, de valorização de instrumentos de *soft law* na regulação da concorrência. Desse modo, podemos dizer que a ascensão do *Advocacy* não se deve apenas ao cenário de crise, que apenas serviu de catalisador para esse fenômeno. Com efeito, espera-se que essa forma de atuação seja incorporada na agenda de autoridades antitruste em todo o mundo.

É fácil perceber essa tendência de aumento de ações de *Advocacy* ao olharmos sua crescente nos últimos anos, como bem representados pelos casos desenvolvidos neste trabalho, desde 2018. De uma abordagem tímida nos dois anos pré Covid-19, com poucos - mas importantes - casos, há uma multiplicação dessa atuação ao passo que cresce uma aparente necessidade de intervenção econômica. E tal crescimento, que propõe intervenções econômicas sem que um estudo detalhado acerca da operacionalização dessa intervenção ocorra, há um protagonismo deste instrumento especialmente em se tratando de cenários de crise.

Ademais, é palpável o quanto a abordagem antitruste tem sido efetiva e rápida por meio dessa atuação pautada na Advocacia da Concorrência. Fazendo um comparativo, o *Advocacy* não só foi largamente utilizada no pós-pandemia como decerto, a partir da diligência da autoridade, conseguiu impedir uma série de possíveis problemas econômicos no futuro e conseqüentemente processos futuros que viriam a ser tratados no âmbito de atuação do CADE. Espera-se que os ganhos advindos de tais práticas consigam ser percebidos pelas autoridades, e que contribuam para uma maior disseminação da cultura concorrencial, tornando o *Advocacy* meio melhor e mais amplamente utilizado.

## 7. Referências bibliográficas

EUROPEAN COMMISSION. Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework\\_communication\\_antitrust\\_issues\\_related\\_to\\_cooperation\\_between\\_competitors\\_in\\_covid-19.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework_communication_antitrust_issues_related_to_cooperation_between_competitors_in_covid-19.pdf). Acesso em 06.06.2020.

FORGIONI, Paula A.. Os fundamentos do antitruste - 10ª edição. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1. 509p .

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. 512p .

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Análise Econômica da Regulação: o papel da advocacia da concorrência. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALCDE) Annual Papers. Jan. 2007. Disponível em <<https://escholarship.org/uc/item/6k0688wp> >. Acesso em 06.06.2020.

OLIVEIRA, Gesner. Defesa da Concorrência em países em desenvolvimento: aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul. In: 42a . Reunião do Fórum Permanente da Concorrência. pp. 8-9. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1863/TD66.pdf?sequen>>. Acesso em 06.06.2020.

REIS JUNIOR, A. J. (Org.) ; RIBAS, G. F. C. (Org.) ; ESTEVAO, A. C. (Org.) ; SOUZA, A. E. L. (Org.) ; CRUZ, A. C. (Org.) ; MORI, B. F. F. (Org.) ; PEREIRA NETO, Caio Mario S. (Org.) ; MARCHIORI, C. M. (Org.) ; MATTOS, C. (Org.) ; GUIMARAES, D. A. (Org.) ; CARVALHAES, E. (Org.) ; ROMANIELO, E. S. (Org.) ; PELUSSI, F. Z. (Org.) ; SAMPAIO, F. A. A. (Org.) ; CARVALHO JUNIOR, I. (Org.) ; FERREIRA, J. F. (Org.) ; PEREIRA, J. A. L. (Org.) ; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida (Org.) ; DOMINGUES, J. O. (Org.) ; ANDRADE, M. C. (Org.); ADAMI, Mateus Piva (Org.) ; CRISTOFARO, P. P. S. (Org.) ; BOTELHO, R. F. (Org.) ; RIBEIRO, V. S. (Org.) . Advocacia da Concorrência: propostas com base nas experiências brasileira e internacional. 1. ed. São Paulo: Singular, 2016. v. 1. 144p .

BARRETO, Alexandre; BELON, Rodrigo. Advocacia da Concorrência: a importância da atuação do Cade na pandemia. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325545/advocacia-da->

concorrenca-a-importancia-da-atuacao-do-cade-na-pandemia> Acesso em 06.06.2020

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Advocacy and Competition Policy. Advocacy Working Group Report. ICN's Conference. Naples, Italy, 2002. Disponível em: <[https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG\\_AdvocacyReport2002.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_AdvocacyReport2002.pdf)> Acesso em 25.5.2020.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic. 2020. Disponível em: <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>> Acesso em 25.5.2020.

CONSULTOR JURÍDICO. Atuação entre Cade e Seprac planeja ampliar advocacia da concorrência. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/acordo-entre-cade-seprac-ampliar-advocacia-concorrenca>>. Acesso em 25.5.2020

TAUFICK, Roberto D. Entendendo a Advocacia da Concorrência. 2017. Disponível em: <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entendendo-a-advocacia-da-concorrenca-24052017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entendendo-a-advocacia-da-concorrenca-24052017)>. Acesso em 27.05.2020.

TAUFICK, Roberto D. O (bom) contador de histórias. 2017. Disponível em: <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-bom-contador-de-historias-28032017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-bom-contador-de-historias-28032017)>. Acesso em 27.05.2020.

DE CARVALHO, Vinícius Marques; MACHADO, Henrique Felix; MICHELI Marco. TCCs do Refino e do Gás Natural. 2019. Disponível em: <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrenca-regulacao/tccs-do-refino-e-do-gas-natural-25072019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrenca-regulacao/tccs-do-refino-e-do-gas-natural-25072019)>. Acesso em 30.05.2020.

DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira. Concorrência e desenvolvimento: a competition advocacy no Brasil e sua contribuição para o fortalecimento das instituições democráticas. Ribeirão Preto, 2017. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-06022019-091454/pt-br.php>> Acesso em 25.05.2020.

DA SILVA, Carlos Eduardo Tobias. A Advocacia da Concorrência na reforma do SBDC: a atuação da SEAE para a construção de uma cultura da concorrência no Brasil. RDC, Vol. 3, nº 2. Novembro 2015, pp. 180-202. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/articloe/view/149>>. Acesso em 25.05.2020

BRASIL.CADE. Nota informativa temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de COVID-19. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-divulga-nota-informativa-sobre-colaboracao-entre-concorrentes-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19.pdf>>. Acesso em 13.08.2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. Lei nº 14.010/2020, de 10 de junho de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. CADE. Requerimento nº (ref. Apartado Restrito nº 08700.002716/2019-84), relacionado ao Inquérito Administrativo nº 08700.006955/2018-22 Requerente: Petróleo Brasileiro S. A. Nota Técnica nº 25/2019/CGAA4/SGA1/SG/CADE (SEI nº 0621468).

\_\_\_\_\_. CADE. Requerimento nº (ref. Apartado Restrito nº 08700.002716/2019-84), relacionado ao Inquérito Administrativo nº 08700.006955/2018-22 Requerente: Petróleo Brasileiro S. A. Voto Vogal Cons. Paula Farani de Azevedo Silveira. j. em 11 de junho de 2019 na 144ª Sessão Ordinária (SEI 0627196).

\_\_\_\_\_. CADE. Requerimento nº (ref. Apartado Restrito nº 08700.002716/2019-84), relacionado ao Inquérito Administrativo nº 08700.006955/2018-22 Requerente: Petróleo Brasileiro S. A. Voto Vogal Cons. João Paulo Resende. j. em 11 de junho de 2019 na 144ª Sessão Ordinária (SEI 0627604).

\_\_\_\_\_. CADE. Requerimento relacionado ao Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82 Requerente: Petróleo Brasileiro S. A. Nota Técnica nº 31/2019/CGAA4/SGA1/SG/CADE (SEI nº 0634675).

\_\_\_\_\_. CADE. Requerimento nº (ref. Apartado Restrito nº 08700.003136/2019-12), relacionado ao Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82 Requerente: Petróleo Brasileiro S. A. Voto Vogal Cons. João Paulo Resende. j. em 26 de junho de 2019 na 145ª Sessão Ordinária (SEI 0636459).

\_\_\_\_\_. CADE. Processo nº 08700.005276/2018-36  
Representada: Mercados de fluidos refrigerantes, em particular  
hidroclorofluorcarbono HCFC R22. Nota Técnica nº  
15/2019/CGAA1/SGA1/SG/CADE (SEI nº 0635706).

\_\_\_\_\_. CADE. Processo nº 08027.000240/2020-70. Demanda  
Externa: Órgãos do Poder Executivo. Nota Técnica nº  
15/2020/DEE/CADE (SEI nº 0737899).

\_\_\_\_\_. CADE. Processo nº 08027.000247/2020-91. Demanda  
Externa: Órgãos do Poder Executivo. Nota Técnica nº  
16/2020/DEE/CADE (SEI nº 0738619).

\_\_\_\_\_. CADE. Processo nº 08700.002018/2020-12.  
Institucional: Estudo Temático. Nota Técnica nº 17/2020/DEE/CADE  
(SEI nº 0747070).

\_\_\_\_\_. CADE. Processo nº 08700.002268/2020-52. Finalístico:  
Acompanhamento de Mercado. Nota Técnica nº 20/2020/DEE/CADE  
(SEI nº 0753472).

\_\_\_\_\_. CADE. Processo nº 08700.002395/2020-51. Finalístico:  
Petição. Despacho Presidência 99 (SEI nº 0759377).

\_\_\_\_\_. CADE. Processo nº 08700.002670/2020-37. Demanda  
Externa: Órgãos do Poder Executivo. Nota Técnica nº  
24/2020/DEE/CADE (SEI nº 0763746).

\_\_\_\_\_. CADE. Processo nº 08027.000294/2020-35.  
Demanda Externa: Órgãos do Poder Executivo. Nota Técnica nº  
21/2020/DEE/CADE (SEI nº 0758464).

## 11. PLATAFORMAS DIGITAIS: A DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE ENRIQUECE OU LIMITA A ANÁLISE ANTITRUSTE?

### *11 DIGITAL PLATFORMS: THE RELEVANT MARKET DEFINITION ENRICHES OR LIMITS THE ANTITRUST ANALYSIS?*

*Ana Sofia Cardoso Monteiro; Anna Olimpia de Moura Leite; Sílvia Fagá de Almeida*

**Resumo:** O desenvolvimento das plataformas digitais é um fenômeno global que acompanha uma mudança de paradigmas econômicos clássicos, como preço, substitubilidade de produtos e serviços e preferências dos consumidores. Características como as externalidades de rede positivas, elevadas economias de escala e a relevância dos dados durante o processo produtivo fazem com que métodos até então utilizados para a definição de mercados relevantes em indústrias tradicionais tornem-se obsoletos em se tratando desta nova realidade. Frente a isso, o caso E-commerce vs. Google, que apresentava os desafios típicos da investigação concorrencial envolvendo uma plataforma digital e ilustrou que a definição de mercado relevante não precisa ser definitiva, dado que diferentes cenários foram aventados, mas as conclusões praticamente prescindiam das delimitações de mercado relevante. O artigo propõe, portanto, uma importante reflexão sobre a real necessidade de definir mercados relevantes no contexto das plataformas digitais para fins de contribuir para a evolução da política concorrencial no século XXI.

**Palavras-chave:** mercado relevante – plataformas digitais – análise antitruste

**Abstract:** The development of digital platforms is a global phenomenon, accompanied by a change in classic economic paradigms, such as price, products and services' substitutability, and consumer preferences. Characteristics like the existence of positive network externalities, high economies of scale and data relevance in the productive process have challenged the usefulness of old methods originally designed for supporting the relevant market definition in traditional industries. This new reality is depicted in the recent case of E-commerce versus Google, which represents the typical challenges of antitrust investigations

involving digital platforms, illustrating that the definition of relevant markets does not need to be definitive. Despite the projection of different scenarios, conclusions practically waived the necessity of defining a relevant market. The article therefore proposes an important reflection about the real necessity of defining relevant markets for cases involving digital platforms, with the purpose of contributing to the evolution of the competitive policy in the 21st century.

**Keywords:** *relevant market – digital platforms – antitrust analysis*

## 1. Introdução

A análise antitruste padrão inicia-se a partir da definição de mercado relevante<sup>1</sup>, de forma que, tanto a avaliação sobre os impactos de uma fusão e aquisição, quanto a aferição de efeitos anticompetitivos gerados por condutas unilaterais prescindem da sua definição prévia.

Na primeira hipótese, a definição de mercado relevante antecede a estimativa de índices de concentração resultante da operação, como *market share* e HHI. Estas métricas são utilizadas como parâmetros para indicar se a empresa resultante deterá poder de mercado: se forem inferiores a um determinado limiar, a operação tende a ser aprovada sem restrições. Assim, caso a concentração decorrente da operação supere esse limiar, o caso passa a demandar uma análise mais aprofundada. O mesmo procedimento é utilizado ao analisar possíveis ilicitudes em condutas unilaterais. Em geral, as autoridades antitruste tendem a avaliar com mais profundidade condutas exercidas por empresas com *market share* mais elevado e que, por isso, estariam em melhores condições de exercer seu poder de mercado.

Quando o objeto da definição de mercado relevante diz respeito a uma plataforma digital, este processo torna-se ainda mais desafiador. Sabe-se, por exemplo, que o uso de métricas de mercado de um lado em plataformas de múltiplos lados pode levar a imprecisões relevantes, de sub

---

<sup>1</sup> Neste sentido, a Comissão Europeia entendeu que “*Market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between firms. [...] The main purpose of market definition is to identify in a systematic way the competitive constraints that the undertakings involved face*”. In European Commission Notice on the definition of relevant market for the purpose of Community competition law, 97/C 372/03, § 2.



ou superdimensionamento (EVANS, D. E SCHMALENSEE, R., 2013, p. 21).

Enquanto as ferramentas à disposição das autoridades antitruste são limitadas em função das características da economia digital, as análises qualitativas também não são triviais, dada a menor rigidez das fronteiras destes mercados e a menor clareza sobre o grau de substituíbilidade entre seus produtos ou serviços.

É neste contexto que o presente artigo problematiza até onde a definição de um mercado relevante de fato auxilia à análise das plataformas digitais sob a ótica antitruste, procurando elucidar quais as principais dificuldades trazidas em apegar-se a tal definição no contexto da economia digital.

Neste sentido, a depender das particularidades do caso analisado, em linha com o atual questionamento sobre a aplicação automática da lei antitruste, a análise dos efeitos sobre a concorrência poderia ocorrer sem que, necessariamente, se defina um mercado relevante específico, etapa que pode ser especialmente demandante de tempo e de recursos e ainda pouco conclusivas. Neste sentido, o caso *E-commerce vs. Google*, esmiuçado a seguir, é um exemplo importante de como a análise concorrencial pode ser robusta e conclusiva sem que seja atrelada especificamente a uma definição rígida de mercado relevante.

Dessa maneira, o artigo encontra-se dividido em três seções, iniciando-se com uma revisão sobre os métodos que vêm sendo utilizados para subsidiar a definição de mercados relevantes em plataformas digitais, partindo para uma análise empírica sobre as particularidades envolvendo o Caso *E-Commerce vs. Google*, objeto recente de análise da autoridade antitruste brasileira e, finalmente, apresentando reflexões sobre a necessidade de repensar parâmetros de análise que possam melhor se adaptar à realidade das plataformas digitais.

## **2. Revisão dos principais métodos para subsidiar a definição de mercados relevantes das plataformas digitais**

Em que pese não haver um padrão de análise estabelecido e consensual sobre o tema entre os órgãos antitruste, a presença cada vez mais intensa das plataformas digitais na atividade econômica torna ainda mais urgente um avanço neste sentido.

Neste momento, por exemplo, encontra-se aberta uma Consulta Pública que tem como objetivo revisar o Guia de Mercado Relevante atualmente utilizado pela Comissão Europeia – cuja elaboração remete ao ano de 1997 – e adaptá-lo às características da nova realidade econômica<sup>2</sup>.

No Brasil, apesar de o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) ter analisado casos envolvendo plataformas de múltiplos lados<sup>3</sup>, inexistente hoje um padrão de análise consolidado sobre a definição de mercado relevante nestes casos. Entretanto, é importante pontuar que o atual Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, elaborado pela Autarquia em 2016, esclarece que, para este setor, “a delimitação do mercado relevante não vincula o CADE, seja porque é um mero instrumento de análise, seja porque o mercado é dinâmico”<sup>4</sup>.

Ora, a análise da dinâmica competitiva da economia digital é desafiadora exatamente por envolver “plataformas de múltiplos lados” que combinam as seguintes características:

- (i) *Elevadas economias de escala*: o custo de prestar um serviço ou um produto para um usuário adicional e o custo de distribuição são irrisórios nas plataformas digitais (próximos a zero), o que permite acelerar o ganho escala a uma proporção mais elevada do que das indústrias tradicionais, permitindo retornos crescentes de escala<sup>5</sup>. Estas condições permitem que serviços digitais alcancem uma escala global, reduzindo o custo médio por consumidor. Como

---

<sup>2</sup> Disponível em: < <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Evaluation-of-the-Commission-Notice-on-market-definition-in-EU-competition-law>>

<sup>3</sup> Ato de Concentração (AC) nº 08700.002703/2019-13 (Mosaico/Buscapé), AC nº 08700.007262/2017-76 (Naspers/Delivery Hero) e AC nº 08700.004431/2017-16 (Itaú Unibanco/XP Investimentos).

<sup>4</sup> CADE. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília, 2016, p. 13. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)>. Acesso em 01/06/2020.

<sup>5</sup> SCOTT MORTON, F., EZRACHI, P., JULLIEN, B., KATZ, R., KIMMELMAN, G., MELAMED, A. D., e MORGENSTERN, J. Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee Report. George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, The University of Chicago Booth School of Business, 2019, p. 17.

resultado, empresas digitais conseguem elevar investimentos em custos fixos, ampliando a qualidade do serviço fornecido<sup>6</sup>;

- (ii) *Externalidades de rede positivas*: podem ocorrer de maneira direta, envolvendo o mesmo lado da plataforma, como ocorre nas redes sociais – quanto mais usuários acessarem, mais pessoas irão considerar essa plataforma interessante e irão acessá-la também; ou de maneira indireta, quando a demanda de um lado da plataforma aumenta a demanda do outro lado. No caso do Uber, por exemplo, quanto mais usuários acessarem o aplicativo, mais motoristas irão ingressar também; e vice-versa. Externalidades indiretas de rede constituem uma característica comum em diversas plataformas digitais, que oferecem para os usuários serviços ou produtos a preços baixos (em alguns casos, a preço zero) a partir do financiamento de publicidades. Há racionalidade econômica para isto: quanto maior o número de usuários na plataforma, maior será o ganho para os anunciantes (retorno sobre o investimento em anúncio aumenta com o crescimento do número de visualizações). Do lado dos usuários, aumenta a chance de ele ser capturado por uma publicidade do seu interesse quanto maior for o número de anunciantes<sup>7</sup>. Fica claro que o valor associado ao produto ou ao serviço cresce quanto maior for a demanda dos diferentes lados da plataforma. A percepção de valor tende a ser maior quanto mais forte for o efeito de rede, que pode, ainda, variar ao longo do tempo:

*“É possível para companhias desenhar recursos que possam fortalecer as externalidades de rede. A Amazon, por exemplo, construiu múltiplos tipos de efeitos no seu modelo de negócio ao longo dos anos. No começo, o sistema de revisão da Amazon gerava efeitos do mesmo lado: conforme o número de revisões dos produtos daquele lado aumentava, usuários tornavam-se mais propensos a visitar a Amazon com o objetivo de ler e escrever novas revisões. Posteriormente, o marketplace da Amazon, o qual permite que terceiros possam vender produtos*

---

<sup>6</sup> Ibid, p. 13-14.

<sup>7</sup> Ibid, p. 15-17.

*para usuários da Amazon, gerou efeitos de rede cruzados, nos quais, tanto compradores, quanto vendedores terceirizados eram atraídos uns pelos outros. Ao mesmo tempo, o sistema de recomendações da Amazon, o qual sugere produtos com base no comportamento do usuário em sua última compra, ampliou o impacto da escala da companhia através de um aprendizado contínuo a respeito das preferências dos consumidores. Quanto mais estes consumidores utilizavam o site, mais as recomendações da Amazon tornavam-se precisas. Enquanto que isto não é usualmente identificado como sendo externalidades de rede per se, efeitos de aprendizagem operam muito similarmente aos efeitos do mesmo lado, podendo aumentar as barreiras de mercado”. (tradução livre)*<sup>8</sup>

- (iii) *Relevância dos dados*: uso de informações dos usuários serve para alavancar as externalidades de rede ao facilitar o encontro entre os diferentes usuários de uma plataforma. Por exemplo, entre consumidores que buscam por um determinado produto e os vendedores desse produto<sup>9</sup>. Dados coletados pelas plataformas ainda favorecem o desenvolvimento de novos serviços e produtos,

---

<sup>8</sup> “It is possible for firms to design features that strengthen network effects, however. Amazon, for example, has built multiple types of effects into its business model over the years. In the beginning, Amazon’s review systems generated same-side effects: As the number of product reviews on the site increased, users became more likely to visit Amazon to read the reviews as well as write them. Later, Amazon’s marketplace, which allows third parties to sell products to Amazon users, generated cross-side network effects, in which buyers and third-party sellers attracted each other. Meanwhile, Amazon’s recommendation system, which suggests products on the basis of past purchase behavior, amplified the impact of the company’s scale by continually learning about consumers’ preferences. The more consumers used the site, the more accurate the recommendations Amazon could provide them. While not usually recognized as a network effect per se, learning effects operate a lot like same-side effects and can increase barriers to entry” in ZHU, F. e IANSITI, M. Why Some Platforms Thrive and Others Don’t. Harvard Business Review, Fevereiro 2019. Disponível em <<https://hbr.org/2019/01/why-some-platforms-thrive-and-others-dont>>. Acesso em: 06/06/2020.

<sup>9</sup> BONCHEK, M. e CHOUDARY, S. P. Three Elements of a Successful Platform Strategy. Harvard Business Review, Janeiro 2013. Disponível em: <<https://hbr.org/2013/01/three-elements-of-a-successful-platform>>. Acesso em: 06/06/2020.

o que tende a aumentar ainda mais os efeitos de rede de uma plataforma.

Tais especificidades remetem à presença de relevantes economias de escopo e de práticas de preço zero ou de preços negativos. Com economias de escala e acesso a dados, as plataformas de múltiplos lados têm capacidade de expandir as suas atividades, o que as possibilita ingressar rapidamente em novos mercados, conforme exemplificaram ZHU E IANSITI (2019, p. 118-125) com relação ao caso *Alibaba*<sup>10</sup>:

*“Quando donos de plataformas se conectam com múltiplas redes, eles podem construir importantes sinergias. A Alibaba foi bem-sucedida ao conectar sua plataforma de pagamentos, Alipay, com as suas plataformas de e-commerce, Taobao e Tmall, oferecendo um serviço bastante necessário tanto para compradores, quanto para vendedores, além de fomentar a confiança entre eles. A Alibaba também se beneficiou de transações e dados dos usuários da Taobao e da Tmall para lançar novas ofertas pelo seu braço de serviços financeiros, a Ant Finance – o que incluía serviço de rating de crédito para varejistas e consumidores. As informações deste sistema de rating também ajudaram a Ant Finance a conceder empréstimos de curto-prazo tanto para os varejistas, quanto para os consumidores, evidenciando um nível de inadimplência muito baixo. Com estes empréstimos, os consumidores puderam comprar mais produtos nas plataformas de e-commerce da Alibaba e os varejistas puderam financiar mais inventário para o seu negócio”.* (tradução livre).

No que diz respeito à precificação, deve-se considerar que, em plataformas de múltiplos lados, a política de preço de um lado do mercado

---

<sup>10</sup> *“When platform owners connect with multiple networks, they can build important synergies. Alibaba successfully bridged its payment platform, Alipay, with its e-commerce platforms Taobao and Tmall, providing a much-needed service to both buyers and sellers and fostering trust between them. Alibaba has also taken advantage of transaction and user data from Taobao and Tmall to launch new offerings through its financial services arm, Ant Financial—including a credit-rating system for merchants and consumers. And information from that rating system allowed Ant Financial to issue short-term consumer and merchant loans with very low default rates. With those loans, consumers can purchase more products on Alibaba’s e-commerce platforms, and Alibaba’s merchants can fund more inventory”.*

afeta o outro lado. De acordo com ROCHET E TIROLE (2006, p. 665), para caracterizar um mercado de plataforma, é necessário que o volume de transações entre os lados dependa da estrutura pela qual cada lado é monetizado – e não apenas da taxa total cobrada pela intermediação<sup>11</sup>:

*“Um Mercado apresenta dois lados se a plataforma puder afetar o volume das transações ao cobrar mais para um dos lados e reduzir o preço pago pelo outro lado por um montante equivalente; em outras palavras, a estrutura de preços importa e as plataformas precisam desenhá-la de forma que ela possa capturar os dois lados”. (tradução livre).*

Portanto, classificar um serviço como gratuito significa dizer que o retorno é positivo quando o preço monetário é igual a zero para um dos lados do mercado, uma vez que ele se beneficia de externalidades de rede positivas. Há racionalidade econômica para isto também na avaliação do custo econômico, dado que o custo marginal para novos usuários é irrisório.

Para entender como estas características dificultam a análise para definir mercado relevante, é necessário que revisemos o padrão de análise utilizado em indústrias tradicionais. Inicialmente, analisam-se as características dos produtos e serviços, considerando a utilidade deles para os consumidores e o mecanismo de produção. Pode-se avaliar ainda como as empresas tomam decisão em relação à preço: quais são as empresas e os produtos que elas monitoram. Em termos quantitativos, pode-se avaliar a diferença do nível de preços de produtos ou serviços correlatos e analisar a correlação entre as variáveis de preço para inferir o grau de substituição entre eles. Para uma análise mais aprofundada, é possível utilizar técnicas de análise de preço, como apontam DAVIS E GARCÉS (2010, p. 161-227) como o teste do experimento natural (*diferences-in-differences*), análise da taxa de desvio (*diversion rate*); e o teste do monopolista hipotético via a avaliação da perda crítica (*elasticidade crítica*)<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> “A market is two-sided if the platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount; in other words, the price structure matters, and platforms must design it so as to bring both sides on board.” in ROCHET, J.C. e TIROLE, J. Two-Sided Markets: A Progress Report. The RAND Journal of Economics. Vol. 37, No. 3, 2006, p. 665.

Nota-se, portanto, que a análise quantitativa para a definição de mercado relevante em indústrias tradicionais é baseada em preço. Em uma indústria em que o preço é zero ou negativo, esta análise perde sentido. Mesmo quando há preços maiores que zero em plataformas digitais, as demais características do setor, como o efeito de rede positivo, inserem maior complexidade na análise.

EVANS E SCHMALENSEE (2013, p. 23) introduzem as principais questões a este respeito. Em primeiro lugar, os autores apontam as limitações de ferramentas analíticas no ambiente digital, que falham em considerar os efeitos positivos de rede, levando ao subdimensionamento ou ao superdimensionamento da dimensão do mercado. Em um teste do monopolista hipotético, por exemplo, ao realizar a análise para um lado do mercado, considerando todos os outros lados constantes, não será captado o efeito conjunto da definição de preço que se tem em plataformas de múltiplos lados. Ora, se há aumento de preço de um lado da plataforma, reduzindo sua demanda, a demanda do outro lado será impactada também.

Assim, pode-se dizer que a interdependência das demandas entre os múltiplos lados de uma plataforma tem um papel crucial, fazendo com que não considerá-lo importe em uma delimitação inadequada do mercado relevante que está sendo estudado. Neste sentido é o entendimento da Comissão Europeia (2019) em publicação recente sobre as características da competição na era digital:

*“É suficiente dizer que aumentar o preço de um lado sem modificar o preço do outro lado não faz muito sentido e não existe um guia teórico claro para saber de que maneira as mudanças de preços nos dois lados precisa ser balanceada”.*  
(tradução livre)<sup>13</sup>.

Há, contudo, casos em que é possível estabelecer a relação entre as demandas dos diferentes lados de uma plataforma, como apontam EVANS E SCHMALENSEE, 2013, p. 22. O modelo de Rochet-Tirole (2003) de uma plataforma de dois lados com proporções fixas entre as demandas de

---

<sup>13</sup> “Suffice it to say that increasing one price without modifying the price on the other side does not make much sense, and there is no clear theoretical guide to know which way price changes on both sides should be balanced” in EUROPEAN COMMISSION. Competition Policy for the digital era. European Union, 2019. Disponível em <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em 01/06/2020.

cada lado, como o que acontece nos mercados de cartões de crédito utilizados como meios de pagamentos (considerando consumidores de um lado e varejistas do outro).

Nestes casos, é possível criar um preço combinado capaz de refletir o dinamismo de preço da plataforma, viabilizando o uso das ferramentas analíticas supracitadas, voltadas para mercado de apenas um lado. Ainda assim, é necessário atentar-se ao fato de que, em plataformas digitais, os serviços não necessariamente são consumidos em proporções fixas pelos múltiplos lados da plataforma – o que, novamente, pode impor uma precária aproximação entre o resultado da análise e a realidade que se pretende replicar.

Por fim, EVANS E SCHMALENSEE (2013, p. 26-27) citam estudos que utilizaram modelos econométricos que consideram a interdependência das demandas entre os dois lados da plataforma. Estes estudos são utilizados em casos de fusões e aquisições envolvendo jornais. Trata-se de modelos estruturais de demanda que incluem efeito preço entre os lados da plataforma e efeito de rede indireto.

Neste sentido, é relevante ressaltar o estudo conduzido por FAN (2013, apud EVANS, D. E SCHMALENSEE, R., 2013, p. 27), que considerou não apenas preço, mas também a qualidade do produto em suas estimativas. Assim, a autora desenvolveu um modelo estrutural da demanda no mercado de jornais americanos, com o objetivo de estimar os impactos das consolidações de empresas nessas indústrias. Como resultado, a autora descobriu que, ao desconsiderar mudanças nas características dos produtos, as estimativas do efeito de fusões no bem-estar se tornam subestimadas.

RIBEIRO E GOLOVANOVA (2020, p. 1-24) também apresentam ferramentas para a definição de mercado relevante no contexto de plataformas de dois lados. Propuseram uma análise de perda crítica para plataformas, que podem ou não envolver transações, complementando análises apresentadas na literatura ao incorporarem os efeitos de rede.

Mesmo reconhecendo os métodos quantitativos para delimitação de mercado relevante, os autores ressaltaram que os indicadores de concentração podem não servir como indicativo de poder de mercado das plataformas de múltiplos lados. As razões apresentadas são as que seguem:

**[REDACTED]**



*“Primeiro, as plataformas geralmente são baseadas em inovação, negócios disruptivos; dessa forma, participações de mercado podem mudar rapidamente, como em qualquer mercado dinâmico e competitivo. Segundo, as plataformas de múltiplos lados são produtos diferenciados, onde as margens de lucro estão associadas, de forma frágil, com medidas de concentração. Terceiro, a formulação de preços, tanto nas plataformas transacionais, como nas não-transacionais, demonstra que os índices de Lerner são inválidos ao calcular custos (ou preços) a partir de um lado da plataforma. Estes índices, no caso das plataformas de múltiplos lados, precisam incorporar os efeitos de externalidades de rede cruzadas e à necessidade de equilíbrio das plataformas de aumentar a demanda de um lado com uma maior demanda do outro lado”.* (tradução livre)<sup>14</sup>.

Assim, existem métodos quantitativos que podem contribuir na delimitação de mercado relevante no ambiente de plataformas digitais, que consideram a interdependência na demanda entre os lados de uma plataforma. Contudo, para além dos pontos indicados por RIBEIRO E GOLOVANOVA (2020, p. 21), o uso destes ferramentais envolve uma complexidade significativa e depende da disponibilidade de dados (informações para compor o conjunto de variáveis explicativas do modelo ou uma longa série histórica), que são difíceis de obter ou, muitas vezes, não estão disponíveis. Além disso, o dinamismo inerente à natureza das plataformas digitais reduz o grau de eficácia da análise de dados históricos.

Ora, se as ferramentas analíticas são ineficientes para definir mercados relevantes no âmbito das plataformas digitais, como a análise qualitativa poderia contribuir? PETIT E SCHREPEL (2020) sugeriram duas propostas em suas contribuições à Consulta Pública da Comissão

---

<sup>14</sup> “First, platforms are often innovation-based, disruptive businesses; thus, market shares may change rapidly as in any dynamic, competitive market. Second, MSPs [multi-sided platforms] are differentiated products, where markups are weakly associated with concentration measures. Third, pricing formulae in transaction or non-transaction platforms show that the Lerner indices are invalid when calculated using costs (or prices) from one side of the platform. Lerner indices for MSPs must incorporate the cross-side network effects and the balancing need of the platforms to increase demand on one side with higher demand on the other side” in RIBEIRO E GOLOVANOVA (2020, p. 21).

Europeia<sup>15</sup>, ressaltando que a análise consolidada para definição de mercado relevante é baseada em preço, uma vez que se considera que esta variável orienta a concorrência. No entanto, bem lembraram os autores que, na economia digital, a concorrência não se dá via preço, mas sim por meio da inovação e/ou da diferenciação (qualidade) dos produtos.

Neste sentido, a primeira proposta sugerida por PETIT E SCHREPEL (2020, p. 1-2) é de considerar a pressão competitiva imposta por produtos, serviços e modelos de negócios complementares e não-substitutos. Isto se dá, conforme argumentam os autores, porque as plataformas concorrem entre si, de maneira dinâmica, pela atenção de seus usuários. Explicam os autores que a introdução de um novo produto ou serviço ou de um novo modelo de negócio altera as preferências relativas dos usuários. Como exemplo, citam a mudança de percepção dos consumidores em relação à utilidade dos computadores do tipo desktop. Com a introdução e penetração dos *smartphones*, os consumidores passaram a valorizar menos os desktops. Em uma análise estática do mercado relevante, *smartphones* não seriam considerados na análise e um mercado restrito seria delineado.

A segunda proposta sugerida pelos autores, por sua vez, consiste na sugestão de que seja avaliado se um determinado mercado atingiu seu pico. Isto é, devido ao efeito de rede positivo, se uma plataforma atingir uma massa crítica de usuários, a demanda tenderá a se concentrar naquela plataforma. Consequentemente, o mercado se estabiliza, o que reduz os incentivos para a incumbente investir em melhorias de qualidade do seu serviço e em inovação.

A este respeito, SCOTT MORTON ET AL (2019) estabelecem que:

*“Mercados com a combinação destas características são propensos ao “tipping”(alcance do topo) – um ciclo que culmina em uma firma com posição dominante e um alto nível de concentração. Mercados digitais estão propensos ao “tipping” por duas razões básicas. Primeiro, porque custos fixos têm um papel importante em mercados digitais, estes mercados apresentam retornos de escala especialmente altos. Segundo, muitos mercados digitais são impactados por externalidades de*

---

<sup>15</sup> Disponível em <<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Evaluation-of-the-Commission-Notice-on-market-definition-in-EU-competition-law/F519594>>. Acesso em 06/06/2020.

*rede, que fortalecem um grande número de incumbentes e enfraquecem novos entrantes. Quando mercados estão propensos ao “tipping”, os processos competitivos são transformados, passam de concorrência no mercado para concorrência para o mercado. Neste caso, consumidores apenas se beneficiarão da concorrência entre várias empresas por um espaço de tempo relativamente pequeno em que as firmas estejam competindo para se tornar a vencedora final de grandes lucros econômicos. Os lucros advindos do monopólio da ganhadora servem como um incentivo para a entrada e investimento. Após o mercado alcançar o topo, um potencial rival no mercado é apenas capaz de superar a vantagem gerada pela incumbência de redes já estabelecidas a partir de um significativo grau de inovação”.* (tradução livre)<sup>16</sup>.

Como uma análise estática desconsidera a pressão competitiva de mercados adjacentes, ela pode acabar resultando em conclusões equivocadas com relação à estabilidade de um determinado mercado. Dessa forma, para avaliar se um mercado alcançou o pico, os autores propõem que sejam analisados documentos sobre investimentos em P&D, a alocação de *venture capital* e investimentos em outras atividades que demonstrem ações de melhoria da qualidade do serviço prestado ou do produto (PETIT E SCHREPEL, 2020, p. 1-2).

Ora, as sugestões apresentadas por PETIT E SCHREPEL (2020) não focam em procurar estabelecer uma delimitação rígida das fronteiras dos mercados, mas sim em identificar pressões competitivas existentes,

---

<sup>16</sup> “Markets with these combined features are prone to tipping—a cycle leading to a dominant firm and high concentration. Digital markets are prone to tipping for two primary reasons. First, because fixed costs play such an important role in digital markets, these markets feature especially large returns to scale. Second, many digital markets are driven by network effects that strengthen large incumbents and weaken new entrants. When markets are prone to tipping, the competitive process shifts from competition in the market to competition for the market. In that case, consumers may only benefit from competition among several firms for the relatively short time period in which the firms compete to be the ultimate winner of very large economic profits. The winner’s monopoly profits serve as the inducement for entry and investment. After a market has tipped, a potential rival for the market can only overcome the incumbency advantage of established networks through significant innovation.” in SCOTT MORTON ET AL (2019, p. 12).

seja diretamente, avaliando os agentes de mercados complementares e não substitutos, seja indiretamente, a partir da análise das próprias ações das empresas focadas no aprimoramento da qualidade do serviço prestado ou do produto fornecido.

A identificação dos elementos apontados pelos autores auxilia exatamente a analisar se uma empresa tem ou não condições de exercer poder de mercado – o que coincide precisamente com o objetivo da própria definição de um mercado relevante. Ou seja, há alternativas de ferramentas analíticas sendo exploradas nas análises que têm por objeto as plataformas de múltiplos lados, mas ainda não estão consolidadas na análise antitruste, isto porque esta última depende de dados, que muitas vezes não são de fácil acesso, e de métodos sofisticados, sendo bastante desafiador o seu uso recorrente.

Vale ainda ressaltar que a etapa inicial de *screening* utilizada em indústrias tradicionais, que consiste em estimar participações de mercado para diferentes cenários de mercado relevante, não deve ser aplicada em plataformas digitais de uma forma resolutiva. Por exemplo, em uma indústria tradicional, uma operação com variação de HHI inferior a 200 pontos e *market share* conjunto das Requerentes acima de 50%, não traria preocupações concorrenciais.

Em plataformas digitais, por outro lado, não se deve descartar esta hipótese, uma vez que a delimitação de fronteiras competitivas é falha e poderíamos estar subdimensionando ou superdimensionando o tamanho do mercado. Portanto, a análise deveria ser concentrada na avaliação da dinâmica competitiva, analisando a relevância das características da plataforma de múltiplos lados e as condições de entrada em cada caso específico.

### **3. O caso e-commerce vs. Google**

Em que pese as novas variáveis utilizadas na escolha do consumidor de plataformas digitais, conforme elucidado acima, insistir em utilizar métodos antigos sem inclui-las pode vir a comprometer os seus resultados, sob pena de restarem inconclusivas. No Brasil, o caso de referência que remonta tanto a posição do CADE, quanto as dificuldades enfrentadas para conceituar o que viria a ser mercado relevante no contexto das plataformas digitais, remete ao caso E-commerce vs. Google, iniciado precisamente em 02/12/2011, mediante denúncia da E-Commerce

Media Group Informação e Tecnologia Ltda (Representante), responsável pelos sites Buscapé e Bondfaro.

Esta denúncia logo transformou-se em uma representação formal, protocolada em 20/12/2011, com o objetivo de que fosse declarada a prática de conduta anticompetitiva pelo Google Brasil Ltda. (Representada), como consequência de um suposto posicionamento privilegiado do Google Shopping nas primeiras posições da página do resultado das buscas orgânicas do Google Busca, o que eventualmente estaria ocasionando em maiores preços ao consumidor final.

Esta representação culminou na instauração do Processo Administrativo 08012.010483/2011-94, arquivado em 2019, com um total de 8 volumes (além de seus apensos). Após a recomendação de arquivamento do processo, em 19/11/2018, pela Superintendência-Geral (SG), o pronunciamento da Procuradoria Geral Especializada<sup>17</sup> concluiu que, na visão do Departamento de Estudos Econômicos (DEE), o Google Shopping participava de um contexto de competição dinâmica, cujas inovações haveriam aumentado o bem-estar dos consumidores<sup>18</sup>, e que, na visão da SG, os agentes daquele mercado evoluíam, permitindo a entrada de novos players e novos modelos, o que traria dinamicidade e inovação em favor do bem-estar do consumidor final<sup>19</sup>.

Neste mesmo parecer, a procuradoria fez importantes referências às análises de casos envolvendo o Google nas jurisdições dos Estados Unidos, União Europeia, Índia, Reino Unido, Canadá, Taiwan, Reino Unido e Alemanha, e finalmente concluiu pelo arquivamento, verificando ausência de tipificação das condutas anticompetitivas dispostas no Art. 36 da Lei 12.529/11, conforme alegou a Representante.

Ao tratar sobre o posicionamento do DEE, a Procuradoria fazia referência ao conteúdo da Nota Técnica 34/2018, a qual deixa bastante claro que a discordância entre as alegações trazidas pela Representante e pela Representada diziam respeito à definição de mercado relevante com relação à delimitação do produto ofertado, enquanto que havia total concordância entre as partes quanto ao aspecto geográfico deste mercado – que seria o mercado brasileiro<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> 10/2019/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU

<sup>18</sup> Ob cit., § 31.

<sup>19</sup> Ob cit., § 51.

<sup>20</sup> Nota Técnica 34/2018/DEE/CADE, p. 21.

Neste sentido, enquanto que o Google entendia haver um único mercado de busca por informações sobre produtos, a Representante argumentava que haveria dois mercados, sendo o primeiro, um mercado de busca genérica em que, de acordo com a E-Commerce, o Google possuiria inegável posição dominante e o outro, um mercado de sites de comparação de preços, em que a posição dominante do Google no primeiro mercado o colocaria em vantagem para adquirir uma possível posição dominante no segundo.

Esta divergência sobre a quantidade de mercados existentes remete ao padrão de análise introduzido pela OCDE (2018), conforme referência utilizada pelo próprio DEE, segundo o qual a fronteira entre os diferentes lados de uma plataforma seria mais permeável com relação à compensação de efeitos anticompetitivos se comparado às fronteiras de dois mercados.

Após ponderar as alegações das partes envolvidas, o DEE até reconheceu que poderia existir alguma dependência dos comparadores de preço com relação ao Google em função do fornecimento de tráfego orgânico<sup>21</sup>, contudo, ele ao mesmo tempo também ressaltou que o próprio Google haveria demonstrado, segundo pesquisa realizada com os seus usuários, que muitos clientes declaram ir direto aos *marketplaces* e varejistas sem trafegar previamente pelo Buscador Universal do Google<sup>22</sup> - ou seja, *marketplaces* e varejistas representariam um forma de realizar busca por produtos. Assim, após avaliar a evolução das funcionalidades oferecidas pela plataforma, a conclusão da análise foi de que:

*“(...) admite-se alguma razoabilidade tanto na definição de mercado relevante proposta pela Representante, quanto na definição apresentada pela Representada. No intuito de não descartar quaisquer potenciais efeitos anticompetitivos, adota-se conservadoramente a posição da representante.” (grifo nosso)*<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Ob cit, p. 31.

<sup>22</sup> Ob cit, p. 29.

<sup>23</sup> Ob cit, p. 34.

Interessante notar que a Nota Técnica do DEE faz menção a pelo menos três principais desafios no que diz respeito à definição de mercado relevante neste caso<sup>24</sup>, sendo eles:

- (i) *A existência dos múltiplos lados da plataforma*: ao introduzir os problemas originados a partir da existência dos múltiplos lados de uma plataforma, o DEE faz referência a um posicionamento da OCDE (2018). Conforme explicou este órgão em nota técnica mais recente (OCDE, 2019, p. 68), parte do exercício de definir um mercado relevante envolve identificar quem são os seus consumidores e o que eles consideram ser produtos ou serviços substitutos àqueles que estão sendo analisados<sup>25</sup>. Sobre o tema, a própria OCDE aponta ainda que tal característica dificultaria, inclusive, uma das técnicas normalmente utilizadas por autoridades antitrustes que se deparam com a necessidade de construir este tipo de definição, qual seja, a desagregação das categorias de serviços oferecidos em “camadas de funcionalidades”, como fez o CADE no caso Google, ao segregar as funcionalidades de seu *search engine*.

Para tanto, o DEE se utilizou de uma categorização trazida pela própria OCDE (2018) que trata da interdependência da demanda dos grupos conectados através da plataforma como parte de sua definição. Assim, desenvolve-se uma

---

<sup>24</sup> Estas dificuldades estão resumidas na página 40 da Nota, tendo a questão da substitubilidade sido igualmente esmiuçada anteriormente na página 31, quando explica-se que “(...) a existência de certo grau de substituição não implica que os serviços oferecidos pelo Google sejam iguais aos serviços ofertados pelos comparadores de preço, pelos varejistas e pelos marketplaces”.

<sup>25</sup> Esta definição atualmente utilizada pela OCDE já é bastante diferente da originalmente adotada no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, o qual classifica a definição de mercados relevantes como “o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da empresa resultante da operação”.

Disponível

em

<<https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=GUIA+DE+ANALISE+DE+ATOS+DE+CONCENTRACAO+CADE&ie=UTF-8&oe=UTF-8>>,

acesso em 02/06/2020.

subclassificação que divide plataformas como transacionais e não transacionais. Enquanto que as transacionais são impossibilitadas de prestar seus serviços na ausência de um dos lados da plataforma, podendo monetizar esta intermediação através de comissões (exemplo das bandeiras de cartão de crédito), as plataformas não-transacionais não necessariamente dependem da existência de uma operação entre os dois lados da plataforma – quando isso ocorre, contudo, a plataforma não tem acesso ao conteúdo da operação (exemplo dos jornais e da televisão). Uma segunda classificação semelhantemente adotada pelo DEE remete à existência de plataformas de *matching* (cujo objetivo é conectar usuários, como acontece com as plataformas de relacionamento) e plataformas de anúncio (que além de conectar os dois lados, também veiculam anúncios – que poderiam vir a ser objeto da sua interação).

- (i) *A dinamicidade das condições mercadológicas conferidas pela tecnologia:* Em sua nota técnica, o DEE utiliza-se do posicionamento da comissão europeia destacado por Kaplow (2013) para apontar as dificuldades trazidas pelo uso intenso de tecnologia do investigado à delimitação estática de um mercado relevante<sup>26</sup>. Ora, esta variável temporal trazida pela dinamicidade da tecnologia exige das agências antitruste a necessidade de construir análises dinâmicas. Conforme pontuam GINSBURG E WRIGHT (2012, p. 16), tecnologias revolucionárias podem ser fatalmente disruptivas, tanto para consumidores, quanto para ofertantes com relacionamentos já estabelecidos. Ora, a velocidade da transformação destes mercados não é proporcional ao tempo da análise, cujo resultado representa tão somente uma fotografia estática da evolução daquele mercado até determinado momento no tempo, o que origina uma série de problemas técnicos, conforme os exemplos já trazidos na seção anterior. Contudo, é importante notar ainda que este descasamento pode tornar-se ainda mais evidente quando o devido processo legal precisa ser respeitado no andamento de um processo administrativo,

---

<sup>26</sup> Ob cit., p. 27.



como é o caso dos processos instaurados junto ao CADE e o que restou bastante evidente no caso em tela, já que, desde a denúncia formal, protocolada em 20/12/2011, até o último andamento processual (certidão do SEI em 02/06/2020), passaram-se mais de 8 anos.

- (ii)A *dificuldade em delimitar precisamente o nível de substitubilidade dos produtos*: é bastante claro, a partir da leitura do Parecer da DEE, que a dificuldade em definir a substitubilidade dos produtos e serviços comercializados a partir de plataformas, conforme adiantaram PETIT E SCHREPEL (2020), é um dos desafios deste caso. Ao passo em que a Nota Técnica emitida pela SG faz uma referência clara à utilização do Guia H do CADE como parâmetro para a definição de mercado relevante<sup>27</sup>, é importante notar que este documento refere-se à utilização do método SSNIP (*small but significant and non-transitory increase in price*) com o objetivo de avaliar “*se, diante de um aumento no preço de venda, outras empresas passam a ofertar o bem*” – mesma análise utilizada no contexto das barreiras de entrada, conforme preceitua o próprio Guia<sup>28</sup>. Ora, a própria OCDE (2019, p. 89) alerta sobre os problemas com a utilização deste método de análise, uma vez que, em se tratando de mercados com diferenciação de produtos, a análise através do SSNIP negligenciaria as informações sobre o seu grau de substitubilidade. Ademais, efeitos cruzados de rede poderiam vir a alterar o resultado do SSNIP, o que impossibilitaria a sua operacionalidade e implicaria na adoção do método alternativo conhecido como um teste hipotético de poder monopolista, o que é descrito pela OCDE (2019, p. 15) como uma espécie de framework em que evidências qualitativas são utilizadas, como, por exemplo, o grau de substitubilidade verificado pelos próprios consumidores e analistas da indústria.

---

<sup>27</sup> p. 51

<sup>28</sup> Ob cit., p. 16.

Todos estes obstáculos apontados pelo DEE resultaram no reconhecimento, por parte da SG<sup>29</sup>, de que apenas uma análise dinâmica poderia ser capaz de avaliar os efeitos da suposta conduta praticada pelo Google. A análise sobre a extensão do mercado relevante não se utilizou do mesmo parâmetro de amplitude para este conceito, fazendo com que o CADE acabasse seguindo a mesma definição atualmente utilizada pela União Europeia, ou seja, acatando, de forma conservadora, a definição proposta pelas Representantes, de que o funcionamento do Google se daria de forma verticalizada, proporcionando buscas gerais em um mercado de buscas e buscas de comparação de preços em outro mercado. Senão, vejamos:

*“(...) Ademais, como visto na descrição dos mercados envolvidos na investigação, empresas de tecnologia atuam em um ambiente em que é possível criar e alterar produtos de forma muito rápida, de modo que uma visão estática sobre participações de mercado pode se revelar errônea”<sup>30</sup> (grifo nosso)*

Há que se considerar, contudo, que ao longo da análise concorrencial, tanto SG quanto DEE reconheceram a concorrência mais ampla, imposta por varejistas e *marketplaces*, sendo que a definição restrita de mercado relevante não foi decisiva para a conclusão da investigação.

Este ponto fica ainda mais evidente ao analisar os dois parágrafos conclusivos da SG, os quais realizam as seguintes considerações:

*“A definição de mercado relevante foi feita apenas como ponto inicial de análise. Assim, a avaliação da conduta a seguir contará com uma avaliação dos seus efeitos sobre terceiros, de modo que esta avaliação sobre poder de mercado foi feita apenas como apresentação das condições competitivas envolvendo buscadores gerais”<sup>31</sup> (grifo nosso)*

Se as propostas de PETIT E SCHREPEL (2020) houvessem sido adotadas como um padrão de análise antitruste, é bastante possível que o

---

<sup>29</sup> Ob cit, § 146.

<sup>30</sup> Ob cit, § 155.

<sup>31</sup> Ob cit, §§ 183-184.

mercado relevante fosse mais amplo do que aquele formalmente considerado na decisão da SG. Mesmo não tendo sido definitivo para a conclusão da análise concorrencial, tal processo cria morosidade na análise e coloca em evidência a discussão sobre a real necessidade de definir um mercado relevante nestes casos, o que pode acabar se mostrando contraproducente, em linha com a precisa observação do DEE<sup>32</sup>, cujo parecer remete a uma colocação da OCDE (2018) sobre a possibilidade da definição de um mercado relevante no caso das plataformas digitais acabar mostrando-se verdadeiramente contraproducente.

#### **4. Considerações finais**

A definição de mercado relevante é um processo que muitas vezes se mostra complexo, mesmo em mercados tradicionais, para os quais já há métodos e jurisprudência consolidados. Por isso, deve ser considerado como uma etapa que pode auxiliar na análise dos efeitos de uma fusão ou conduta, não sendo um fim e si mesmo.

Em mercados digitais, como restou demonstrado, essa questão torna-se ainda mais complexa exatamente pelas características inerentes a este mercado e que o torna tão particular em comparação com as indústrias tradicionais para as quais a definição utilizada anteriormente fora originalmente pensada.

Não se ignora que a definição de mercado relevante é, via de regra, uma etapa importante para o mapeamento dos concorrentes a serem considerados na análise, facilitando cálculos de índices de concentração, que seria um primeiro indicativo da presunção de poder de mercado. Sua incredibilidade, contudo, tem sido reavaliada. Até porque, em mercados digitais, já se discute a possibilidade de o poder econômico não estar apenas diretamente associado ao produto e serviço ofertado (que é o foco da definição de mercado relevante), mas também sobre a quantidade e a qualidade de usuários e informações acumulados pelas empresas sob análise.

Esta preocupação passa pela possibilidade de a nova empresa fusionada poder contar com bases de dados e de usuários mais amplas, valendo-se de economias de escala e, principalmente, de externalidades de rede, que poderiam reforçar o poder de mercado das partes.

---

<sup>32</sup> Ob cit, p. 26.

Neste sentido, há a possibilidade de preocupação concorrencial até mesmo em operações que envolvem produtos e serviços que não seriam substitutos próximos e, por isso, não formariam o mesmo mercado. Em linha com o que apontam PETIT E SCHREPEL (2020, p. 2) a respeito da atuação da Comissão Europeia:

*“Os problemas da definição estática de mercado relevante não são mitigados pelas análises de concorrência potencial. A análise convencional de concorrência potencial determina que firmas em outros mercados ou indústrias têm incentivos para ressignificar seus ativos a fim de competir com substitutos quase perfeitos com firmas já estabelecidas. Em mercados digitais, firmas geralmente concorrem por fornecer produtos não substitutos ou altamente imperfeitos. Em particular, a pressão competitiva pode ser exercida por produtos que dependem de infraestruturas tecnológicas diferentes ou que se baseiam em modelos de negócios distintos.” (tradução livre)<sup>33</sup>.*

Ou seja, a investigação dos efeitos concorrenciais de uma operação pode passar também por uma análise que não inclui, necessariamente, o cálculo de *market share* com base na definição de mercado relevante, considerando-se os diferentes lados da plataforma. Até por isso essa discussão ainda não é consensual e deve demandar uma análise caso a caso – de toda forma, o debate já lança mais uma luz sobre a possível ineficácia da definição de mercado relevante como etapa inicial de toda e qualquer análise antitruste.

Assim, a análise concorrencial deve focar nas condições de concorrência, se valendo da definição de mercado relevante quando esta etapa configurar um instrumento realmente útil, que acelera e confere mais precisão às conclusões.

---

<sup>33</sup> *“The problems of static market definition are not mitigated by analysis of “potential competition.” The conventional assessment of potential competition determines whether firms in other markets or industries have incentives to repurpose assets to compete in close-to-perfect substitutes with established firms. In digital markets, firms often compete by supplying non-substitute products or highly imperfect ones. In particular, competitive pressure might be exercised by products relying on different technological infrastructures or supported by distinct business models.” in PETIT E SCHREPEL (2020, p.2).*

Como visto no Processo Administrativo envolvendo o E-Commerce e o Google, é possível desenvolver análises aprofundadas e conclusivas, ainda que não seja focada apenas em uma delimitação de mercado relevante, que, de fato, não deve ser considerada definitiva para avaliação dos efeitos concorrenciais. No caso mencionado, estavam presentes os desafios típicos da investigação concorrencial envolvendo uma plataforma digital, que além de serem diferentes lados a serem explorados, envolvia um padrão competitivo dinâmico, com constantes inovações e diferenciação, dificultando o mapeamento do grau de substitubilidade dos produtos e a identificação dos rivais no mercado. Diferentes cenários foram aventados, mas as conclusões praticamente prescindiam das delimitações de mercado relevante.

A análise de diferentes cenários de mercado relevante é, de fato, uma forma de avançar nas demais etapas que devem ser consideradas, podendo trazer mais rigor às conclusões alcançadas. Tal análise, contudo, também precisa ser feita com cautela, havendo o risco (e a tendência) de a autoridade antitruste acabar focando na definição mais conservadora (geralmente a mais restritiva).

Por vezes, na prática, mesmo diante de diferentes alternativas, a avaliação do cenário mais conservador possível é o que direciona a investigação do caso, aumentando a possibilidade de uma decisão do tipo “falso-positivo”, condenando uma operação ou conduta quando ela seria pró-competitiva. Isso é especialmente perigoso em mercados digitais, intensos em inovação, que, no limite, pode comprometer o desenvolvimento de uma trajetória tecnológica importante para a concorrência e consumidores.

Assim, no que se refere à análise de plataformas digitais, a investigação antitruste ainda pode evoluir e se atualizar com ferramentas capazes de permitir análises mais precisas sobre definição de mercado relevante, mas que serão desafiadoras por envolver maior complexidade metodológica e de dados. Mas isso deve ocorrer sem que, necessariamente, a discussão se apoie na definição de um mercado relevante específico, etapa que pode ser especialmente demandante de tempo e de recursos e ainda serem pouco conclusivas. Desta maneira, caso a autoridade opte por registrar a definição de mercado, considerar diferentes cenários nos parece mais apropriado, evitando a escolha de limites muito rígidos para circunscrever a dinâmica competitiva. O foco da análise antitruste deve ser, portanto, a rivalidade (efetiva e potencial) e dos efeitos da prática investigada.

## 5. Referências bibliográficas

BONCHEK, M. e CHOUDARY, S. P. Three Elements of a Successful Platform Strategy. Harvard Business Review, Janeiro 2013. Disponível em: <<https://hbr.org/2013/01/three-elements-of-a-successful-platform>>. Acesso em: 06/06/2020.

CADE. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília, 2016, p, 13. Disponível em: < [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias do Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)>. Acesso em: 01/06/2020.

CRÉMER, J., MONTJOYE, Y. A., e SCHWEITZER, H. Competition policy for the digital era. European Commission, European Union, 2019.

EVANS, D. e SCHMALENSEE, R. The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Businesses. Natural Bureau of Economic Research. Cambridge, MA, Fevereiro 2013, p. 21-27. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w18783.pdf>>. Acesso em: 01/06/2020.

DAVIS, P.; GARCÉS, E. Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis. Princeton University Press, 2010. p. 161-227.

GINSBURG, Douglas H; WRIGHT, Joshua D. Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions. Antitrust Law Journal, Vol. 78, No. 1, 2012, p. 12-48.

OECD (2019), An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>.

PETIT, N.; SCHREPEL, T. Evaluation of the Commission Notice on market definition in EU competition law, 2020. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Evaluation-of-the-Commission-Notice-on-market-definition-in-EU-competition-law/F519594>>. Acesso em: 01/06/2020.

RIBEIRO, P. E GOLOVANOV, S. A Unified Presentation of Competition Analysis in Two-Sided Markets. Journal of Economic Surveys, 2020, p. 1-24. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/joes.12362>>. Acesso em: 07/06/2020.

ROCHET, J.C. e TIROLE, J. Two-Sided Markets: A Progress Report. The RAND Journal of Economics. Vol. 37, No. 3, 2006, p. 665.

SCOTT MORTON, F., EZRACHI, P., JULLIEN, B., KATZ, KIMMELMAN, G., MELAMED, A. D., e MORGENSTERN, J. Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and

Antitrust Subcommittee Report. George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, The University of Chicago Booth School of Business, 2019, p. 13 - 17.

ZHU, F. e IANSITI, M. Why Some Platforms Thrive and Others Don't. Harvard Business Review, Fevereiro 2019, p. 118-125. Disponível em <<https://hbr.org/2019/01/why-some-platforms-thrive-and-others-dont>>. Acesso em: 06/06/2020.

## 12. O CADE E A TUTELA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL EM PERÍODOS DE CRISE

### 12. CADE AND COMPETITION PROTECTION IN BRAZIL IN TIMES OF CRISIS

*Erika Vieira Sang e Beatriz Medeiros Navarro Santos*

**Resumo:** A disseminação global da COVID-19 provocou efeitos devastadores à economia mundial, incluindo a brasileira. Diante da paralisação de diversos setores da economia, uma atuação urgente do Estado foi exigida a fim de minimizar as consequências negativas dos impactos da crise sanitária. No Brasil, assim como em outros países do mundo, a autoridade antitruste tem o dever de zelar pela manutenção da livre concorrência mesmo em períodos de instabilidade econômica, utilizando-se de todos os instrumentos legais possíveis em favor da sociedade. Nesse sentido, o presente trabalho discute o papel e a atuação do CADE em contextos de crises nacionais ou internacionais que já afetaram o Brasil; as ações e recomendações das principais instituições que promovem a advocacia do direito da concorrência no mundo em face da COVID-19, bem como a postura de algumas das principais autoridades antitruste do mundo em vista da atual pandemia; e, por fim, analisa as ações do CADE até o momento em termos de *advocacy* concorrencial, controle de estruturas e repressão de condutas anticompetitivas no contexto da crise provocada pelo novo coronavírus.

**Palavras-chave:** livre concorrência - instabilidade econômica - COVID-19 - *enforcement* - cooperação - políticas públicas - advocacia da concorrência

**Abstract:** COVID-19 global spread caused devastating effects to the global economy, including the Brazilian one. Following the paralysation of several sectors of economy, it was essential for States to act in order to minimize the negative consequences of the impacts of the sanitary crisis. Hence CADE and other antitrust authorities worldwide have the duty to preserve free competition by using all possible legal tools on behalf of the society, even during unstable times. Therefore, the present work analyses CADE's role and activities when facing both national or international crisis; it also examines the recommendations of the main competition



advocacy institutions, as well as the responses given by some foreign antitrust authorities to face the crisis. It finally analyses the measures taken by CADE so far due to the new coronavirus crisis, especially those related to competition advocacy, merger control and anticompetitive behaviour.

**Key words:** free competition - economic instability - COVID-19 - enforcement - cooperation - public policy - competition advocacy

## 1. Introdução

A crise sanitária provocada pela disseminação global da COVID-19 desencadeou efeitos nefastos não só à vida de milhares de cidadãos<sup>1</sup>, mas também à economia mundial em um curto período de tempo. No Brasil, a situação não se mostrou diferente e escancarou ainda mais as desigualdades sociais no país.

Além da atuação do próprio Governo Federal, os órgãos responsáveis pela implementação de políticas públicas passaram a ser cobrados para uma atuação mais ativa e efetiva no enfrentamento da atual crise sanitária. Dentre esses órgãos dos quais se tem demandado uma atuação mais proativa está o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que, por ter como missão zelar pela manutenção de um ambiente concorrencial saudável no Brasil (OCDE, 2019), tem papel fundamental na defesa do consumidor, do mercado interno e no combate ao abuso do poder econômico, principalmente com intuito de garantir amplo e indiscriminado acesso aos produtos e serviços essenciais durante o cenário de pandemia.

Mais do que isso, vale dizer que o CADE possui importante atuação não só durante o período de incertezas do pico da pandemia e de decretação de estado de calamidade no país, mas também no médio e longo prazos, quando o mercado brasileiro tiver que lidar com atos de concentração e condutas anticompetitivas que poderão ter como pano de fundo um cenário de recessão econômica. Tal preocupação com o mercado

---

<sup>1</sup> Na data de elaboração deste artigo, o Brasil, especificamente, se encontrava no segundo lugar no ranking das nações com mais infectados pela doença, atrás apenas dos Estados Unidos da América, e no terceiro lugar do mundo em número de mortes, conforme dados do portal da Universidade Johns Hopkins (vide: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>), e com uma curva de tendência que ainda não atingiu o pico de contágio. Acesso em: 06 jun. 2020.

suscita discussões sobre a necessidade do CADE (i) endurecer ou flexibilizar seus critérios de análise; (ii) se basear em novas teses para aprovação de operações (como a *failing firm defense*); e (iii) exercer seu papel de *advocacy* no que tange a possíveis propostas legislativas que afetem a concorrência no Brasil.

Neste mesmo contexto, a agenda de discussão de políticas públicas e a atuação do setor privado também se voltaram para a criação de medidas que visam a atenuar os efeitos deletérios da pandemia, algumas das quais interferem diretamente na atuação do CADE, como por exemplo, a sugestão de certa flexibilização do direito da concorrência envolvendo assuntos como a cooperação entre concorrentes e manipulação artificial de preços.

Portanto, o presente artigo tem por objetivo revisitar o papel do CADE como tutor da concorrência no país e comentar algumas de suas experiências prévias em algumas das recentes crises que o Brasil experimentou: a crise econômica decorrente da crise financeira global de 2007/2008, a crise político econômica de 2014, a crise gerada pela greve dos caminhoneiros em maio de 2018 e, finalmente, a atual crise provocada pela pandemia da COVID-19. Em seguida, resumiremos as medidas sugeridas pelas principais instituições que fazem o papel de *advocacy* do direito da concorrência (como a *International Competition Network* – ICN e a Organização Para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE), bem como as ações realizadas por outras autoridades concorrenciais ao redor do mundo até o momento. Por fim, um estudo mais detalhado e crítico acerca de cada uma das medidas implantadas (ou que poderiam ser implantadas) pelo CADE no contexto da crise atual será realizado, bem como suas respectivas implicações, de forma a identificar se o CADE teve uma atuação eficiente e proativa, principalmente em comparação com outras entidades concorrenciais internacionais.

## **2. Finalidade da defesa da concorrência no Brasil**

### *2.1. O papel do CADE como regulador da concorrência no país*

O CADE foi instituído em 1962 com a função de apurar e reprimir os abusos do poder econômico. Desde então, até a passagem pela Lei nº 8.884/1994 e, mais recentemente, com a Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência ou LDC), foram diversas as transformações e

reformas pelas quais o Direito da Concorrência<sup>2</sup> (e a própria autoridade concorrencial brasileira) passou, compreendendo verdadeiros avanços que “permitiram que o Brasil consolidasse sua posição entre as principais jurisdições concorrenciais”.

Neste sentido, e principalmente desde a entrada em vigor da LDC, o CADE tem tido maior influência no país, tendo atuação cada vez mais presente nas políticas econômica e social. Crises como a gerada pela pandemia da COVID-19 e os diversos contextos econômicos, sociais e políticos têm trazido à luz a discussão sobre o papel do direito da concorrência e das autoridades antitruste no auxílio na manutenção dos níveis de concorrência no mercado, bem como do próprio bem estar dos consumidores. Neste contexto, tem-se cobrado cada vez mais das autoridades antitruste de todo mundo um papel mais sofisticado na promoção do bem estar do consumidor, de forma a investirem-se de um verdadeiro propósito social em sua atuação (STUCK, 2012).

Historicamente, é possível observar que o CADE atuou em crises de origem nacional ou internacional, e que de alguma forma impactaram a economia brasileira. Esse foi o caso, por exemplo, nas crises (i) financeira internacional de 2007/2008; (ii) político econômica nacional de 2014/2017 e (iii) de abastecimento gerada pela greve dos caminhoneiros no Brasil em 2018.

Com seu papel reforçado pela atual pandemia da COVID-19, o CADE ressaltou o fato de que, para além de contribuir para a mitigação dos efeitos da crise no país, a autoridade concorrencial não pode perder o foco da sua missão institucional, que é proteger a concorrência e não os concorrentes. De acordo com a própria autoridade, a missão do CADE não seria propriamente de salvar empresas, mas sim de garantir que haja concorrência no mercado (informação verbal).<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Neste sentido, vale a referência ao artigo ao portal JOTA de Amanda Athayde, no qual a autora menciona as “3 ondas do Antitruste brasileiro”. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

<sup>3</sup> Afirmações feitas pelo presidente do CADE, Alexandre Barreto, e pelo Superintendente-Geral da autarquia, Alexandre Cordeiro, no *webinar* realizado em 29 de maio de 2020 sobre “Cooperação entre concorrentes, mudanças legislativas e o papel do Cade em tempos de crise”. Vídeo completo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=KCwVZuRIJXo>>. Acesso em: 29 maio. 2020.

A atuação da autoridade concorrencial está pautada em três principais frentes: (i) impedir condutas anticompetitivas e garantir que produtos essenciais permaneçam disponíveis e a preços competitivos; (ii) analisar e discutir a cooperação temporária entre concorrentes; e (iii) promover a cultura da concorrência (*advocacy*) frente às propostas de políticas públicas que afetem a concorrência em geral ou a atuação do CADE (*i.e.*, diversos projetos de lei).

### 3. Crises recentes

#### 3.1. Crise financeira global de 2007/2008

A crise financeira norte-americana iniciou-se em meados de 2007 e acarretou uma crise econômica mundial, cujos efeitos foram sentidos por diversos países durante os anos que a seguiram. A crise, que afetou primordialmente o setor imobiliário, teve sua origem na concessão de créditos por bancos a tomadores que não possuíam garantias, realizando contratos de hipoteca e tendo como garantia o próprio imóvel hipotecado. Essas hipotecas eram posteriormente negociadas como títulos securitizados - lastreados por elas mesmas, ou seja, sem qualquer garantia - e passaram a ser vendidas no mercado financeiro (LIMA e DEUS, 2013).

Entretanto, como as taxas de juros eram fixadas posteriormente, muitos dos tomadores se tornaram inadimplentes em razão dos juros crescentes. Seguindo o efeito dominó, o preço dos títulos acima mencionados despencou, tornando as instituições financeiras insolventes.

Paralelamente, o Brasil passava por uma fase de prosperidade econômica, apresentando bons resultados na indústria em geral, sobretudo no setor agropecuário e de serviços, desde 2004 (AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, 2009). O último semestre de 2008, contudo, deu sinais de desaceleração em razão da crise financeira internacional, apresentando resultados mais fracos em relação aos anteriores, devido ao desestímulo do investimento estrangeiro (AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, 2009). Além disso, outros efeitos da crise começavam a ser percebidos no Brasil: a desvalorização do câmbio, a escassez de crédito e a redução das exportações (O ESTADO DE S. PAULO, 2009).

Apesar do impacto sofrido, a economia brasileira recuperou-se relativamente rápido, como aponta Sobreira e Paula (2007): "[...] *although deep, the impact did not last for a long time. Actually, the GDP growth experienced a good recovery in the second quarter of 2009, showing that the health of the Brazilian economy was good*".

Deste modo, o ambiente concorrencial não sofreu as mesmas consequências que os Estados Unidos e a Europa, cujas autoridades concorrenciais foram pressionadas para atenuar a rigidez das normas antitruste, notadamente aquelas que proíbem ações coordenadas entre concorrentes (LOWEL, 2009).<sup>4</sup>

### *3.2. Crise político econômica de 2014*

Em 2014, o país começou a enfrentar uma onda de desaceleração da economia, levando a uma retração do PIB naquele ano e no ano seguinte. Diversos foram os fatores que influenciaram a recessão, a saber: queda dos investimentos, incertezas quanto ao contexto político em razão das eleições presidenciais, além do avanço da operação Lava Jato - uma das mais relevantes investigações de corrupção da história recente do país. Os efeitos econômicos gerados por essa crise foram nefastos - queda do PIB, aumento do desemprego, etc. - e acompanhados de um momento político extremamente tenso, com o impeachment da presidente Dilma Rousseff.

Quanto à atuação do CADE, verificou-se uma rigorosa atuação no combate a condutas anticompetitivas, diversas vezes ligadas a escândalos políticos. Em 2015, o CADE celebrou o primeiro acordo de leniência no âmbito da operação Lava Jato.<sup>5</sup> Em 2016, a autarquia registrou número recorde (até então) na celebração de acordos de leniência - onze acordos também celebrados no contexto da mesma operação (CADE, 2017), e, em 2017, um terço das leniências assinadas tiveram origem a partir de desdobramentos da Lava Jato (CADE, 2018).

Finalmente, em novembro de 2018, o CADE homologou Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) em seis investigações de cartel conduzidas no âmbito da Lava Jato (CADE, 2018). Os processos administrativos, que tiveram início entre 2015 e 2016, demonstram não ter

---

<sup>4</sup> Não se viu nenhuma via efetiva de alteração da lei ou de alguma decisão que tivesse ligação direta com essa crise. Para fins de transparência, os relatórios de gestão do CADE de 2009 e 2010 utilizam-se do contexto de crise mundial a fim de justificar as estratégias de atuação da autoridade antitruste naqueles anos.

<sup>5</sup> Segundo o Anuário do CADE 2018, "O Cade e a força-tarefa da Lava Jato mantém intensa parceria desde 2015, quando foi assinado o primeiro acordo de leniência antitruste no âmbito da operação." Disponível em <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario.pdf>>. Acesso em: 29 maio. 2020.

havido nenhuma tolerância às infrações anticoncorrenciais por parte do CADE apesar do contexto de instabilidade econômica.

### 3.3. *Greve dos caminhoneiros de 2018*

Em maio de 2018, motoristas de caminhão iniciaram uma paralisação por todo o Brasil desencadeada, dentre outras razões, pelo aumento do preço do petróleo e, conseqüentemente, do óleo diesel. Com as rodovias fechadas, tal greve ocasionou o desabastecimento de produtos e combustíveis em diversas cidades e exigiu que o governo tomasse medidas rápidas para atender às demandas dos caminhoneiros, bem como às necessidades da parcela desabastecida da população (O ESTADO DE S. PAULO, 2018).<sup>6</sup>

Seguindo um protocolo de emergência, enquanto as negociações seguiam entre o Poder Executivo e os caminhoneiros, o CADE atendeu de forma célere a um pedido de cooperação logística entre concorrentes formulado pelas três maiores distribuidoras de combustível do país - Ipiranga Produtos de Petróleo, Raízen Combustíveis e Petrobras Distribuidora - e reconheceu que não havia indícios de prática anticompetitiva no compartilhamento dos tanques de combustível entre as bandeiras que cada uma das empresas representam<sup>7</sup>, dando sinal verde para as partes prosseguirem com a execução do Protocolo de Crise de Abastecimento submetido em forma de petição ao CADE.

---

<sup>6</sup> O aumento de aproximadamente 57% foi ocasionado pela alteração da política de preços de combustíveis da Petrobrás em julho de 2017, com base no preço do petróleo no mercado internacional. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,perguntas-e-respostas-sobre-a-greve-dos-caminhoneiros,70002319904>>. Acesso em 18 maio. 2020.

<sup>7</sup> Vide extrato da decisão com relação ao Processo nº 08700.003483/2018-56 (Interessados: Raízen Combustíveis S.A.; Petrobras Distribuidora S.A. e Ipiranga Produtos de Petróleo S.A), conforme ata da Sessão Plenária Extraordinária do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, realizada em 29 de maio de 2018. Decisão, *in verbis*: “O Plenário, por unanimidade, conheceu da petição apresentada e se manifestou pela inexistência de ilícito concorrencial no Protocolo de Crise de Abastecimento elaborado pelas petionárias, bem como determinou às interessadas que apresentem ao Cade, sempre que requisitadas, todas as informações acerca do Protocolo, bem como, ao final de sua vigência, relatório circunstanciado contendo as medidas adotadas, as informações trocadas e os resultados obtidos, nos termos do Despacho da Presidência nº 674/2018”.

A medida, analisada em Sessão Extraordinária de Julgamento, tinha validade de 15 dias e também poderia ser aderida por outras empresas. Segundo o CADE, a ação de caráter excepcional tinha por finalidade a retomada da distribuição de combustíveis o mais rápido possível na tentativa de reverter a situação de desabastecimento, em benefício da população.

Além da validade por prazo determinado da decisão (e possibilidade do referido prazo ser reduzido caso a situação voltasse ao normal antes do esperado), o CADE ressaltou a necessidade de as empresas continuarem atuando de forma independente, sendo vedado, por exemplo, o compartilhamento de quaisquer informações sensíveis e permitidas apenas aquelas operacionais. Adicionalmente, as distribuidoras foram instadas a apresentar ao CADE todos os documentos utilizados para basear a adoção do protocolo, de forma a permitir a fiscalização do órgão durante o período de vigência da cooperação logística.

Vale ressaltar que a ação do CADE merece ser exaltada: sem possuir uma experiência consolidada no tema - urgente cooperação entre concorrentes em momentos de crise -, o CADE atendeu à demanda de forma rápida e eficiente, prestando uma resposta à sociedade à altura da situação de urgência que se enfrentava naquele momento.

Finalmente, apesar dos esforços despendidos pelo CADE para limitar os efeitos anticoncorrenciais da crise, o governo decidiu pela edição da Medida Provisória nº 382/2018 ("MP nº 382/2018", posteriormente convertida na Lei nº 13.703/2018), a qual permitiu o estabelecimento de preços mínimos para o transporte rodoviário (O ESTADO DE S. PAULO, 2018).

Embora tenha servido como um "apagador de incêndio", a MP nº 382/2018 foi alvo de diversas contestações pela indústria e pelo setor agrário, além de também sofrer oposição do CADE. Foi nesse sentido que se manifestou o Conselho nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.956<sup>8</sup> (ADI) por meio do Ofício nº 2547/2018/CADE:

Ante o exposto, uma vez seguidos os pressupostos acima, a princípio não caberia à autoridade antitruste adentrar no mérito da política pública setorial adotada visando substituí-la. Contudo, mesmo nesse caso é importante que a autoridade não se furte apresentar as preocupações concorrenciais derivadas de tal política e de seus graves efeitos deletérios

---

<sup>8</sup> Referida ADI ainda encontra-se pendente de julgamento pelo STF.

ao consumidor, tendo em vista o seu papel de *advocacy* em temas relacionados à defesa da concorrência. No presente caso, a posição desta entidade é que o tabelamento, com o estabelecimento de preços mínimos, não apresenta benefícios ao adequado funcionamento do mercado e ao consumidor final, que arcará com os aumentos de preço decorrentes de tal medida<sup>9</sup>.

#### **4. A crise provocada pela pandemia da COVID-19**

No Brasil, frente à crise e à inércia do governo federal diante da disseminação global da COVID-19, diversos chefes dos poderes executivos estaduais, com amparo do Supremo Tribunal Federal, optaram por seguir as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS), promovendo o isolamento físico e social da população por meio de decretos de confinamento. A fim de assegurar a limitação da propagação do novo coronavírus, decretaram a suspensão de atividades econômicas não essenciais, como *shoppings centers*, academias, restaurantes e bares (exceto por serviço de entrega e *drive thru*), tornando menos movimentadas as ruas das cidades e diminuindo o consumo e o ritmo da economia no país.

A despeito das características inéditas da crise, medidas de urgência visando atenuar seus efeitos na economia foram tomadas por governos em todo o mundo: estímulos fiscais, medidas de liquidez e solvência, injeções de capital, garantias de crédito, entre outras. No que tange à concorrência, diversas autoridades antitruste exerceram ativamente seu papel de tutores da livre concorrência, anunciando várias ações em prol de uma breve recuperação econômica.

A seguir, serão detalhadas as recomendações de importantes instituições do setor e as ações tomadas ou sugeridas por algumas autoridades concorrenciais ao redor do mundo. Ainda, será analisada

---

<sup>9</sup> Além disso, ainda neste contexto, o CADE também abriu inquérito administrativo para apurar indícios de supostas infrações à ordem econômica por parte de associações e outras entidades representativas dos caminhoneiros, bem como criou um grupo de trabalho junto com a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) "para analisar a estrutura do mercado de combustíveis, avaliar a implementação das medidas propostas pela autarquia para repensar o setor de combustíveis e a possibilidade de adoção permanente das medidas regulatórias excepcionais apresentadas pela ANP" (CADE, 2019).



também a resposta do CADE até o momento face à crise desencadeada pela COVID-19.

#### 4.1. *Recomendações da OCDE e da ICN e prática internacional*

Desde o início da crise, o CADE manifestou seu apoio às declarações e ações de importantes instituições que promovem a advocacia do direito da concorrência no mundo, como a ICN e OCDE.

De fato, ao analisar o primeiro acordo de cooperação entre concorrentes submetido ao CADE no contexto da pandemia do novo coronavírus<sup>10</sup>, a autarquia se preocupou em deixar claro que a decisão está alinhada à experiência internacional, na tentativa de, por um lado, preservar ambientes econômicos concorrencialmente saudáveis e, por outro, seguir as orientações específicas que devem vigorar nas atuais circunstâncias de crise para o mercado global.

Quanto à OCDE<sup>11</sup>, tais orientações até o momento dizem respeito aos ideais concorrenciais que devem ser considerados pelos governos e como as políticas concorrenciais devem ser utilizadas no enfrentamento à atual situação de pandemia, ao mesmo tempo em que alerta que a atuação das autoridades deve considerar um cenário pós-pandemia e as contribuições que podem ser feitas para a recuperação de mercados a médio e longo prazos. As análises da OCDE ainda indicam que arranjos cooperativos em períodos de crise têm benefícios limitados e podem causar prejuízos a consumidores e, por esta razão, as autoridades antitruste devem se manter vigilantes.

A ICN, por meio de seu documento intitulado *Steering Group Statement: Competition During and After the COVID-19 Pandemic*, também apresentou de maneira geral suas considerações a respeito da aplicação da lei concorrencial durante e após a pandemia gerada pela COVID-19. Dentre as recomendações, além de ressaltar a necessidade de

---

<sup>10</sup> Vide Sessão Extraordinária de Julgamento em 28 de maio de 2020, conforme melhor detalhado nas seções seguintes.

<sup>11</sup> Já há diversas manifestações da OCDE até o momento. As principais disponíveis na data de elaboração do presente artigo são as seguintes: *Co-operation between competitors in the time of COVID-19*, de 26 de maio de 2020; *COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities*; e *OECD competition policy responses to COVID-19*, de 27 de abril de 2020.

transparência e celeridade na aplicação de orientações que forneçam segurança jurídica aos tutelados, a ICN indica principalmente (i) a necessidade de vigilância para condutas anticompetitivas (como a cartelização e o abuso de posição dominante), (ii) que a cooperação temporária entre concorrentes deve ser analisada com cautela pelas autoridades, uma vez que “podem ser uma resposta necessária para proteger os consumidores e fornecer produtos ou serviços que podem não estar disponíveis de outra maneira” (ICN, 2020), seguindo as regulamentações específicas, e (iii) que se deve prezar pela manutenção da concorrência a longo prazo, principalmente para proteger consumidores e empresas novas de pequeno porte que são, segundo a ICN, o grupo mais afetado em situações de crises.

Em termos práticos, a Comissão Europeia (CE), o *European Competition Network* (ECN) e o *European Free Trade Association Surveillance Authority* (ESA) publicaram conjuntamente uma nota a fim de explicar como as autoridades concorrenciais europeias podem ajudar agentes econômicos a lidar com a situação atual. Além disso, a CE também publicou um guia para esclarecer os critérios de análise de cooperações entre concorrentes durante a crise da COVID-19, disponibilizando um canal exclusivo de comunicação para esse tema. Por fim, a CE indicou estar atenta para o fato de que continuará vigilante para detectar possíveis e oportunos comportamentos anticoncorrenciais, encorajando a sociedade a denunciar eventuais condutas abusivas.

Igualmente, o *Bureau of Competition* da *Federal Trade Commission* (FTC) e a Divisão Antitruste do *Department of Justice* (DOJ) se manifestaram conjuntamente diante da crise econômica gerada pela COVID-19 nos Estados Unidos. Reconheceram que há formas de cooperação lícitas e ilícitas à luz da lei antitruste norte-americana, citando referências jurisprudenciais para fundamentar as primeiras e alertando para a intolerância do FTC e do DOJ com relação à segunda. Por fim, comunicaram um canal específico para tratar de demandas de negócios criados especificamente em decorrência da pandemia, fixando o prazo máximo de sete dias para uma resposta oficial das autoridades.

Outras autoridades concorrenciais relevantes mundo afora também tomaram certas providências para concentrar sua atuação nas ações urgentes relacionadas ao enfrentamento da pandemia. Neste sentido, a *Competition and Markets Authority* (CMA), autoridade concorcencial do

Reino Unido, em 20 de março de 2020 já havia anunciado<sup>12</sup> a criação de um grupo de trabalho voltado exclusivamente para o tratamento de assuntos e fornecimento de respostas aos mercados mais fortemente afetados pela COVID-19. Na mesma data, a autoridade concorrencial da África do Sul<sup>13</sup> também já havia atuado nesse sentido.

## 5. O CADE face à COVID-19<sup>14</sup>

### 5.1. Políticas públicas e o CADE: *advocacy* concorrencial

Seguindo as já mencionadas orientações da ICN e da OCDE, a intensificação do *advocacy* em matéria concorrencial tem sido incentivada no momento atual, para fins de consistência das ações tomadas pelos diversos órgãos governamentais para conter os efeitos da crise. Nessa esteira, o CADE tem se manifestado acerca das diversas propostas legislativas que surgiram no contexto da pandemia da COVID-19, na maioria das vezes por meio de notas técnicas elaboradas pelo DEE, com a colaboração da Superintendência Geral do CADE (SG).

As principais delas compreendem o PL n° 1.179/2020<sup>15</sup>, que, dentre outras medidas, afetou diretamente a aplicação de dispositivos da LDC; o PL n° 881/2020, o qual trata do congelamento de preços; e o PL n° 1008/2020, que versa sobre o estabelecimento de preços teto, sendo os dois últimos relacionados aos chamados “produtos essenciais” no combate

---

<sup>12</sup> Vide: <<https://www.gov.uk/government/news/cma-launches-covid-19-taskforce>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

<sup>13</sup> Vide: <<http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/03/CCSA-COVID-19-statement-20-March-updated.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

<sup>14</sup> Ressalte-se que, no que tange à sua estrutura institucional, desde o início da pandemia, o CADE tomou diversas medidas para se adequar à nova situação enfrentada no país: instituiu o trabalho remoto para os funcionários que originalmente não se encontram em teletrabalho, suspendeu os prazos processuais de certos tipos de processos, como processos administrativos e inquéritos administrativos (nos termos da Medida Provisória n° 928/2020, de 23 de março de 2020, que perdeu sua eficácia em 21 de julho de 2020), e as sessões de julgamento passaram a ser realizadas virtualmente.

<sup>15</sup> Sancionado (com vetos) pelo Presidente Jair Bolsonaro, nos termos da Lei n° 14.010, de 10 de junho de 2020, conforme versão publicada no Diário Oficial da União em 12 de junho de 2020.

à pandemia (álcool gel, máscaras, aventais, medicamentos e outros EPIs - equipamentos de proteção individual).

### 5.1.1. O polêmico PL nº 1.179/2020

No que tange ao PL nº 1.179/2020, devidamente sancionado (com vetos para alguns artigos) pelo Presidente da República e convertido na Lei nº 14.010/2020<sup>16</sup>, dentre outros temas envolvendo relações de consumidor e concorrência, nos termos do artigo 14<sup>17</sup>, tornaram-se sem eficácia os incisos XV e XVII do § 3º do art. 36<sup>18</sup> e o inciso IV do caput do art. 90 da LDC<sup>19</sup>, com relação a todos os atos praticados e com vigência por período determinado, especificamente, de 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020 ou enquanto durar o estado de calamidade pública.<sup>20</sup> Assim, a Lei nº 14.010/2020 possui, essencialmente, três eixos principais de atuação: a suspensão de dois ilícitos concorrenciais - preço predatório e encerramento de empresas sem justificativa -, e a suspensão da obrigatoriedade de notificação prévia de consórcios, *joint ventures* e contratos associativos.

---

<sup>16</sup> Versão publicada no Diário Oficial da União de 12 de junho de 2020, disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.010-de-10-de-junho-de-2020-261279456>>. Acesso em 11 ago. 2020.

<sup>17</sup> Ressalte-se que o texto original da proposta recebeu duras críticas do CADE e da comunidade antitruste no geral, por gerar ainda mais insegurança jurídica aos tutelados. À exemplo, a redação original do projeto de lei não deixava claro que as partes de acordos de cooperação entre concorrentes, mesmo que não obrigadas a notificar previamente ao CADE referidos acordos, poderiam ser investigadas por conduta anticompetitiva (ou seja, de que não haveria qualquer tipo de isenção antitruste nesse aspecto).

<sup>18</sup> “Art. 36. [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; [...]”

<sup>19</sup> “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: [...] IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.”

<sup>20</sup> Conforme reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Vale notar que, conforme ressaltado recentemente pelo próprio CADE, até o momento não há precedentes desta autoridade envolvendo a condenação de empresas para esses dois ilícitos concorrenciais, o que, preliminarmente, permite concluir que seriam baixas as chances de tais condutas ocorrerem mesmo no presente contexto. Ainda no campo das infrações à ordem econômica, conforme previsto nos demais itens do artigo 36 da LDC, a Lei nº 14.010/2020 ainda indica que a autoridade concursal deverá levar em consideração a situação de calamidade e as circunstâncias causadas pela pandemia na análise das condutas.

No que tange à proposta de flexibilização com relação à notificação (normalmente) obrigatória da formação de consórcios, *joint ventures* e contratos associativos, apesar de suspender temporariamente a obrigatoriedade da notificação prévia ao CADE daquelas que atinjam os critérios de faturamento aplicáveis, a Lei nº 14.010/2020 indica em seu dispositivo que a operação poderá ser analisada posteriormente, bem como também está sujeita a análise de possível conduta anticompetitiva, caso os acordos não sejam considerados como necessários ao enfrentamento ou mitigação da pandemia.

Além da indicação de que não haverá nenhum tipo de imunidade antitruste a ser concedida aos tutelados em vista do atual contexto de crise, há ainda crítica a ser feita a Lei nº 14.010/2020, que tentou dar uma roupagem a certos mecanismos já previstos na LDC (vide, por exemplo, a possibilidade de exigir a notificação de operações, no período de um ano de sua consumação, mesmo que não atendam aos critérios de notificação).<sup>21</sup> Esse fato demonstra, conseqüentemente, que nem sempre a intervenção governamental por meio de atos legislativos geram os efeitos que deveriam, podendo causar uma maior insegurança jurídica.

### 5.1.2 PL nº 881/2020 e PL nº 1.008/2020

Outros projetos legislativos foram propostos com o objetivo de modificar a política concursal vigente. O PL nº 881/2020 dispõe sobre

---

<sup>21</sup> Nos termos do § 7º do artigo 88 da LDC:

“§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.”

o congelamento de preços de medicamentos durante a pandemia da COVID-19, enquanto o PL nº 1.008/2020 propõe o controle de preços de produtos considerados essenciais durante a crise.

Ambos os projetos, todavia, foram alvo de pareceres negativos por parte do DEE e críticas por parte de membros do CADE, os quais assumem uma posição inabalável acerca das políticas de manipulações de preço: de que elas tendem a produzir, a médio e longo prazos, efeitos contrários aos desejados inicialmente, tanto à economia quanto ao consumidor. Tais pareceres mencionam efeitos negativos, como por exemplo, o desincentivo à produção, à distribuição e à comercialização de um bem na hipótese de o aumento dos custos não poder ser embutido no preço final do produto, o que, conseqüentemente, poderia causar um desabastecimento de referido bem, agravando o problema gerado pela atual crise sanitária

O CADE apontou, ainda, no que tange ao PL nº 881/2020, que já existe regulação específica sobre precificação de medicamentos no Brasil, o que poderia gerar efeitos adversos sociais no estabelecimento do congelamento sugerido.

Além de atuar promovendo a cultura da concorrência por meio da emissão de pareceres<sup>22</sup>, o CADE também exerceu papel de *advocacy* ao atuar junto ao Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) pelas alterações ao texto original do PL nº 1.179/2020. Essa atuação é extremamente relevante para evitar a criação e aplicação de políticas públicas conflitantes com o diploma legal concorrencial vigente, além de conscientizar o governo e a sociedade da importância da preservação da livre concorrência a longo prazo, mesmo em tempos de instabilidade econômica.

## 5.2. Análise de Atos de Concentração

---

<sup>22</sup> O CADE ainda se manifestou sobre diversos outros assuntos recentemente cuja discussão surgiu ou se intensificou no contexto da atual pandemia da COVID-19, à exemplo, sobre os potenciais efeitos de imposição de descontos em contratos de prestação de serviços educacionais (vide Processo nº 08700.002018/2020-12 e Nota Técnica nº 17/2020/DEE/CADE), destacando as possíveis consequências macroeconômicas que poderiam ser geradas dessa medida, como demissões e falência de escolas e a fixação de preço máximo de revenda de GLP (gás de cozinha) (vide Processo nº 08700.000908/2020-48 e Nota Técnica nº 19/2020/DEE/CADE), indicando ser contrário à manipulação artificial de preços, dentre outros.

Conforme indicado, desde o início da crise sanitária no Brasil, muito tem se discutido sobre a necessidade de flexibilização pela autoridade concorrencial para permitir uma maior cooperação entre concorrentes e incentivar o enfrentamento da crise.

No âmbito dos atos de concentração, como mencionado, a Lei nº 14.010/2020 (anteriormente o PL nº 1.179/2020) buscou conferir certa flexibilidade ao suspender a eficácia do inciso IV do art. 90 da LDC.

Para além das críticas já feitas pelo próprio CADE e pela comunidade antitruste no geral a Lei nº 14.010/2020, a sugestão da própria autoridade concorrencial é que todas as cooperações entre concorrentes no contexto da atual pandemia, independentemente de sua formatação, sejam submetidas de boa fé à análise do CADE, o qual se comprometeu a atuar da maneira mais célere e eficiente possível<sup>23</sup> (o que de fato ocorreu com relação à decisão recente referente ao Movimento “Nós”, cuja petição foi analisada pela SG dentro de apenas 2 dias de sua submissão, segundo informado na sessão de julgamento).

Contudo, ao considerar a importância das discussões sobre como mitigar os efeitos da pandemia durante o estado de calamidade e de incertezas quanto aos rumos que serão traçados pela crise, é igualmente relevante debater se o CADE também estará preparado para lidar com diferentes situações a longo e médio prazos (JENNY, 2020). Alguns dos cenários esperados, durante e após o estado de calamidade em decorrência da pandemia, envolvem: (i) possível aumento no número de atos de concentração, ensejado pelo esperado aumento das consolidações nos mercados; (ii) maior discussão em torno da *failing firm defense* (conforme melhor definido nos parágrafos que seguem abaixo); e (iii) possível aumento no número de condutas anticompetitivas por empresas como medida para sobreviver à crise (que será tratado no próximo item).

Quanto ao item (i) acima, espera-se que na análise tanto de atos de concentração quanto de condutas, haja maior sensibilidade e não necessariamente flexibilidade<sup>24</sup> por parte do CADE com relação a

---

<sup>23</sup> Neste sentido, ressalte-se a nota informativa temporária publicada pelo CADE em 06 de julho de 2020 que trata da colaboração entre empresas para enfrentamento da crise da COVID-19 e os devidos procedimentos disponíveis.

<sup>24</sup> Vale ressaltar que o CADE recentemente anuiu com a suspensão temporária de obrigações estabelecidas no TCC celebrado pelas empresas Basso S.A. and Valbrás Indústria e Comércio Ltda. (e alguns indivíduos) no contexto do Processo Administrativo nº 08700.002904/2017-41, tendo em vista a impossibilidade de seu

empresas em estado de insolvência e necessidade, principalmente em vista do possível contexto de recessão econômica no Brasil.

Neste sentido, entende-se que não deve haver uma diminuição dos padrões de análise do CADE, mas a autoridade deverá: (i) conduzir uma análise técnica e não política das notificações durante e após a pandemia, mas sempre condizente com a realidade social e econômica do país; (ii) se atentar aos possíveis remédios a serem propostos no âmbito de atos de concentração mais complexos que demandem restrições, considerando, por exemplo, a possível dificuldade na imposição de remédios estruturais envolvendo desinvestimentos;<sup>25</sup> (iii) formular pedidos de informação para conduzir *market tests* apenas que sejam realmente necessários, tanto para maior celeridade na análise dos casos durante esse período, quanto considerando o fato de que as empresas poderão demorar um tempo maior para coletar todas as informações necessárias por diversas razões, tais como em vista de cumprimentos de medidas de quarentena em seus respectivos municípios e/ou trabalho remoto de parte do staff; e (iv) fazer bom uso de mecanismos já existentes na legislação atual para atender certas situações emergenciais apresentadas pelas partes de um ato de concentração, como por exemplo, o instituto da autorização precária.<sup>26</sup>

---

cumprimento pelas signatárias em vista da situação gerada no país pela pandemia do novo coronavírus, feitas as devidas ressalvas ao caso concreto.

<sup>25</sup> Como ocorreu no recente caso envolvendo Disney/Fox (Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53), reanalisado pelo CADE tendo em vista a impossibilidade do cumprimento do remédio proposto (alienação do canal Fox Sports) em razão, dentre outros motivos, da impossibilidade de encontrar um comprador viável no atual contexto de crise econômica gerada pela pandemia do novo coronavírus. Em vista da situação de exceção, o CADE concordou pela aplicação de remédios comportamentais à Disney para sanar possíveis problemas concorrenciais.

<sup>26</sup> Até o momento, tal instituto foi concedido em um único caso (Ato de Concentração 08700.007756/2017-51, envolvendo Excellence B.V. e Rio de Janeiro Aeroporto S.A. - que detém a concessão no Aeroporto do Galeão/RJ). Nos termos do artigo 114, do Regimento Interno do CADE, a autorização precária e liminar para a realização do ato de concentração econômica será concedida nos casos em que, cumulativamente: (i) não haja risco de dano irreparável às condições de concorrência; (ii) as medidas sejam integralmente reversíveis; e (iii) haja risco iminente de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis caso a autorização precária não seja concedida.



Como sinalizado acima, também é provável que haja um aumento no número de casos que se utilizarão da “teoria da firma falida”. Cumpre mencionar a visão do próprio CADE em relação ao tema:<sup>27</sup>

*A teoria da "Failing Company Defense" foi desenvolvida no direito norte-americano com o intuito de evitar que ativos produtivos fossem desperdiçados e perdidos. Isto porque, diante de uma situação em que uma empresa está falida ou reconhecidamente insolvente, permite-se que outra empresa adquira os ativos mesmo que se tenha como resultado uma expressiva concentração. Nota-se claramente que a referida teoria não visa primordialmente à eficiência, mas sim os outros fins, quais sejam, os empregos, os direitos dos acionistas e dos credores. Desse modo, por meio da alegação da "failing company defense", faz-se possível, sob uma análise de ponderação, admitir-se uma operação que, à primeira vista, não seria admissível dentro padrões normais que guiam as análises de concentrações. (grifos nossos)*

Além disso, conforme manifestações recentes do CADE, a análise de casos envolvendo a referida teoria exige uma visão futurística sobre o que aconteceria com o mercado caso a operação envolvendo a empresa em estado falimentar não ocorresse, uma análise do real estágio de solvência da empresa falida e a iminência da situação de falência ocorrer.

Neste contexto, apesar de cada jurisdição ter seus próprios mecanismos na análise dos argumentos, os requisitos cumulativos para aceitação da teoria compreendem, em essência (OCDE, 2009): (1) na ausência da operação, a firma falida sairá do mercado em um futuro próximo como resultado das suas dificuldades financeiras; (2) não há operação alternativa viável ou reorganização que seja menos anticompetitiva que a operação proposta; e (3) na ausência da operação, os ativos da firma falida inevitavelmente sairiam do mercado.

---

<sup>27</sup> Vide Ato de Concentração nº 08012.014340/2007-75 envolvendo Votorantim Metais Zinco S/A e Massa Falida de Mineração Areiense S/A, aprovado sem restrições com base na referida teoria.

Segundo CADE, baseado na obra de Oliveira Junior (2014), há aproximadamente quinze casos analisados pelo CADE nos quais tal teoria foi trazida para discussão (informação verbal).<sup>28</sup> Em todos eles, no entanto, o argumento da firma falida foi apenas um dos elementos trazidos ao CADE, em um panorama maior, ou seja, até o momento, não há nenhum caso cuja aprovação tenha sido baseada pura e exclusivamente na referida teoria, o que poderá mudar com o presente cenário. É patente, portanto, que o CADE se encontra face a mais um grande desafio no contexto dessa inesperada crise.

### 5.3. Infrações à ordem econômica

#### 5.3.1. Ação coordenada entre concorrentes

É notório que cartéis são acordos entre concorrentes com o objetivo de trocar informações a fim de fixar uma ou mais variáveis concorrenciais, constituindo um ilícito *per se* no entendimento do CADE.

Em tempos de crise, contudo, fala-se com frequência do chamado “cartel de crise”. O “cartel de crise” compreende uma colaboração entre competidores a fim de restabelecer, por exemplo, uma variável econômica afetada pela abrupta chegada de uma crise, ou para a realização conjunta de pesquisa para o desenvolvimento de uma solução contra o fato gerador da instabilidade. Essas *cooperações* são muitas vezes incentivadas por governos em caráter e condições extraordinários, tendo em vista o cunho nocivo do cartel para a economia.

Há duas modalidades de "cartel de crise" (OCDE, 2011)<sup>29</sup>:

*The term crisis cartel is used in at least two ways in the existing economic literature. First, a crisis cartel can refer to a cartel*

---

<sup>28</sup> Afirmções feitas pelo presidente do CADE, Alexandre Barreto, e pelo Superintendente-Geral da autarquia, Alexandre Cordeiro, no webinar realizado em 29 de maio de 2020 sobre “Cooperação entre concorrentes, mudanças legislativas e o papel do Cade em tempos de crise”. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/mais-noticias/cade-manifesta-apoio-a-documento-da-icn-sobre-concorrencia-durante-a-pandemia-da-covid-19>>. Acesso em: 29 maio. 2020.

<sup>29</sup> Apesar do termo ter sido duramente criticado recentemente pelo CADE e pela comunidade antitruste no Brasil, é como comumente é tratado pela literatura especializada.

*that was formed during a severe sectoral, national, or global economic downturn without state permission or legal sanction. A second use of the term crisis cartel has been to refer to situations where a government has permitted, even fostered, the formation of a cartel among firms during severe sectoral, national, or global economic downturns, or when national competition law allows for the creation of cartels during such downturns. Sometimes the second use of the term is synonymous with the terms depression cartel, recession cartel, and restructuring cartels, all of which indicate an excess of production capacity over current demand levels at the sectoral or national levels. (grifos nossos)*

Ou seja, a despeito da fragilidade da situação econômica de um dado mercado, agentes econômicos podem sentir a tentação de agir em conjunto para se aproveitarem de uma eventual vigilância deficiente da autoridade antitruste, a qual concentrará seus esforços para reduzir ou minimizar os impactos da crise no país. A situação de oportunismo pode se agravar considerando que os incentivos de cartelização também são alterados durante uma crise, podendo inclusive serem aumentados (OCDE, 2011).

Ainda de acordo com a OCDE, a análise da relação custo benefício dos agentes diante da cartelização baseia-se na seguinte racionalidade utilitária (econômica): a participação no cartel se torna vantajosa a medida que há uma diferença positiva entre o valor bruto dos lucros associados à fixação de uma variável concorrencial e o valor bruto de uma possível multa por descumprimento da lei concorrencial, situação plausível de ser auferida durante uma lei antitruste mais flexível para cartelização, elaborada durante cenários excepcionais.

Além disso, ao comparar essa relação custo-benefício em crises de dimensão global, como é o caso da crise trazida pela pandemia da COVID-19, a OCDE atenta para o fato de que autoridades concorrenciais do mundo todo tenderiam a reduzir as multas por práticas de cartel. Dessa forma, uma empresa que não teria incentivos a participar de um cartel em *um* dado mercado durante situações normais de desenvolvimento econômico, poderia facilmente mudar de ideia em uma situação excepcional em que as leis antitruste fossem flexibilizadas, ou em um caso em que o conluio abrangesse *inúmeros* mercados, visto que os lucros do agente poderiam ser significativamente superiores (OCDE, 2011).

Assim, na medida em que os incentivos de uma coordenação entre concorrentes sofram risco de serem expandidos, como durante crises econômicas e sanitárias, um endurecimento das medidas de *enforcement* concorrencial pelas autoridades concorrenciais se mostra imperativo a fim de reequilibrar o cálculo individual de maximização de utilidade econômica.

Conforme detalhado anteriormente, tanto a CE e ECN, na Europa, quanto o FTC e DOJ, nos Estados Unidos da América, rapidamente publicaram orientações acerca de suas respectivas políticas de aplicação de normas antitruste durante a crise da COVID-19, gerando maior clareza e transparência em sua atuação perante a sociedade, inclusive por meio de canais de comunicação e/ou denúncia exclusivos.

O CADE, em contrapartida, inicialmente limitou-se à informalidade na transmissão de informações concernentes à aplicação da LDC no Brasil, notadamente por meio de discussões online. A primeira vez em que o Conselho se manifestou oficialmente sobre o tema<sup>30</sup> foi durante a Sessão Extraordinária de Julgamento de 28 de maio.

Trata-se de pedido de cooperação entre concorrentes por meio da criação do movimento "Nós", formado pela Ambev, Aurora, BRF, Coca-Cola Brasil, Heineken, Mondelez, Nestlé e PepsiCo<sup>31</sup>, e publicamente aberto a novos aderentes, cujo objetivo é ajudar pequenos comerciantes na retomada de negócios. De acordo com a petição apresentada pelas partes, as empresas do ramo de alimentos e bebidas oferecerão condições especiais de pagamento, como prazos mais longos, descontos a serem repassados ao consumidor, crédito consignado, entre outros, além da doação de equipamentos de proteção (como máscaras e álcool gel) e treinamentos acerca dos protocolos de saúde a serem respeitados pelos estabelecimentos comerciais. Além disso, a fim de garantir o respeito à LDC, o acordo será assessorado por uma consultoria independente, a qual

---

<sup>30</sup> Conforme bem pontuado por VILANOVA e WERBERICH (2020), diante do forte impacto da crise no mercado de aviação civil, uma das primeiras ações do CADE foi atuar em conjunto com a Agência Nacional de Ação Civil - ANAC para apreciar um pedido de "Protocolo Temporário para Transporte Aéreo Essencial Nacional" submetido pelas companhias aéreas Gol, Latam, Azul e Passaredo. O acordo, de cunho horizontal, prevê uma melhor utilização da infraestrutura aeroportuária, permitindo a realocação recíproca de passageiros e troca de determinadas informações entre as empresas, foi aceito de forma extraordinária e é supervisionado pelo ANAC e CADE.

<sup>31</sup> Processo nº 08700.002396/2020-04.

garantirá a ausência de troca de informações concorrencialmente sensíveis entre os membros do movimento<sup>32</sup>.

O Presidente do CADE expressou preocupação no tocante às condições necessárias para validação de uma cooperação desse tipo, de forma a não dar margem a abusos. Dentre os pressupostos por ele mencionados, estão a urgência e a extraordinariedade da situação, a relação de causalidade entre a crise e a cooperação pretendida, as eficiências geradas pelo acordo, além do repasse dessas eficiências ao consumidor, e a duração limitada da cooperação.<sup>33</sup>

Vale notar, ainda, que o CADE manteve referido pleito como confidencial até seu julgamento, impedindo assim a evolução da discussão sobre o tema pela sociedade. De toda forma, a decisão serviu como uma orientação provisória aos agentes que desejavam apresentar proposta semelhante à autoridade antitruste.

Apenas em 23 de junho, já após a análise do então “Movimento Nós”, o CADE instituiu Grupo de Trabalho para coordenar as atividades relativas à criação de um documento com orientações sobre colaboração/cooperação entre concorrentes em momento de crise. Finalmente, em 6 de julho de 2020, ou seja, mais de três meses após a decretação do estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional, o CADE enfim disponibilizou sua "Nota informativa temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de COVID-19". O documento é breve, objetivo e apresenta diretrizes gerais para uma cooperação entre empresas que não ultrapasse os limites da lei antitruste e que vise igualmente à combater os efeitos da crise.

Além de abordar aspectos como escopo, duração e abrangência geográfica do potencial acordo - os quais devem ser limitados, e cujos limites devem ser orientados pela evolução da própria pandemia -, o documento atenta para as regras de governança e a transparência dos cooperantes, frisando que eventual troca de informações concorrencialmente sensíveis não estaria ao abrigo de investigações por infração à LDC. Por fim, a nota informa a criação de um canal de

---

<sup>32</sup> O memorando de entendimentos celebrado entre as partes não foi considerado um ato de concentração na modalidade de contrato associativo, por não atender aos critérios mínimos necessários.

<sup>33</sup> Mais detalhes sobre a decisão vide notícia veiculada no site do CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-avalia-colaboracao-entre-concorrentes-devido-a-crise-do-novo-coronavirus>>, Acesso em: 30 maio 2020.

comunicação com o CADE para o endereçamento de dúvidas e questionamentos, indicando, ainda, os demais procedimentos disponibilizados pela legislação pátria para a formalização de pedidos de acordo entre empresas.

Ainda que as consequências da crise atual sejam imprevisíveis, a sua durabilidade, bem como efeitos a longo e médio prazos, quando comparadas com outras crises (como a decorrente da greve dos caminhoneiros em 2018) são indiscutíveis e já o eram desde seu início no Brasil - em meados de março de 2020 -, tendo em vista as experiências dos países atingidos anteriormente pelo coronavírus.

Apesar de rapidamente ativo do ponto de vista organizacional, tendo suspenso prazos processuais logo após o início da pandemia,<sup>34</sup> bem como dado início a realização de sessões de julgamento virtuais, o CADE não se utilizou da mesma celeridade para orientar os administrados com relação às práticas comerciais aceitáveis em um dos momentos mais cruciais de uma crise. Embora tenha endossado as orientações publicadas pela OCDE e ICN, a morosidade em formalizar seu posicionamento com relação a um tema de tamanha importância, principalmente quando comparado à atuação proativa de diversas jurisdições internacionais, gerou insegurança aos seus administrados no enfrentamento da crise gerada pela pandemia da COVID-19.

### **5.3.2. Abuso de posição dominante**

Outra grande preocupação concorrencial que assola as autoridades antitruste nesse momento de crise sanitária e econômica é o abuso de posição dominante, principalmente por parte fornecedores de materiais necessários ao cuidado à saúde (máscaras faciais, álcool gel, luvas, etc.).

Isso porque em tempos de instabilidade econômica, choques de demanda e oferta podem ocorrer, fazendo com que, por exemplo, cresça a demanda por determinados produtos sem que tenha havido um prévio aumento da oferta. Em vista disso, fornecedores podem ver-se tentados a tirar vantagens da situação, aumentando excessivamente suas margens de

---

<sup>34</sup> Conforme brevemente comentado acima, a contagem dos prazos processuais foi retomada em 21 de julho de 2020 em razão do fim da vigência da Medida Provisória nº 928/2020. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/notas-informativas/nota-informativa-sobre-prazos-processuais>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

lucro. Tal prática é passível de condenação pelo CADE por poder se enquadrar no inciso IV do artigo 36 da LDC. Contudo, pressupõe-se que o agente econômico detenha posição dominante no mercado relevante em que teria praticado suposto aumento excessivo de preços.

Não se trata, portanto, de uma prática simples a ser comprovada. Nesse sentido, afirma a OCDE (2020) que "[...] *the challenges for enforcers is to distinguish a behaviour that is abusive or unfair, respectively, from one that reflects a lawful response to a temporary shortage resulting from the emergency at issue.*"

Ainda segundo a OCDE, uma possível solução para esse problema seria uma política de controle de preços. Nesse sentido, e conforme já exposto, tanto o Senado Federal quanto a Câmara dos Deputados apresentaram projetos de lei com o objetivo de congelar o preço de medicamentos (PL nº 881/20) e a fixar preços máximos para itens essenciais (PL nº 1.008/2020), ambas as medidas durante a pandemia da COVID-19. Entretanto, referidos projetos já receberam do CADE pareceres técnicos contrários às suas aprovações.

De qualquer maneira, o CADE atua como uma régua para medir práticas abusivas, principalmente relacionadas aos preços. Isso pode ser percebido pelo Procedimento Preparatório nº 08700.001354/2020-48, instaurado pelo CADE para averiguar se empresas do setor de saúde estariam aumentando os preços e lucros de forma arbitrária e abusiva no mercado de produtos médico-farmacêuticos. Até o momento, diversos ofícios foram enviados para hospitais, laboratórios, farmácias, distribuidores e fabricantes dos chamados produtos essenciais ao combate do novo coronavírus (como máscaras cirúrgicas, álcool gel, possíveis medicamentos para tratamento dos sintomas da COVID-19), que são, no entanto, um tanto quanto vagos quanto ao mercado sob análise.

Em todo caso, ainda que em fase preliminar, essa investigação mostra que a autoridade antitruste brasileira está envidando certos esforços para fortalecer o *enforcement* concorrencial.

#### **5.4. Outra ferramenta de *enforcement* da LDC: a medida preventiva**

Vê-se que, atualmente, o CADE vem se munindo de ferramentas que permitiriam um enfrentamento de algumas situações trazidas pela crise gerada pelo novo coronavírus. Como é cediço, em casos de indício ou fundado receio de que um agente econômico cause lesão irreparável ou de

difícil reparação ao mercado, o CADE poderá adotar medida preventiva determinando a cessação da prática, sob pena de multa. Referida ferramenta, prevista no artigo 84 da LDC, pode servir como um poderoso aliado da autoridade antitruste no *enforcement* do direito da concorrência durante a crise.

Mesmo que extrema, referida ferramenta legislativa já foi aplicada algumas vezes pela autoridade antitruste brasileira.<sup>35</sup> O uso de referida medida, com a devida parcimônia, deve ser incentivado diante do contexto econômico atual. Por se tratar de medida rápida e extraordinária, com a qual o CADE já é dotado de alguma experiência, poderia ser útil no tratamento imediato de casos de abuso de preço, como é o caso da investigação preliminar mencionada acima, ou ainda, em possíveis cooperações entre concorrentes que venham a apresentar indícios de uma colusão além dos limites que teriam sido fixados em conjunto com a autoridade antitruste.<sup>36</sup>

Para tanto, uma fiscalização mais rígida das normas concorrenciais por parte do CADE se faz necessária em tempos de crise. Sugere-se a criação de grupos “força tarefa” com o objetivo de conduzir interrogatórios rápidos ligados a condutas em mercados especialmente afetados pela COVID-19, como os criados pelas autoridades concorrenciais da África do Sul e do Reino Unido.

## 6. Conclusão

Em vista do exposto, é essencial que o CADE se atente ao seu papel de tutor tanto da concorrência quanto do consumidor, mantendo-se alinhado às melhores práticas internacionais e ciente de que as condições

---

<sup>35</sup> Podemos citar, por exemplo, as seguintes medidas preventivas: (i) em 2015, com relação ao Consórcio Gemini; (ii) em 2016, com reação ao cartel de combustíveis no Distrito Federal; (iii) em 2019, contra o Itaú Unibanco e a Redecard na apuração de condutas anticompetitivas no mercado de meios de pagamento; e (iv) mais recentemente, em fevereiro de 2020, no contexto da investigação sobre prática de supostas condutas anticompetitivas que estariam prejudicando o funcionamento de academias de baixo custo por parte do Sindicato das Academias do Rio de Janeiro e do Sindicato dos Profissionais de Educação Física do Rio de Janeiro. Mais informações em <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-impoe-medida-preventiva-contra-sindicatos-de-academias-e-de-profissionais-de-educacao-fisica-do-rj>>, Acesso em: 25 maio. 2020.

<sup>36</sup> Presentes os devidos indícios, conforme letra da lei.



econômicas e sociais, atuais e futuras, demandarão maior sensibilidade na análise de operações e condutas. Simultaneamente, deve a autoridade antitruste preservar sua integridade, o que pode exigir, diante das circunstâncias, um endurecimento de suas atividades de monitoramento de mercado, a fim de repelir possíveis condutas anticompetitivas que piorariam ainda mais a situação econômica do país.

Para tanto, o CADE pode contar com uma forte rede de apoio internacional, cuja experiência em crises passadas poderá facilitar a ação da autarquia na manutenção da concorrência no país. Nessa esteira, conforme recomendado pela OCDE e ICN, seria ideal que a autoridade se manifestasse com maior formalidade, objetividade e clareza acerca das práticas de mercado toleráveis (ou não) durante essa fase atípica que vivemos.

Ainda, embora sua missão não envolva especificamente o “salvamento” de empresas (como afirmado pelo próprio CADE), mas sim garantir a manutenção da concorrência no mercado, o Conselho também deve estar aberto e sensível às teorias que serão trazidas para discussão sob uma nova roupagem - como a "*failing firm defense*" -, contribuindo para uma recuperação mais rápida da economia.

O papel de *advocacy* que a autarquia vem exercendo é extremamente louvável e indiscutivelmente necessário em tempos de crise. O aumento da atividade legislativa acerca das relações de concorrência e consumo tem igualmente seu mérito, mas pode carecer de tecnicidade. Assim, a atuação do CADE como promotor da cultura da concorrência é vital, de forma a evitar a criação e aplicação de políticas públicas conflitantes com o diploma legal concorrencial vigente, além de conscientizar o governo e a sociedade da importância da preservação da livre concorrência a longo prazo, mesmo em tempos de instabilidade econômica.

Quanto à sua atuação institucional e de tutor da concorrência, apesar de ativo do ponto de vista organizacional (vide a suspensão de prazos processuais logo após o início da pandemia, realização de sessões de julgamento virtuais, instituição de trabalho remoto, dentre outros), o CADE faltou com celeridade, formalidade e objetividade em suas orientações em matéria de mérito em um primeiro momento, visto que não emitiu orientações oficiais sobre ações comerciais aceitáveis (do ponto de vista concorrencial) específicas ao enfrentamento da crise em um de seus momentos mais cruciais, seu início. Foi apenas três meses após o início da crise gerada pela pandemia - e mesmo após a retomada das atividades

econômicas em estados como São Paulo e Rio de Janeiro - que o CADE disponibilizou ao público documento contendo orientações (apenas) sobre a colaboração entre concorrentes durante a pandemia da COVID-19.

Finalmente, é importante lembrar que os deveres cabem também à sociedade. Devem os tutelados permanecer vigilantes ao cumprimento da regulamentação concorrencial, uma vez que nenhum tipo de imunidade antitruste para condutas anticompetitivas será concedida pela decretação de estado de calamidade ou baseado em quaisquer outros diplomas legais.

## 7. Referências bibliográficas

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. EM 2008, PIB cresceu 5,1% e chegou a R\$ 2,9 trilhões. Rio de Janeiro, 10 mar. 2009. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/13621-asi-em-2008-pib-cresceu-51-e-chegou-a-r-29-trilhoes>>. Acesso em: 18 maio. 2020.

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. Em 2008, PIB atinge R\$ 3 trilhões e cresce 5,2%. Rio de Janeiro, 5 de nov. de 2010. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/13921-asi-em-2008-pib-atinge-r-3-trilhoes-e-cresce-52>>. Acesso em: 18 maio. 2020.

ATHAYDE, Amanda. As três ondas do antitruste no Brasil – A Lei 12.529/2011 e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Portal JOTA, Brasília, 01 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

APÓS pressão de caminhoneiros, Congresso aprova MP do frete nas vésperas do recesso. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 11 de jul. de 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,camara-aprova-texto-base-da-mp-do-frete,70002398737>>. Acesso em: 18 maio. 2020.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; e dá outras providências. Poder Executivo, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm)>. Acesso em: 22 maio. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Anuário do CADE 2018. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario.pdf>>. Acesso em: 18 maio. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade celebra acordos em investigações da Lava Jato. Brasília, 21 nov. 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>>. Acesso em: 20 maio. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Cade manifesta apoio a documento da ICN sobre concorrência durante a pandemia da Covid-19. Brasília, 16 abr. 2020. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-manifesta-apoio-a-documento-da-icn-sobre-concorrenca-durante-a-pandemia-da-covid-19>>. Acesso em: 22 maio. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Cade e ANP instituem Grupo de Trabalho para analisar mercado de combustíveis. Brasília, 14 jun 2018. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-anp-instituem-grupo-de-trabalho-para-analisar-mercado-de-combustiveis>>. Acesso em: 20 maio. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Cade avalia colaboração entre concorrentes devido à crise do novo coronavírus. Brasília, 28 maio 2020. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-avalia-colaboracao-entre-concorrentes-devido-a-crise-do-novo-coronavirus>>. Acesso em: 30 maio. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Declaração do Grupo Diretor da ICN: Concorrência durante e após a pandemia da COVID-19. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/imagens/icn-sg-covid19statement-april2020-pt-3.pdf>>. Acesso em: 31 maio. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Despacho da Presidência nº 99/2020. Processo nº 08700.002396/2020-04. Requerentes: Ambev, Aurora Alimentos, BRF, Coca-Cola Brasil, Grupo Heineken, Mondelez International, Nestlé e Pepsico.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Nota Pública. Brasília, 25 maio 2018. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/noticias/nota-publica>>. Acesso em: 18 maio. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Prestação de Contas Ordinária Anual, Relatório de Gestão do Exercício de 2009. Brasília, mar. 2010. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2009/relatoriogestaocade\\_exercicio2009.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2009/relatoriogestaocade_exercicio2009.pdf)>. Acesso em: 30 maio. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Prestação de Contas Ordinária Anual, Relatório de Gestão do Exercício de 2010. Brasília, mar. 2011. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2010/relatoriogestao2010\\_atu150811\\_14h25\\_tcu.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2010/relatoriogestao2010_atu150811_14h25_tcu.pdf)>. Acesso em: 30 maio. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relatório de Gestão do Exercício de 2016. Brasília, mar. 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/relatorio-de-gestao-2016-versao-final.pdf>>. Acesso em: 30 maio. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relatório de Gestão do Exercício de 2017. Brasília, mar. 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2017/relatorio-de-gestao-2017-1.pdf>>. Acesso em: 30 maio. 2020.

CHIARINI, Adriana; FARID, Jacqueline. PIB do Brasil fecha 2009 com retração de 0,2%, a primeira queda anual em 17 anos. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 11 mar 2010. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,pib-do-brasil-fecha-2009-com-retracao-de-0-2-a-primeira-queda-anual-em-17-anos,8580e>>. Acesso em: 18 maio. 2020.

COSTA-CABRAL, Francisco; HANCHER, Leigh; MONTI, Giorgio; FEASES, Alexandre Ruiz. EU Competition Law and COVID-19. TILEC Discussion Paper. 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3561438>>. Acesso em: 19 maio. 2020.

DA SILVEIRA, Paulo Burnier; CAPOBIANCO, Antonio; POVOA, Marcos Fabrício. A crise do COVID-19 e a defesa da concorrência: desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/articel/view/509/28>>. Acesso em: 11 ago.2020.

DELL'ARICCIA, Giovanni; MAURO, Paolo, SPILIMBERGO, Antonio; ZETTELMEYER, Jeromin. Políticas econômicas na guerra

contra a COVID-19. Blog do Fundo Monetário Internacional (IMF). 2 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.imf.org/pt/News/Articles/2020/04/01/blog040120-economic-policies-for-the-covid-19-war>>. Acesso em: 25 maio. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. Joint antitrust statement regarding COVID-19. 2020. Disponível em: <[https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1569593/statement\\_on\\_coronavirus\\_ftc-doj-3-24-20.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1569593/statement_on_coronavirus_ftc-doj-3-24-20.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2020

GREVE dos caminhoneiros: entenda o movimento que parou o Brasil. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 22 maio 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/perguntas-e-respostas-sobre-a-greve-dos-caminhoneiros,70002319904>> Acesso em: 18 maio. 2020.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. ICN steering group statement: competition during and after the COVID-19 pandemic. 2020. Disponível em <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

JASPER, Eric Hadmann. Paradoxo Tropical: a finalidade do direito da concorrência no Brasil. Revista de Defesa da Concorrência. Brasília, Vol. 7, nº 2, nov. 2019, pp. 171-189. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/424>>. Acesso em: 25 maio. 2020.

JENNY, Frederic. La Crise Economique et Financière, La Régulation et La Concurrence (The Financial and Economic Crisis, Regulation and Competition). Concurrences, N° 2-2009, n°25874, pp. 59-68, 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2065265>>. Acesso em: 19 maio. 2020.

JENNY, Frederic, Economic Resilience, Globalization and Market Governance: Facing the COVID-19 Test. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3563076>. Acesso em: 06 jun. 2020.

KAUFFMANN, Tatiana Amar. O tabelamento do frete rodoviário deve ter fim. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 14 de ago. de 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-tabelamento-do-frete-rodoviario-deve-ter-fim/>>. Acesso em: 18 maio. 2020.

KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. The Yale Law Journal. Vol. 126, n. 3, jan. 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2r3LTkC>>. Acesso em: 24 maio. 2020.

LIMA, Thaís Damasceno; DEUS, Larissa Naves. A crise de 2008 e seus efeitos na economia brasileira. Revista Cadernos de Economia, Chapecó, v. 17, n. 32, p. 52-65, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/rce/article/view/1651>>. Acesso em 25 maio. 2020.

LOWE, Philip. Competition policy and global economic crisis. Competition Policy International. Vol. 5, No. 2, 2009. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/cpi\\_5\\_2\\_2009\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/cpi_5_2_2009_en.pdf)>. Acesso em: 30 maio. 2020.

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de. A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da failing firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2014. Disponível em:

<[https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16424/1/2014\\_FernandoAntonioAlvesOliveiraJunior.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16424/1/2014_FernandoAntonioAlvesOliveiraJunior.pdf)>. Acesso em 03 jun.2020.

ORBACH, Barak. Antitrust in the Shadow of Market Disruptions. Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 20-22, 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3589823>>. Acesso em: 22 maio. 2020.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Co-operation between competitors in the time of COVID-19, de 26 de maio de 2020. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/Co-operation-between-competitors-in-the-time-of-COVID-19.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/COVID-19-competition-policy-actions-for-governments-and-competition-authorities.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Competition Policy Responses to COVID-19. 2020. Disponível em: <[https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130\\_130807-](https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130_130807-)

[eqxgniyo7u&title=OECD-competition-policy-responses-to-COVID-19>](#). Acesso em: 23 maio. 2020.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Policy roundtables. Crisis Cartels (2011). Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48948847.pdf>>. Acesso em: 21 maio. 2020.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Policy Roundtables. The Failing Firm Defence. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45810821.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Revisão por pares da OCDE sobre legislação e política de concorrência: brasil. conclusões e recomendações (2019). Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrenca-brasil-2019-web.pdf>>. Acesso: 27 maio. 2020.

ROSSI, Pedro; MELLO, Guilherme. Choque recessivo e a maior crise da história: A economia brasileira em marcha à ré. Centro de Estudos de Conjuntura e Política Econômica - IE/UNICAMP Nota do Cecon, n.1, abr. 2017. Disponível em: <[https://www3.eco.unicamp.br/images/arquivos/NotaCecon1\\_Choque\\_recessivo\\_2.pdf](https://www3.eco.unicamp.br/images/arquivos/NotaCecon1_Choque_recessivo_2.pdf)>. Acesso em: 20 maio. 2020.

SÃO PAULO (Estado). Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020. Decreta quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia do COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências complementares. Diário Oficial [do] Estado de São Paulo: seção 1: Executivo, v. 130, n. 57, p. 1, 23 mar. 2020. Disponível em: <<http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=20200323&Caderno=DOE-I&NumeroPagina=1>> Acesso em: 20 maio. 2020.

SILVA, Cleide. Gigantes do ramo de alimentos e bebidas se unem para ajudar 300 mil pequenos comerciantes. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 28 maio 2020. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/gigantes-do-ramo-de-alimentos-e-bebidas-se-nem-para-ajudar-300-mil-pequenos-comerciantes,70003318098>>. Acesso em: 30 maio. 2020

SOBREIRA, Rogério; DE PAULA, Luiz Fernando. The 2008 financial crisis and banking behavior in Brazil: the role of the prudential regulation. *Journal of Innovation Economics & Management*. Vol. 6, no. 2, 2010, pp. 77-93. Disponível em: < <https://www.cairn.info/revue-journal-of-innovation-economics-2010-2-page-77.htm>>. Acesso em: 26 maio. 2020.

STUCK, Maurice E. The Implication Of Behavioral Antitrust. *Legal Studies Research Paper Series from The University of Tennessee Knoxville*. Research Paper #192, ago. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2109713>>. Acesso em: 22 maio. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis. 2020. Disponível em <[https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003\\_joint-statement\\_ecn\\_corona-crisis.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf)>. Acesso em: 21 maio. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Communication from the Commission. Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak. 2020. Disponível em <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52020XC0408\(04\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52020XC0408(04))>. Acesso em: 21 maio. 2020.

VILANOVA, Pollyana; WERBERICH, Julia. O direito antitruste face a crises econômicas: desafios enfrentados pela legislação antitruste no Brasil face a crise econômica gerada pela COVID-19. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/articloe/view/510/27>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

VILELA, Pedro Rafael. CADE autoriza distribuidoras a compartilhar tanques. Agência Brasil, Brasília, 29 maio 2018. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-05/cade-autoriza-distribuidoras-de-combustiveis-compartilhar-bases>>. Acesso em: 18 maio. 2020.

VITZILAIUO, Lia. Crisis Cartels: For Better or for Worse? *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, Vol. 2, mar. 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1800732>>. Acesso em: 22 maio. 2020.



### **13. COMPETITIVIDADE E EFICIÊNCIA POR MEIO DA ROTULAGEM NUTRICIONAL FRONTAL: O DIREITO CONCORRENCIAL E O CONSUMIDOR COMO DESTINATÁRIO ECONÔMICO**

#### *13. COMPETITIVENESS AND EFFICIENCY THROUGH FRONTAL NUTRITIONAL LABELING: ANTITRUST LAW AND THE CONSUMER AS ECONOMIC RECIPIENT*

*Gabriela Wentz Vieira; Náina Ariana Souza Tumelero*

**Resumo:** Com a globalização novas formas de comercialização de alimentos emergiram, localizando a alimentação, objeto de direitos e significados subjetivos, como um produto nas relações de consumo e alavancando a importância da discussão do tema dentro do Direito Concorrencial. Deste modo, o artigo busca responder à questão: “Os selos de advertência para a rotulagem nutricional frontal de alimentos pode aumentar a competitividade e eficiência do mercado?”, para tanto, o artigo está subdividido em três partes, e como metodologia, utilizou-se o método indutivo, abordagem teórica e bibliográfica, com a apresentação de casos.

**Palavras-chave.** direito concorrencial. consumidor. rotulagem nutricional frontal. competitividade.

**Abstract:** With globalization, new forms of food commercialization have emerged, locating food, object of rights and subjective meanings, as a product in consumer relations and leveraging the importance of discussing the subject within Competition Law. Thus, the article seeks to answer the question: “Can the frontal nutritional labeling make the market more competitive and efficient?”. For this purpose, the article is subdivided into three parts, and as a methodology, the inductive method, a theoretical approach and bibliographic was used, with the presentation of cases.

**Keywords:** antitrust law. consumer. frontal nutritional labeling. competitiveness.

## 1. Introdução

Com o surgimento da modernidade e da globalização, inúmeras formas de produção e comercialização de alimentos foram emergindo. Mudou-se o formato de sociedade, mudaram as nossas aspirações pessoais, as estruturas familiares e uma série de outras questões. Se hoje com a pandemia do Covid-19 tanto se tem falado sobre o “novo normal”, é de se pontuar que o “normal” muda de acordo com os contextos e momentos históricos, entretanto, há algo nessa dinâmica toda que não se altera e que para todos é “normal”: todos nós precisamos comer.

E como seres humanos não comemos apenas para preencher as lacunas nutricionais do nosso corpo, mas sobretudo, para nos relacionarmos com outros seres humanos, como um ato social. A alimentação carrega inúmeros significados subjetivos, memórias e afetos, além de carregar o status de Direito, tanto humano como fundamental. É, por isso um tema juridicamente necessário, cuja efetivação perpassa uma série de esforços tanto em âmbito nacional quanto internacional.

É neste contexto sociológico e teórico que nós, autoras, entendemos ser necessário inserir mais um componente, para além da relação entre o ser humano e a alimentação, vinculados pela efetivação de um direito, a percepção e reconhecimento da importância do papel da eficiência do mercado e da necessária concorrência nessa seara, porquanto a alimentação quase que obrigatoriamente perpassa uma relação de consumo alimentar.

Evidente que, ao se inserir no mercado, os seres humanos nessa cadeia também ganham outro status, de consumidores, e esses esforços citados para a efetivação de tais direitos saem da seara estritamente pública e caminham em direção à seara privada, onde a regulamentação é necessária e a competitividade está diretamente relacionada à qualidade dos produtos. Neste contexto, este artigo tem como questão de pesquisa: “Os selos de advertência para a rotulagem nutricional frontal de alimentos pode aumentar a competitividade e eficiência do mercado?”.

Partindo dessa questão, por meio do método indutivo, abordagem teórica e bibliográfica, com a apresentação de casos, o presente artigo tem como objetivo geral “compreender de que forma os selos de advertência na rotulagem nutricional frontal podem melhorar a eficiência e competitividade do mercado”. Para tanto, encontra-se subdividido em três subtítulos. O primeiro deles tem por objetivo específico contextualizar a alimentação como ato decorrente de uma relação consumerista no

mercado, e localizar o consumidor como destinatário final da concorrência.

Na sequência, busca-se aprofundar a problemática, trazendo questões atuais e legais sobre o papel do direito concorrencial, sua atuação e relevância, além de questões de eficiência e competitividade nesse contexto. O debate deste tópico considerou divergência para diversos autores acerca da finalidade do Direito da Concorrência, mas destacou que o bem-estar do consumidor é papel fundamental nessa discussão. Esta análise permite compreender que a maximização do bem-estar, como objetivo da legislação antitruste brasileira, tem o condão de impedir abusos decorrentes de um eventual desequilíbrio do mercado, por exemplo, no caso da falta de informação nutricional de fácil interpretação destes consumidores, o que pode acarretar também a ausência de adequada competitividade no oferecimento de produtos alimentares. Para tanto, fez-se também uma relação com o Direito do Consumidor, disciplina que no lugar de tutelar o processo competitivo como um todo, atua diretamente na relação de consumo.

Por fim, na última parte do trabalho analisa-se a questão da rotulagem nutricional frontal, especificamente no formato de selos de advertência, como um instrumento para efetivar a livre escolha dos consumidores e a livre concorrência, aprimorando a eficiência do mercado de alimentos embalados e rotulados, e estabelecendo um paralelo com a rotulagem nutricional frontal Chilena, cujo caso é internacionalmente conhecido.

A nossa hipótese é que sob essa perspectiva, considerando que a proteção do direito da concorrência proporciona aos consumidores maior segurança de escolha, maior qualidade e melhores preços dos produtos e serviços oferecidos, a proposta de rotulagem nutricional frontal pode beneficiar a concorrência, garantindo o funcionamento eficiente do mercado, trazendo benefício aos consumidores, ao próprio mercado e à sociedade como um todo.

## **2. O alimento como produto da relação consumerista e a livre escolha do consumidor no mercado**

A transformação no sistema de valores das sociedades ocidentais alterou o status do “comer”. O que antes se tratava de apenas um dos objetivos da organização social passou a ser entendido como um direito (POULAIN, 2004, p. 25). É este reconhecimento da alimentação como direito que legitima o repensar da sua posição na sociedade atual, agora,

como produto dentro das relações de consumo. Nesta sociedade marcada por riscos econômicos e ambientais que se localiza não só o direito do consumidor, isoladamente, mas o direito concorrencial como necessários ao equilíbrio e manutenção da ordem econômica, com o escopo inclusive de regular o processo de produção e proteger o funcionamento eficiente dos mercados.

Na seara internacional, o direito à alimentação já estava em pauta desde 1948 quando da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que, preleciona, em seu art. 25, ser direito de todo ser humano um padrão de vida que lhe assegure, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. Ademais, em 1966, o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) tornou-se pauta específica do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que ratificou os direitos estabelecidos em 1948, conforme estabelece o art. 11:

*“Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento”*

Também a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de 1993, em seu art. 31, pede aos Estados para que não tomem medidas unilaterais que possam dificultar o acesso ao direito de todos a um nível de vida adequado à sua saúde e bem-estar, incluindo a alimentação e os cuidados médicos, a habitação e os necessários serviços sociais, além de afirmar “que a alimentação não deverá ser utilizada como um instrumento de pressão política”.

Na seara nacional, o Estado brasileiro se tornou responsável pela implementação e proteção dos direitos humanos oriundos tanto do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), como também do Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais e Culturais (1966). Assim, a alimentação se insere no art. 6º da Constituição de 1988, no rol dos direitos sociais, juntamente com a educação, saúde, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Desta forma fica o Estado obrigado a respeitar a capacidade de indivíduos, famílias e comunidades de produzir sua própria alimentação e/ou de obter a renda monetária

suficiente para adquirir alimentos adequados (VALENTE, 2002, p. 108).

Além da questão normativa, há de se compreender que desde a aceleração do tempo à modernidade líquida de Bauman a alimentação não é mais aquela conhecida pelas gerações passadas. Mesmo a geração dos nossos pais vivenciou uma relação completamente diferente com a comida. Aquele antigo imaginário da partilha, de receber um pãozinho recém feito da vizinha, de buscar ovos recém postos no galinheiro e colher verduras da horta tem ficado cada vez mais distante e praticamente obsoleto. Agora acaba sendo restrito a quem opta por isso, não mais compulsoriamente como eram as famílias produtoras em que os filhos já nasciam predestinados a seguirem, mas como uma escolha de *lifestyle*. Se perguntarmos para qualquer criança de onde vieram os ovos haveria toda a possibilidade que ela respondesse “do supermercado”, porque agora, aquilo que era óbvio e conhecido, deve ser ensinado.

É nesse contexto em que se cruzam a liberdade de escolha, o direito à alimentação, a saúde, o equilíbrio das relações econômicas, a proteção e bem-estar do consumidor e a livre concorrência.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2011), o consumo alimentar brasileiro é marcado pela dieta tradicional à base de arroz e feijão, combinada com alimentos de teor reduzido de nutrientes e de alto teor calórico, com elevado consumo de bebidas com adição de açúcar como sucos, refrigerantes e refrescos, especialmente por adolescentes. Ademais, conforme o Ministério da Saúde, o Brasil tem uma das populações que envelhecem mais rapidamente no mundo, e a carga de doenças crônicas no país tende a aumentar, o que exige um novo modelo de atenção à saúde para esses consumidores (BRASIL, 2011, p. 42).

Também a Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF), realizada pelo IBGE (2011) nos anos de 2008/2009, demonstra que o excesso de peso (sobrepeso e obesidade) atinge metade dos adultos brasileiros, dado que vem aumentando cerca de 1% ao ano, destes, a prevalência de obesidade no Brasil é de 12,5% entre os homens e 16,9% entre as mulheres. Nos últimos 20 anos, entre crianças na faixa etária de 5 a 9, a taxa de obesidade quadruplicou para os meninos (de 4,1% para 16,6%) e foi quase cinco vezes maior entre as meninas (de 2,4% para 11,8%) (IBGE, 2011m). Cabe destaque que, segundo o IBGE (2011), mesmo que o aumento da obesidade tenha sido um dado significativo em todas as macrorregiões brasileiras, ele foi três vezes mais rápido na população com menor renda.

O custo individual de uma doença crônica é consideravelmente alto, o que contribui para o empobrecimento das famílias, mesmo com a existência do Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 2011, p. 32). Os custos diretos dessas doenças representam impactos econômicos crescentes para o SUS, porquanto tratam-se das principais causas de internações hospitalares (BRASIL, 2011, p. 32). Outra relação notável é o impacto socioeconômico das DCNT (Doenças Crônicas Não Transmissíveis) no progresso das Metas de Desenvolvimento do Milênio que abrangem temas como saúde e determinantes sociais, como a educação e a pobreza. De acordo com a *World Health Organization* (WHO, 2011) tais metas têm sido afetadas na maioria dos países pelo crescimento da epidemia de DCNT e seus fatores de risco.

Ademais, estudos recentes têm associado a obesidade a outros fatores para além dos tradicionalmente conhecidos, como o balanço energético básico, mas à fatores como o econômico e o biológico (CORRÊA, 2018, s/p). No que concerne ao fator econômico, a autora esclarece que uma situação de insegurança os indivíduos tendem a basear sua alimentação em itens alimentares baratos, de paladar agradável e, em geral, com alta densidade energética.

Apesar de considerar a situação de desigualdade de acesso às necessidades mais básicas no Brasil, incluindo a alimentação, retirando a má distribuição e analisando apenas em termos quantitativos, não haveria falta de alimentos. Mesmo vivendo em uma economia de livre mercado, com acesso à alimentos de baixo custo e tendo o poder de fazer escolhas na alimentação. Entretanto, como afirma Nestlé (2002, p. 360) nossas escolhas não são feitas em um “vácuo”, deve-se levar em conta o contexto em que essas escolhas são tomadas, ou seja, um contexto de risco, tanto alimentar quanto econômico. De tal modo, é preciso buscar dentro dessa superabundância de alimentos e do poder de fazer escolha, o maior benefício aos consumidores, não apenas em relação aos preços dos produtos, mas igualmente no que tange às informações disponíveis e pertinentes a estes alimentos, muitas vezes desconhecidas ou de difícil interpretação.

Conforme afirma Guivant (2001, p. 18), nas últimas décadas os próprios riscos alimentares podem ser potenciais estimuladores de atitudes mais reflexivas entre os consumidores, especialmente em questões relacionadas à dieta, saúde e corpo, aumentando a demanda por segurança nos sistemas de controle do setor privado. Daí a importância da rotulagem adequada para o processo decisório do consumidor e da construção de

confiança no mercado, questão que perpassa a educação para o consumo, trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), já que a rotulagem adequada tem esse condão de “traduzir” os termos técnicos e científicos por trás dos produtos, porquanto, de acordo com Beck (2011, p. 72) a conscientização e o reconhecimento social dos riscos estão entrelaçados à desmistificação das ciências. A rotulagem tem ainda o poder de tornar mais evidente a competitividade do mercado, demonstrando ainda a busca de eficiências por parte dos agentes econômicos e a procura pelo bem-estar dos consumidores.

Aproximar com sucesso a linguagem científica da leiga também reduz aquilo que Pollan (2008, p. 65) coloca como uma “grande ansiedade” gerada em torno da simples experiência da alimentação, porque, na compra, há uma exigência intrínseca de que os consumidores saibam quais as últimas pesquisas científicas, que compreendam rótulos progressivamente mais longos e confusos com alegações nutricionais cada vez mais dúbias e, ainda, ao final, que possam aproveitar alimentos que foram modificados para além do objetivo tradicional de nutrir e ser gostoso, conseguindo evidenciar ainda aqueles que são efetivamente concorrentes.

Além disso, a competitividade do sistema capitalista implica na necessidade de apresentação de novos produtos constantemente – buscando-se, em tese, criar uma economia mais eficiente e inovadora, o que pode acarretar a redução do tempo necessário para realização de testes para a comprovação da segurança do alimento, por exemplo, acarretando instabilidade da segurança alimentar (VENCATO, 2015, p. 09). Por isso, nesta perspectiva pensamos o direito naquilo que Vaz (2015, p. 41) chama de papel regulativo, ou regulatório, ou seja, aquele que viabiliza a realização de políticas de intervenção, promovendo fins, valores e interesses sociais, enquanto possibilita ao sistema jurídico uma nova racionalidade político-burocrática, que ultrapassa os padrões das funções tradicionais do direito.

Em vista da valorização da liberdade de escolha, deve-se igualmente considerar que os próprios consumidores passaram a reclamar por uma informação mais clara e segura, conforme publicado pelo Jornal do Senado em 31 de outubro de 2017, quase 75% dos consumidores entrevistados não compreendem totalmente as informações das embalagens de alimentos. Conforme a matéria “a falta de clareza sobre o que é saudável, somada à publicidade feita pela indústria alimentícia, tem desencadeado um consumo excessivo de produtos ultraprocessados, como

biscoito, sorvete e macarrão instantâneo”, produtos que contém alta quantidade de sódio, açúcar e gorduras saturadas.

Também no relatório “A mesa dos brasileiros”, da FIESP, 84% dos entrevistados afirmaram que gostariam que os rótulos fossem mais fáceis de serem entendidos, 54% considera que “nem todas as informações são úteis”, 64% que as “informações são difíceis de entender” e 84% que a “letra é muito pequena” (FIESP, 2018, p. 83-86). É sob essa perspectiva, e considerando que a proteção do direito da concorrência proporciona aos consumidores maior segurança de escolha, maior qualidade e melhores preços dos produtos e serviços oferecidos, que a nossa hipótese é de que a rotulagem nutricional frontal beneficiaria a concorrência, garantiria o funcionamento eficiente dos mercados e conseqüentemente traria benefício aos consumidores, ao mercado e à sociedade como um todo.

### **3. Eficiência e competitividade do mercado, o direito concorrencial e o consumidor como seu destinatário econômico**

O direito concorrencial encontra a sua relevância justificada no fato de que a concorrência é um meio pelo qual se busca criar uma economia eficiente, por meio de políticas públicas e de um ordenamento jurídico eficaz, assim o direito antitruste pode ser compreendido como instrumento de implementação de políticas públicas, não um fim em si mesmo, e tais políticas públicas têm o intuito de proteger o funcionamento eficiente dos mercados, com os conseqüentes benefícios assim gerados aos consumidores, à economia e à sociedade como um todo.

Neste contexto, Forgioni (2015, p. 84) afirma que o direito concorrencial é entendido como “técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão do abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”.

Referindo-se à concorrência, conclui-se que esta é definida como toda ação de disputa saudável por espaço em um determinado mercado relevante, a qual é realizada por agentes competidores, buscando a preferência dos consumidores, conforme afirma Figueiredo:

*“Historicamente, dentro do modelo estatal liberal, a concorrência pressupunha, tão-somente, uma pluralidade de agentes atuando dentro de um mesmo mercado. Todavia, o exercício sem limites da liberdade da concorrência gerou concentração de mercados nas mãos dos agentes mais fortes e a conseqüente eliminação dos mais fracos, fato que levou o Estado a repensar seu papel diante da ordem econômica, atuando no*



*sentido de intervir na liberdade de mercado para garantir a coexistência harmônica dos diversos agentes que nele atuam, independentemente do poderio econômico que representam.”*  
(FIGUEIREDO, 2009 – p. 207)

Observando-se o exposto no texto constitucional<sup>1</sup>, constata-se que o princípio da livre concorrência encontra-se no pressuposto de que esta não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado, sendo dever do Estado zelar para que as organizações com este poder não abusem do mesmo de forma a prejudicar a livre concorrência.

Se observarmos o texto da Constituição de 1988, não restam dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, meio – não um fim, como já sinalizado alhures, é um instrumento para a obtenção de outro bem maior, qual seja, garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, beneficiando toda a sociedade. É possível observar que a disciplina da concorrência surgiu no Brasil em contexto de proteção da economia popular, de acordo com o Decreto-Lei 869 de 1938, e Decreto-Lei 7.666 de 1945, primeiros registros da matéria no nosso país, o que, na análise dos textos em referência, lhe atribui caráter instrumental, ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor. (FORGIONI, 2015, p. 186). Assim, observa-se que desde o início da discussão sobre a matéria o consumidor já possuía um papel de destaque, sendo considerado beneficiário das suas normas, mesmo que indiretamente.

Não obstante, percebe-se que o caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, como já sinalizado, que objetiva reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados e à eliminação da concorrência. Ordena ainda, que seja reprimido o aumento arbitrário dos lucros, nos termos do princípio da defesa do consumidor. (FORGIONI, 2015, p. 186).

---

1 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Sendo assim, embora exista debate sobre o assunto – como se destacará na sequência, é possível compreender que a defesa da concorrência não pode ser considerada como um fim em si mesmo, mas sim como um meio pelo qual busca-se criar uma economia mais eficiente, respeitando os ditames da justiça social, o que beneficia a sociedade como um todo e especialmente os consumidores, que podem obter produtos de melhor qualidade, com menores preços. Isto porque, se considerarmos uma pluralidade de produtos de qualidade ofertados com menores preços, teremos consumidores desfrutando de um nível máximo de bem estar econômico da sociedade, caracterizando uma economia eficiente.

Sabe-se que muito se discute atualmente sobre a busca, pelo direito antitruste, da eficiência e de preços inferiores para os consumidores. Visto, por muitos autores, sobretudo aqueles oriundos da Escola de Chicago<sup>2</sup>, como objetivo supremo da disciplina antitruste, seria essa a mais preciosa das manifestações da eficiência alocativa (FORGIONI, 2015, p. 161). De todo modo, é preciso registrar que não há consenso, especialmente quando buscamos analisar o assunto fora dos Estados Unidos. Sabe-se que na Europa, por exemplo, a Corte de Justiça já proferiu várias decisões asseverando que o direito concorrencial não tem como objetivo apenas proteger os interesses dos concorrentes e dos consumidores, mas tutelar a estrutura do mercado, e, conseqüentemente, a concorrência. Ou seja, qualquer benefício trazido ao consumidor ocorre de modo indireto, visto que o objetivo da norma concorrencial é deveras amplo.

Ana Frazão, na sua obra *Direito da Concorrência*, descreve como o direito concorrencial norte-americano buscava ser (i) “instrumento de conciliação de valores da economia clássica e aqueles do liberalismo político”, (ii) forma de “proteger os direitos naturais de liberdade econômica e de propriedade”, (iii) protetor do “processo competitivo e o livre comércio”, (iv) forma de promover “a prosperidade nacional em compatibilidade com a justiça, a harmonia social e a liberdade”. Ainda de acordo com a autora:

---

<sup>2</sup> A escola de Chicago, que teve seu auge a partir de 1980, trouxe para o direito concorrencial, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiaria os consumidores. (FORGIONI, p. 169-173).

*“essa abordagem mais ampla do Direito da Concorrência justificava-se igualmente pela constatação, de certa forma já antevista naquela época, de que mercados não são dados naturais ou espontâneos, mas sim construções sociais que decorrem de uma complexa somatória de interações entre seus participantes públicos e privados – cujos propósitos são normalmente de difícil e imprecisa identificação [...]”* (FRAZÃO, 2017, p. 132).

Já se observarmos as orientações da União Europeia, embora reconheça-se que o Direito Antitruste tenha como objetivo tutelar a estrutura do mercado, e, conseqüentemente, a concorrência, ao analisarmos o documento chamado proferido com o objetivo de estabelecer orientações relativas à aplicação do artigo 81, atual artigo 101 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia – título que trata sobre as regras comuns relativas à concorrência naquele território, podemos compreender que o citado artigo estabelece que as normas antitruste tem por objetivo proteger a concorrência no mercado, como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente alocação de recursos. Compreendendo a posição da UE, “A concorrência e a integração do mercado servem estes objetivos, na medida em que a criação e a preservação de um mercado único aberto promovem uma afetação de recursos eficiente em toda a Comunidade em benefício dos consumidores.”<sup>3</sup>

Há outro documento similar publicado pela Comissão que discute a aplicação do artigo 102 do Tratado, o qual reforça a relevância do bem-estar do consumidor e da alocação eficiente de recursos. Conforme destaca-se no documento em referência, “o objetivo da aplicação da lei por parte da Comissão [...] é assegurar que as empresas em posição dominante não prejudicam uma concorrência efetiva através do fechamento do mercado aos rivais de uma forma anticoncorrencial”, o que acarretaria “um impacto adverso no bem-estar dos consumidores, quer sob o efeito de preços mais elevados do os que de outra forma prevaleceriam, quer pela limitação da qualidade, ou ainda pela redução do leque de escolha para os consumidores”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Consulta à legislação da União Europeia. <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=EN) > Acesso em 05 de maio de 2020.

<sup>4</sup> Consulta à legislação da União Europeia. <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)>

Voltando para a realidade brasileira, para além da Constituição, se observarmos o artigo 1º da Lei de Defesa da Concorrência – 11.529 de 2011, evidenciaremos que o direito concorrencial brasileiro é orientado “[...] pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”<sup>5</sup>

Em pesquisa acerca do tema, foi possível identificar o Documento de Trabalho n. 1/2014 do Departamento de Estudos Econômicos - DEE do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE que assevera – não obstante o documento não exprimir, necessariamente, o ponto de vista da autoridade da concorrência brasileira, mas utilizando-se da sua competência legal de elaborar estudos e pareceres econômicos<sup>6</sup>, o qual trouxe argumentos para auxiliar os demais órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC na aplicação da política antitruste brasileira, afirmando que:

*“A política de defesa da concorrência é um instrumento para criar uma economia mais eficiente e inovadora, preservar o bem-estar econômico da sociedade e incentivar uma distribuição mais justa do produto social. Em uma economia concorrencial, os consumidores dispõem de variedade de produtos, menores preços, níveis de produção e emprego elevados e recursos utilizados de forma eficiente. O antitruste é uma política pública que tem como objetivo a prevenção e repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência, bem como inibir o exercício de poder de mercado por atores econômicos<sup>7</sup>.”*

Entretanto, não cabe aqui, tampouco é o objetivo do presente estudo, fazer um aporte histórico e teórico acerca desta discussão sobre a finalidade do direito concorrencial, seja no Brasil ou nas demais localidades. Além disso, é preciso ter em mente que cada território, considerando a sua realidade, pode ter um fim específico e necessário, tendo em vista a relação entre instrumentos e objetivos possíveis. Na mesma perspectiva, Juliana Domingues assevera que “é necessário pontuar

---

<sup>5</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm) Acesso em 05 de maio de 2020.

<sup>6</sup> artigo 17 da Lei n. 12.529/2011.

<sup>7</sup> <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-n-01-2014-indicadores-de-concorrenca.pdf>. Acesso em 16 de maio de 2020.

que nem tudo pode ser “encaixado” como uma questão concorrencial. A doutrina possui diversos autores que abordam os objetivos do controle antitruste. Nesse contexto, há uma clara divisão entre os argumentos numa perspectiva internacional.” (DOMINGUES, 2018, p. 44).

O que abordamos na presente análise é a relação existente entre o direito concorrencial e o consumidor como destinatário econômico deste direito, a fim de evidenciar que a adequada regulamentação da rotulagem nutricional frontal trará benefícios ao mercado – por meio de uma concorrência mais justa e eficiente, e aos consumidores.

Não obstante, se analisarmos alguns dos precedentes do CADE, a fim de considerar a realidade e possível finalidade da aplicação da lei de defesa da concorrência no cenário nacional, podemos considerar que o bem-estar do consumidor é tema relevante nas suas decisões, conforme exemplifica-se nos casos a seguir.

No Processo administrativo n. 08012.002673/2007-51, que discutiu a existência ou não de abuso do direito de propriedade intelectual no mercado de autopeças, envolvendo grandes players como a FORD, Volkswagen e FIAT e trouxe ao CADE questões interessantes acerca da interface entre o Direito Concorrencial e o Direito da Propriedade Intelectual, quando da elaboração do seu voto, o Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia destacou que

*“[...] o legislador operou verdadeiro trade-off entre esses valores tutelados, não cabendo ao intérprete subverter essa opção legislativa. A própria lei previu a abrangência desses institutos (propriedade intelectual versus concorrência) e calculou, ainda que implicitamente, o cômputo entre os ganhos e perdas da maximização de um valor e em detrimento do outro”.*

O Conselheiro destacou ainda o parecer do Professor Joshua D. Wright, juntado aos autos, o qual aduz que “A finalidade do direito da concorrência, assim como da legislação sobre patentes, é de maximizar o valor econômico gerado para consumidores. Assim, o direito antitruste deve de maneira similar equilibrar a concorrência estática e dinâmica”.

Em outro Processo Administrativo consultado, n. 08012.004276/2004-71, de relatoria da Conselheira Ana Frazão, instaurado pela Secretaria de Defesa de Direito Econômico, em desfavor do Conselho Federal de Medicina (CFM), da Associação Médica Brasileira (AMB), da Federação Médica Brasileira (FENAM) e da Confederação Médica Brasileira (CMB), para apurar suposta prática de infração anticoncorrencial, em razão da imposição da Classificação

Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM, a relatora destacou no seu voto que “[...] partindo do princípio de que o objetivo da política antitruste é o bem-estar do consumidor ou a garantia de preços baixos, não haveria justificativa para intervir nesse tipo de situação”. A conselheira destaca ainda que a análise do bem-estar do consumidor deve levar em consideração o aspecto da qualidade dos produtos ofertados.

Em análise ao Processo Administrativo n. 08700.004974/2015-71, que averiguou suposta influência de conduta comercial uniforme no mercado de serviços de corretagem de imóveis no Brasil, observa-se que na Nota Técnica n. 120/2017/CGAA6/SGA2/SG/CADE, o então Coordenador-Geral afirma que, considerando a consagração dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência na Constituição Feral de 88, “visa-se, com isso, a busca de eficiências por parte dos agentes econômicos e a procura pelo bem-estar dos consumidores”. No seu entendimento, a lei de defesa da concorrência brasileira “possui o condão de conferir estabilidade às relações entre os mais diversos agentes econômicos, compatibilizando os múltiplos bens jurídicos tutelados pelo texto constitucional de modo a evitar e/ou reprimir qualquer tipo de distorção que acarrete”.

No mesmo sentido ocorrem os votos proferidos nas análises dos atos de concentração que tramitam no CADE. No AC 08700.006185/2016-56 percebe-se que a relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt considerou na sua decisão a verificação de benefícios do ato em referência ao consumidor, ressaltando a relevância destes aspectos para a consecução da concorrência. Em outro AC, n. 08700.000436/2014-27, no voto proferido pelo órgão também ficou evidente que a “preservação do interesse público, a função social da empresa e a defesa da livre concorrência são valores que exigem que as partes colaborem com o Poder Público para endereçar arranjos que privilegiem benefícios líquidos ao consumidor”.

Ainda, em consulta efetuada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais – PNBE, que teve o intuito de buscar uma manifestação do CADE acerca da nocividade ou não à livre concorrência da prática conhecida como "guerra fiscal", realizada principalmente entre Estados e através de mecanismos fiscais e financeiro fiscais relacionados ao ICMS, o Conselheiro Marcelo Calliari asseverou no seu parecer que, tendo em vista a legislação brasileira de defesa da concorrência, no que se refere aos ditames que orientam a aplicação das disposições antitruste, reconhece-se a existência de diferentes e relacionados objetivos a serem perseguidos pela atuação do Estado na defesa da concorrência, tendo em

vista o posicionamento de diversos autores distintos. Não obstante, o Conselheiro assegura “nenhum deles, no entanto, nega que a busca da eficiência e do bem-estar do consumidor tenha lugar de destaque, se não absolutamente central, dentre os objetivos da política de concorrência no Brasil.”

Embora nenhum dos casos acima destacados tenham relação direta com o objeto do estudo da presente pesquisa – regulamentação da rotulagem nutricional frontal, a reflexão sobre os votos proferidos nesses casos demonstra que o bem-estar dos consumidores é pauta de discussão no CADE, e serve, obviamente, como critério na tomada das decisões deste órgão, evidenciando, assim, que, se considerarmos a competitividade do mercado positiva para os consumidores, e se considerarmos que o seu bem-estar é relevante para o Direito da Concorrência, poderíamos ter maior eficiência e preservação do interesse público por meio da regulamentação nutricional ora debatida.

Assim, observa-se que as autoridades de defesa da concorrência atuam justamente com o objetivo de prevenir a formação de estruturas de mercado – por meio dos atos de concentração que, a depender dos critérios previstos em lei, são obrigatoriamente analisados e previamente autorizados, e de punir comportamentos empresariais que possam prejudicar à concorrência – a repressão às condutas, sempre observando os seus objetivos, conforme acima destacado. Em outras palavras, a função do direito da concorrência é proteger o funcionamento eficiente dos mercados, com os consequentes benefícios assim gerados aos consumidores, à economia e à sociedade como um todo.

Considerando o exposto, percebe-se que a Constituição Federal de 88 inseriu a livre concorrência e a defesa do consumidor no rol de princípios da ordem econômica que visam assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. É evidente que a Constituição não busca um modelo apartado de livre iniciativa e livre mercado, pois os princípios elencados no seu art. 170 – e todas as regras que se desdobram a partir dele. Constituem parte de um sistema que persegue meio e um instrumento para a promoção da dignidade humana, considerando a busca de um propósito muito mais profundo do que apenas o livre mercado. Por isso, e tendo em vista o que abordado até aqui, faz-se a relação entre o direito concorrencial e a defesa do consumidor, com o intuito de demonstrar que, mesmo que estes diplomas protejam diretamente interesses supostamente diversos, a partir do momento que a livre concorrência e livre iniciativa são defendidas, tutela-se o consumidor.

O direito de defesa do consumidor, por sua vez, busca proteger a parte vulnerável numa relação jurídica de consumo estabelecida com um fornecedor de um produto ou serviço – como pode-se observar no caso em tela, já que a ausência de uma rotulagem nutricional frontal adequada prejudica os consumidores que deixam de ter as informações necessárias e claras para efetuar sua escolha, assim como prejudica o mercado, que tem gastos superiores e desnecessários com a saúde destes consumidores, por exemplo, e deixa de colocar no mercado produtos mais competitivos- de melhor qualidade e menor preço.

O direito do consumidor é composto por um conjunto de regras e princípios que disciplinam as relações de consumo, por isso é compreendido como um subsistema do direito. A definição de relação de consumo leva em consideração o aspecto qualitativo das partes envolvidas no negócio jurídico, porquanto, para o direito do consumidor, sempre que houver de um lado a figura de um consumidor e de outro a de um fornecedor de produtos ou serviços, haverá uma relação de consumo (FREITAS FILHO, 2013, p. 167).

No estudo sistemático dos direitos básicos dos consumidores, é mister compreender que o CDC “tem vida própria” (NUNES, 2005, p. 65), o que significa dizer que foi criado como um subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro. É, portanto, uma lei principiológica que, de forma horizontal, atinge toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional (NUNES, 2005, p. 66).

Os direitos básicos dos consumidores e os princípios das relações de consumo são tratados conjuntamente em diversas oportunidades no código, sendo os institutos estudados na sequência, ora aplicados e compreendidos como princípio, ora como direito dos vulneráveis da relação jurídica de consumo, não importando o termo para a sua efetivação. Na compreensão de Veloso (2010, p. 476), os direitos básicos do consumidor são também princípios a serem observados na aplicação das normas jurídicas de todo o sistema protetivo, assim sendo, “não é exagero dizer que o art. 6º, é a espinha dorsal de todos o CDC”.

Proteger o consumidor como direito e garantia fundamental significa o reequilíbrio na relação que este desenvolve com o agente produtivo, o fornecedor, o que somente se alcança com a garantia de uma informação plena e veraz (BARBOSA, 2008, p. 85).



Não se pode negar que os dois ramos do direito aqui abordados possuem uma proximidade fundamental. *A priori*, verifica-se que ambos são formas de proteção da ordem econômica, constitucionalmente garantida, conforme já destaquei no citado artigo 170 da Constituição. Além disso, o direito da concorrência tem como um de seus princípios básicos justamente a proteção do consumidor, conforme indicado no caput do art. 1º da atual legislação concorrencial, a Lei 12.529/2011 – igualmente destacado alhures. Finalmente, conforme visto, os consumidores são beneficiados pela manutenção de um processo competitivo entre fornecedores de produtos e serviços, o que ocorre não apenas no Brasil mas também em outros territórios onde as normas concorrenciais também são aplicadas. Insta frisar uma vez mais que a autoridade brasileira utiliza como argumento o benefício e bem-estar dos consumidores em vários dos seus precedentes.

Quando analisamos o caso em comento – a necessidade de uma adequada rotulagem nutricional frontal dos alimentos podemos compreender que o direito da concorrência busca proteger a competição existente entre os diferentes fabricantes, a fim de evitar condutas anticompetitivas ou fusões que possam prejudicar o processo competitivo. Em outras palavras, o intuito é manter os fabricantes de alimentos competindo entre si, com todos os benefícios daí advindos aos consumidores e a sociedade como um todo – por exemplo, na forma de menores preços e a comercialização de alimentos mais saudáveis, de melhor qualidade.

Por outro lado, ainda analisando o caso ora debatido, podemos compreender que o direito de defesa do consumidor age em relações individuais entre os fabricantes de alimentos e seus consumidores. O intuito é impedir abusos decorrentes de um eventual desequilíbrio que exista nessa relação, o que pode ocorrer, por exemplo, pela ausência de uma correta informação nutricional de fácil interpretação destes consumidores. No lugar de tutelar o processo competitivo como um todo, as normas consumeristas atuam diretamente na relação de consumo.

Assim, tem-se que a identificação da maximização do bem-estar do consumidor, enquanto objetivo da legislação antitruste brasileira, pode ser alcançada por meio de uma adequada regulamentação da rotulagem nutricional frontal.

#### **4. Rotulagem nutricional frontal: competitividade para o mercado e escolha livre aos consumidores**

A alimentação é um assunto relevante aos brasileiros. De 2010 a 2017 ocupou a 3ª posição entre os assuntos mais buscados no Google, perdendo uma posição apenas em 2017 para assuntos relacionados à finanças, puxados pelo interesse por *bitcoin* (FIESP, 2018, p. 31). Fica evidente que alimentos são itens de consumo que ocupam papel importantíssimo, não só na vida dos consumidores, como para todos os agentes da cadeia produtiva e de fornecimento.

A publicidade encontra-se regulada no CDC, e tem por base a informação precisa, derivada do princípio da transparência (BAGGIO, 2012, p. 128), o que, além de garantir os direitos dos consumidores também cumpre a função de proteger a confiança do consumidor no fornecedor, elo necessário no mercado de consumo.

Em se tratando da comercialização de alimentos, a rotulagem é tanto o meio pelo qual o consumidor se informa do produto antes e depois da compra, como a forma de o fornecedor conversar, diretamente com o seu consumidor, cumprindo com seu dever de informar. Neste sentido, o termo “publicidade” pode ser compreendido como tornar algo público, ou seja, publicizar, tirando do segredo, ou como técnica de obter a aceitação do público (MACHADO, 2006, p. 200). Enquanto “informar”, para Marques (2016, p. 875) é “comunicar, tornar ‘comum’ o que era sabido apenas por um, compartilhar o que se sabe de boa-fé”.

Os rótulos dos produtos repassam informações nutricionais aos consumidores de duas principais formas, tanto pelas declarações ou informações suplementares, como pela tabela nutricional (CODEX<sup>8</sup>, 2017). Segundo a OMS (WHO, 2004a) é recomendado aos governos que adotem ações destinadas a fornecer informações adequadas aos consumidores com o objetivo de auxiliá-los na realização de escolhas mais saudáveis. Tais ações devem considerar o nível educacional, as barreiras de comunicação, a cultura local e a necessidade de entendimento das informações por todos os segmentos da população.

---

<sup>8</sup> Programa conjunto da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) e da Organização Mundial da Saúde (OMS), criado em 1963, com o objetivo de estabelecer normas internacionais na área de alimentos, incluindo padrões, diretrizes e guias sobre Boas Práticas e de Avaliação de Segurança e Eficácia.

#### 4.1 O caso chileno

O caso da rotulagem chilena ganhou grande repercussão na mídia e foi o estopim para os debates de mudança de rotulagem em países como o Uruguai e o Brasil (ABRASCO, 2017). Segundo o Ministério da Saúde Chileno (Minsal), a Lei 20.606, sobre a composição nutricional dos alimentos e sua publicidade é uma política pública integral, desenvolvida como enfrentamento ao problema de sobrepeso e obesidade, que visa especialmente a proteção das crianças por meio de medidas que favorecem seu desenvolvimento em termos saudáveis (MINSAL, 2017, p. 3).

A normativa estabelece a implementação da rotulagem frontal de advertência obrigatória aos produtos que superem os limites estabelecidos pelo Ministério da Saúde do país, para açúcares, gorduras saturadas, sódio e calorias (art. 2º, Lei 20.606), além da proibição da venda de tais produtos em escolas, do incentivo à prática de atividades físicas (art. 4º, Lei 20.606) e de sua publicidade dirigida a menores de 14 anos (art. 7º, Lei 20.606). A normativa estabeleceu detalhadamente as características gráficas dos selos de advertência, que devem ter uma base octogonal contendo a mensagem, uma mensagem principal, a assinatura do Ministério da Saúde e a margem branca de recorte, além de não poder ser menor de 1,5 cm e obedecer a distância correta entre um e outro, conforme o modelo:



Diagrama de selo de advertência frontal chileno

Fonte: Decreto 13/2015

O que podemos aprender com esse caso vem por meio do informe público de avaliação da implementação, lançado em 2017 pelo Ministério da Saúde Chileno. A referida avaliação integrou a política para avaliar a implementação das medidas, os processos tecnológicos implementados pela indústria e a percepção e atitude dos consumidores acerca das disposições (MINSAL, 2017, p. 3). Neste período foram implementadas uma série de ações visando apresentar a normativa aos cidadãos, resolver as dúvidas da indústria e capacitar os encarregados dos processos de vigilância e fiscalização, além de outras atividades.

Para o primeiro deles, a gestão, foi formada uma equipe interna para planejar e compreender as necessidades de implementação da lei e do regulamento, que resultou em um conjunto de atividades com níveis distintos de ações para informar e desenvolver as capacidades necessárias nos cidadãos e nas empresas, para a implementação da lei (MINSAL, 2017, p. 5).

As ações tomadas pelo Minsal incluem um documento de caráter interno e não vinculante com diretrizes para a vigilância de composição nutricional dos alimentos e suas publicidades, detalhando os procedimentos a serem seguidos pelas equipes técnicas, além de um guia de apoio dirigido aos administradores de lanchonetes escolares, diretores de estabelecimentos educacionais e autoridades locais, informando acerca das condições sanitárias, da normativa que regula o uso dos selos frontais, a venda e a publicidade dos alimentos nestes estabelecimentos. Com a parceria entre o Ministério da Educação e da Saúde, o guia foi difundido a todos os 12.000 estabelecimentos educacionais.

Houve preocupação também com o esclarecimento, em nível internacional e nacional por meio da participação de diversos Ministros em exposições em reuniões, congressos acadêmicos, seminário e nas universidades. Especialmente no âmbito internacional, o Minsal (2017, p. 7) destaca a participação em reuniões organizadas pela OCDE, OMS, OPS, FAO, União de Nações Sul-Americanas (UNASUR) e *Codex*, bem como reuniões bilaterais com países como Peru, Uruguai, Brasil, Equador, Argentina, Colômbia, México, Canadá e Israel. Com as indústrias de alimentos chilenas se realizaram reuniões quinzenais, além de diversas conversas informativas em parceria com o Ministério da Economia.

Uma ação específica que merece destaque foi a realização de reuniões focalizadas nos entes privados, especialmente grandes empresas e associações para tratar da Lei de *Lobby*<sup>9</sup>,

totalizando 48 reuniões realizadas entre 2015 e 2016. Além da implementação de alianças e convênios com entidades governamentais como Conselho Nacional de Televisão e com o Serviço Nacional do Consumidor.

O ponto alto dessa política foi a reformulação de alimentos por parte da indústria, cuja porcentagem reportada de modificações em alimentos foi de aproximadamente 18%, destacando alguns grupos de alimentos com maior proporção de modificações, como os lácteos, que chegaram a ter a reformulação de até 65% (MINSAL, 2017, p. 22), apesar de a reformulação de certos alimentos ser mais complexa, em vista da tecnologia de produção disponível e da factibilidade tecnológica, que estabelecem barreiras que impossibilitam novas formulações, portanto um desafio, e limitação, da Lei (MINSAL, 2017, p. 23).

No que concerne à percepção e atitude dos consumidores, foi realizado um estudo pelo Instituto de Comunicação e Imagem da Universidade do Chile, com a aplicação de uma pesquisa com 1.067 homens e mulheres, maiores de 18 anos e de níveis socioeconômicos distintos, residentes em 34 comunidades (MINSAL, 2017, p. 23). De acordo com a pesquisa, a maioria dos entrevistados avaliou positivamente as medidas implementadas, e 43,8% dos entrevistados afirmaram que já estavam comparando os selos de advertência no momento da compra, e destes, 67,8% declararam a preferência por alimentos com menos selos. Em relação à obrigação do selo de advertência frontal com “alto em”, 92,4% dos entrevistados classificaram como bom ou muito bom, enquanto a proibição de venda de alimentos “altos em” em colégios, a porcentagem foi de 91,3%, e para a proibição de publicidade vinculada, 74,5% (MINSAL, 2017, p. 25).

#### *4.2 Rotulagem no Brasil e a proposta de selo frontal*

No Brasil, a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário e da comercialização é feito pela Anvisa (art. 6º, Lei

---

<sup>9</sup> Publicada em 08 de março de 2014, a lei 20.730 regula o Lobby e as gestões que representem interesses particulares frente ao Estado. Fornecendo à atividade pública ferramentas que tornem a atividade mais transparente. Fonte: <https://www.leylobby.gob.cl/>, acesso em 06. jun. 2020.

9.782/1999), que define rotulagem como “toda inscrição, legenda, imagem ou toda matéria descritiva ou gráfica, escrita, impressa, estampada, gravada, gravada em relevo ou litografada ou colada sobre a embalagem do alimento” (RDC nº 259/02). A rotulagem nutricional é compreendida como a declaração de valor energético e nutrientes ou de propriedades nutricionais (informação nutricional complementar), ou seja, qualquer descrição destinada a informar o consumidor sobre as propriedades nutricionais do alimento (RDC 360/03, item 2.1).

A obrigatoriedade da rotulagem nutricional tem como objetivo não apenas de atuar em benefício do consumidor, mas também para evitar obstáculos técnicos ao comércio, conforme o texto do Regulamento Técnico Sobre Rotulagem Nutricional de Alimentos Embalados, anexo à RDC 360/03. As informações obrigatórias são a quantidade do valor energético, carboidratos, proteínas, gorduras totais, gorduras saturadas, gorduras trans, fibra alimentar e sódio. Também, de forma optativa podem ser declaradas vitaminas, minerais e outros nutrientes estabelecidos na resolução, quando estiverem presentes em quantidade igual ou maior a 5% da Ingestão Diária Recomendada (IDR) por porção indicada no rótulo (3.2.2.).

A principal problemática da atual regulamentação é que ela não estabelece um formato ideal para a apresentação das informações, estabelecendo tão somente a localização e as características da informação prestada, diferentemente da regulamentação do Chile, por exemplo. Essa falta de critérios e padrões dificulta não apenas para os consumidores, que precisam procurar a informação apresentada diferentemente em cada produto das gôndolas, mas especialmente para a indústria, que, sem um padrão claro, acaba sempre tendo que pensar em alternativas individuais, sem garantia de que atenderão os critérios e de que não precisarão rever futuramente. Implicando, inclusive, em um esforço maior para pensar os rótulos de forma a não colidir com as informações nutricionais com as publicidades.

Em relação à percepção de saudabilidade e da intenção de compra dos brasileiros, Ricci, De Almeida e Brasil (2017, p. 11) realizaram uma pesquisa na área da administração, cuja principal conclusão foi de que “quanto mais informação, maior tende a ser a probabilidade de compra de um produto”. Os autores também apontam que a inclusão de um “sistema de informação” no painel frontal dos rótulos aumentaria a percepção de saudabilidade em relação a ele, independente de qual forma de apresentação é utilizada.

No Brasil os principais modelos em discussão são o semafórico e os selos de advertência frontal, todos contendo informações sobre energia, açúcar, gordura saturada e sódio. Neste sentido, a Anvisa (2018, p. 68) categoriza os modelos de rotulagem nutricional frontal como interpretativos, semi-interpretativos, não interpretativos e híbridos, conforme o quadro abaixo:

Interpretativos	Os modelos interpretativos combinam uma série de critérios para estabelecer uma indicação sobre a saudabilidade do alimento, fornecendo orientações gerais sobre o alimento, e não informações específicas sobre determinados nutrientes. Neste se encaixam os selos de advertência frontal, já implementados no Chile. São mais indicados por duas principais razões: 1) o consumidor pode ter acesso à informação sem retirar o produto da prateleira; e 2) a compreensão da informação é simples, basta contar o número de selos, não sendo necessário o conhecimento prévio e específico.
Semi-interpretativos	Já os modelos semi-interpretativos fornecem informações sobre um conjunto de nutrientes específicos, utilizando símbolos, descritores qualitativos ou cores para auxiliar na compreensão do nível de cada nutriente no alimento. O principal exemplo é o modelo semafórico. Neste modelo o consumidor precisará de mais conhecimento e mais tempo para o processo de tomada de decisão, além de não ter clareza sobre qual produto é melhor ou pior, já que todos terão características positivas e negativas explícitas.
Não interpretativo	Por sua vez, os não interpretativos apresentam apenas as informações sobre um conjunto de nutrientes específicos, sem qualquer tipo de auxílio na interpretação da informação, a exemplo do GDA ( <i>Guideline Daily Amounts</i> ) <sup>10</sup> . Neste modelo o consumidor é responsável total pela interpretação e

<sup>10</sup> Indica quantidade por porção e o percentual correspondente de valores diários recomendados (%VD) de açúcares, gorduras totais, gorduras saturadas, sódio e valor energético.

	compreensão da informação.
Híbridos	Por fim, os modelos híbridos podem combinar atributos de modelos não interpretativos com modelos interpretativos ou semi-interpretativos.

Para que o consumidor possa avaliar quais produtos são mais saudáveis e encorajá-lo nas escolhas alimentares, os modelos interpretativos são considerados mais eficientes que aqueles mais utilizados como o GDA e o semafórico (ARES et al., 2018, p. 216). O sistema semafórico classifica o conteúdo como baixo, médio ou alto índice, baseado nos códigos respectivos em cores, ou seja, verde, amarelo e vermelho, enquanto o selo de advertência frontal indica apenas os conteúdos que estão em excesso, indicados por um octógono preto isolado para cada nutriente (ARRÚA et al., 2017, p. 2309).

Em parceria com a UFPR, o IDEC apresentou uma proposta de selo de advertência frontal (ANVISA, 2018, p. 58) similar ao Chileno, mas com características mais adequadas ao público brasileiro:

Modelo de selo de rotulagem frontal sugerido pelo IDEC e UFPR



O modelo apresenta, na rotulagem frontal, alertas na forma de triângulos de cor preta, que informam sobre teores elevados de açúcar, sódio, gordura, gordura saturada, gordura trans e adoçante (edulcorante), com fundo branco. A proposta sugere também alterações na lista de ingredientes e na tabela de informação nutricional, além de destacar em amarelo os componentes em excesso na tabela nutricional localizada nos painéis secundários (laterais ou traseiros). É proposto também incluir frase de advertência em relação ao uso moderado de ingredientes culinários.



Cumpra salientar que os consumidores tendem a responder positivamente os questionamentos relativos ao entendimento da rotulagem, independente do modelo apresentado, portanto, não há evidências de que a preferência alegada seja um indicativo do maior potencial de o modelo ser compreendido e utilizado, porque os estudos experimentais indicam que o entendimento real da rotulagem nutricional geralmente é menor do que relatado (GRUNERT; WILLS, 2007).

Dos dois principais formatos de rotulagem nutricional frontal em discussão, os modelos semaforicos passam ao consumidor a sensação de que qualquer alimento pode ser tanto positivo quanto negativo para a saúde, podendo induzi-lo a erro a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades do produto, podendo enquadrar-se na possibilidade de informação enganosa (art. 37, § 1º, CDC). Já o selo de advertência frontal, ao focar aspectos específicos, em destaque em relação ao rótulo, resta mais adequado à implementação porque vai ao encontro com o preconizado pelo CDC (arts. 30 e 31) como informação suficientemente precisa, correta, clara, ostensiva, que deixa evidente os riscos que o produto pode apresentar à saúde e segurança dos consumidores, cumprindo com o objetivo maior da rotulagem nutricional.

Os autores (ARRÚA et al., 2017, p. 2314) constataram que o tempo necessário para que os participantes detectassem um rótulo com alto teor de sódio foi significativamente maior quando os rótulos apresentaram o sistema GDA em comparação com aqueles que apresentavam o sistema de semáforos e os avisos. Além disso, o modelo de advertência frontal também se mostrou mais apropriado quando comparado ao semáforo, tendo em vista que as advertências apareciam nos rótulos apenas quando o conteúdo do nutriente alvo era alto, enquanto o sistema de semáforos destacava alto, médio e baixo teor de nutrientes, o que demanda mais tempo do consumidor, além de condições de interpretar a informação.

Além disso, os avisos podem ser mais eficazes para ajudar os consumidores a identificar produtos não saudáveis com alto teor de energia, gordura, açúcar e sódio em um ambiente de supermercado que rótulos semidiretivos (ARRÚA et al., 2017, 2316), reduzindo o tempo de compra, e, por consequência, a fadiga decisória. Conforme explicitam Cumming, Dhar e Welch (2015, p. 138) as pessoas fazem escolhas diferentes logo após fazerem uma série de outras escolhas, ainda que não sejam escolhas relacionadas, somado a isso, os consumidores também tomam decisões bem diferentes sob pressão do tempo.

Com as atuais diretrizes de rotulagem, a procura pela informação leva mais tempo tendo em vista que cada marca utiliza de modelos, cores e locais diferentes para informar, além disso, a rotulagem frontal facilita o manuseio dos produtos antes da compra, já que as informações podem ser acessadas sem que o produto seja retirado da gôndola, facilitando a concorrência porque o que estará em foco é a qualidade do produto, e não somente a marca.

#### *4.4 Os selos de advertência, a liberdade de escolha e o direito concorrencial*

Foi realizado um estudo por Tórtora, Machín e Ares (2018), utilizando o método *eye-tracking* (rastreamento ocular) para compreender de que forma os consumidores acessam as informações nos rótulos de dois produtos com alto consumo no Uruguai: biscoitos salgados e doces. Para tanto, foram inseridos nas embalagens os modelos frontais GDA e o selo de advertência frontal no modelo chileno. Os resultados enfatizam o potencial das advertências nutricionais para desencorajar a escolha de produtos com conteúdo excessivo de nutrientes associados a doenças não transmissíveis, e, por outra via, aumentar a chance de os consumidores optarem por um produto com características nutricionais que vão mais de encontro com o que procuravam.

No Brasil, a marca continua sendo o principal fator de escolha na compra dos alimentos, mesmo com a crise econômica e a valorização do preço, e essa tendência deve se manter na próxima década. Além disso, os consumidores tendem a desconfiar da qualidade dos produtos quando são considerados “baratos demais” e, para evitar o “custo do erro”, dizem-se dispostos a pagar mais caro pelas marcas em que confiam (FIESP, 2018, p. 37). O valor atribuído à marca pode ser problemático, tendo em vista que “para os produtos que já conhecem, consideram que a leitura do rótulo é dispensável, e para os novos produtos, consideram que a marca é mais importante” (FIESP, 2018, p. 86), porque, regularmente, os ultraprocessados têm sua formulação modificada, então pode-se concluir que os consumidores não estão acompanhando tais mudanças por meio da rotulagem. Além disso, 52% dos entrevistados considera que os alimentos industrializados, de modo geral, melhoraram nos últimos 10 anos (FIESP, 2018, p. 54).

Neste sentido, estudos de Economia Comportamental afirmam que quanto mais incertos os clientes estiverem sobre a sua decisão, maior a

probabilidade de que eles fiquem com um produto *default* (SAMSON, 2015, p. 28). E este produto *default*, pelo menos no Brasil, seria a marca, o que dificulta ainda mais as chances de um player menor no mercado de ser escolhido, ainda que apresente um produto de melhor qualidade.

Embora os consumidores valorizem a saudabilidade e afirmem se esforçar para manter uma boa alimentação, enxergam obstáculos para conseguir cumprir suas próprias expectativas, especialmente, o preço e falta de tempo, além de mais da metade dos entrevistados afirmam que, entre sabor e saudabilidade, opta por sabor (FIESP, 2018, p. 61). Apenas ¼ dos entrevistados afirmam ler os rótulos com regularidade, e essa leitura costuma ser limitada à verificação da data de validade. A maioria dos entrevistados afirma considerar os rótulos pouco didáticos, para estes consumidores, os rótulos possuem informações que além de não serem úteis são difíceis de ser compreendidas e a fonte utilizada geralmente é muito pequena.

Vê-se que o sentimento de incerteza e insegurança causado pela falta de padronização da rotulagem nutricional é um dado social relevante, porquanto, mesmo que a Economia Comportamental enfoque nas limitações da nossa mente cognitiva, deve-se considerar, conforme expõe Winter (2015, p. 140) que muitos dos vieses que a maioria de nós acredita serem movidos por limitações e habilidades cognitivas são, na verdade, movidos por emoções. A ideia de um padrão de rotulagem mais claro, conseqüentemente, traria sentimentos de mais segurança por mais dos consumidores, no mercado. Diferentemente do que demonstra a pesquisa no momento atual.

Segundo o portal da Anvisa (2018), o papel da rotulagem nutricional é informar o consumidor sobre as principais características nutricionais dos alimentos, auxiliando na realização de escolhas alimentares mais adequadas e saudáveis. A regulamentação da rotulagem nutricional frontal igualmente beneficia outros grupos envolvidos, como o aumento da credibilidade dos fabricantes de alimentos frente aos consumidores, a reformulação de alimentos e o fomento à inovação e à concorrência, ampliando a oferta de alimentos com perfis nutricionais mais satisfatórios (ANVISA, 2018, p. 65), assim como observado na experiência chilena.

Neste sentido, contribui muito para o tema o estudo feito por Carreirão (2019, p. 80) sobre a Behavioral Law & Economics, que marca a compreensão do conceito de “racionalidade limitada” (*bounded rationality*). Conforme expõe o autor, um dos maiores expoentes dessa

escola é Richard Thaler que, em obra escrita em conjunto com Cass Sunstein, explica que o cérebro humano possui dois sistemas de pensamento: um intuitivo e automático e o outro reflexivo e racional. Enquanto o primeiro não é propriamente o que nos acostumamos a considerar como “pensar”, mas sim uma forma inconsciente e instintiva de o cérebro funcionar, o segundo é o sistema consciente que raciocina (CARREIRÃO, 2019, p. 80).

Neste sentido, apoiado também em Dalmarco (2018), Carreirão (2019, p. 97) defende o *nudge* como uma forma mais eficiente de regulação estatal, porque implica em uma indução para que as pessoas tomem melhores decisões, sem que sejam impostas restrições às suas liberdades, por exemplo, com regras padrão (*default rules*), que as pessoas poderiam dispor ao contrário ao invés de regras mandatórias (*mandatory rules*). Ao invés de uma intervenção mais incisiva, a ideia é criar incentivos sutis para corrigir falhas de mercado comportamentais, estratégia também conhecida como o “empurrãozinho”.

De acordo com as evidências científicas e a argumentação apresentadas, constata-se que a rotulagem no painel frontal por meio do *front of package labeling* (FOP) ajuda a melhorar a compreensão da informação por parte dos consumidores, evita barreiras no comércio e facilita a comercialização. Ressaltamos que este modelo de rotulagem não sugere mais informações, de modo a confundir os consumidores, pelo contrário, as mesmas informações que já são apresentadas, mas de forma mais clara e eficiente, com fácil identificação e leitura. Conforme observou-se, igualmente, no caso chileno, essa iniciativa pode, inclusive, incentivar a indústria para desenvolver produtos de melhor qualidade.

## 5. Conclusão

Partindo da questão “os selos de advertência para a rotulagem nutricional frontal de alimentos pode aumentar a competitividade e eficiência do mercado?”, e utilizando-se o método indutivo, abordagem teórica e bibliográfica, com a apresentação de casos, percebe-se que a vida em sociedade é marcada por riscos econômicos que se relacionam não só ao direito do consumidor, isoladamente, mas ao direito concorrencial como necessários ao equilíbrio e manutenção da ordem econômica, o qual possui como escopo inclusive de regular o processo de produção e proteger o funcionamento eficiente dos mercados.

Diante disso, observa-se a necessidade de buscar, por meio da superabundância de alimentos e do poder de fazer escolha, o maior

benefício aos consumidores, não apenas em relação aos preços dos produtos, mas igualmente no que toca às informações disponíveis e pertinentes a estes alimentos, muitas vezes desconhecidas ou de difícil interpretação. Assim, verifica-se que a proposta de rotulagem nutricional frontal beneficiaria a concorrência, garantiria o funcionamento eficiente dos mercados e conseqüentemente traria benefício aos consumidores, ao mercado e à sociedade como um todo.

A rotulagem nutricional é a informação detalhada sobre a composição dos alimentos embalados. Abrange a declaração de valor energético, nutrientes e propriedades nutricionais em geral, e já é obrigatória no Brasil. Todavia, o que carece de regulamentação é a rotulagem nutricional frontal, ou seja, o formato de apresentação da informação. A padronização implicaria em informações mais claras e acessíveis, porquanto os produtos poderiam ser comparados entre si, aprimorando a concorrência, reduzindo o tempo de compra para os consumidores e estreitando a relação de confiança nos produtos adquiridos e consumidos.

A Lei 12.529/2011, ao regulamentar o artigo 173, § 4º da CRFB/88, protege, como já mencionado, o interesse público que se projeta, também, na finalidade de assegurar o bem-estar do consumidor. Ressalte-se que tal bem-estar não se aparta das demais eficiências econômicas que podem advir de qualquer aplicação da referida Lei, mas o importante é que tais benefícios sejam efetivamente repartidos para o consumidor.

A Lei de defesa da concorrência (Lei 12.529/2011) e a lei de defesa do consumidor (Lei 8.080/1990) são normas de observância obrigatória, pois envolvem interesse público. Representam um limite ao exercício da livre iniciativa e à autonomia da vontade. O art. 1º, § único, da Lei 12.529/2011, dispõe que a titularidade dos bens jurídicos tutelados é da coletividade representada pelos consumidores. Poder-se-ia falar em harmonização entre a proteção do consumidor e a defesa da concorrência quando delimitada a maximização do bem-estar do consumidor.

Considerando a relação que existe entre as matérias, e tendo em vista ser o consumidor destinatário econômico do direito concorrencial é que se buscou discutir o ganho da competitividade e eficiência do mercado por meio da regulamentação da rotulagem nutricional frontal.

Diante de falta de uma adequada rotulagem nutricional frontal dos alimentos, que podem gerar um grau significativo de restrições à concorrência no mercado, é necessária uma criteriosa avaliação dos seus

efeitos, não só em relação aos consumidores, mas contrabalançando tais efeitos negativos com as eficiências econômicas geradas, sob a ótica dos princípios da livre concorrência. Aparentemente tem-se apenas ganhos para os consumidores, mas é preciso considerar que a regulamentação da rotulagem frontal nutricional de alimentos traria maior eficiência ao mercado, por meio da inovação, concorrência, e diminuição de gastos com a saúde pública, tendo em vista a maior liberdade de opções de escolha e informação.

A coletividade que se relaciona, de forma ampla, com as atividades econômicas, independentemente de qualquer relação de consumo ou outra relação jurídica estabelecida por seus integrantes com agentes econômicos. Os consumidores, portanto, não são a única categoria a ser beneficiada.

Sabe-se que nem sempre há coincidência entre os sujeitos que se beneficiam do desenvolvimento de uma atividade econômica, mas neste caso, entende-se que a identificação da maximização do bem-estar do consumidor e ampliação da concorrência, enquanto também objetivos da legislação antitruste brasileira, pode ser alcançada por meio de uma adequada regulamentação da rotulagem nutricional frontal.

Ademais, pode contribuir no processo de tomada de decisão de duas formas, a primeira relacionada ao caráter comparativo, porque os consumidores encontrarão sempre as mesmas informações, nos mesmos lugares, não mais tendo que procurar em cada embalagem por informações diferentes, o que auxilia na comparação dos produtos concorrentes. Além disso, com a padronização, a qualidade dos produtos pode ser um critério mais importante para os consumidores, no lugar de somente a marca, abrindo espaço para empresas menores e mais novas no mercado.

Por fim, é preciso considerar também a possibilidade dessa proposta de rotulagem otimizar a oferta de produtos – alocando diversos fatores produtivos, considerando a livre concorrência. Ou seja, essa regulamentação pode propiciar um mercado mais competitivo – com maior oferta de produtos e de melhor qualidade, alcançando a eficiência do mercado.

## **6. Referências**

ABRASCO. Associação Brasileira de Saúde Coletiva. Lei da rotulagem chilena ganha apoio internacional. 2017. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/outras-noticias/internacionais/lei-da->

rotulagem-chilena-ganha-apoio-internacional/25099/>. Acesso em: 22 nov. 2018.

ANVISA. Relatório Preliminar de Análise de Impacto Regulatório sobre Rotulagem Nutricional. Brasília, 2018. Publicado em Maio. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2977862/An%C3%A1lise+de+Impacto+Regulat%C3%B3rio+sobre+Rotulagem+Nutricional\\_vers%C3%A3o+final+3.pdf/2c094688-aeec-441d-a7f1-218336995337](http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2977862/An%C3%A1lise+de+Impacto+Regulat%C3%B3rio+sobre+Rotulagem+Nutricional_vers%C3%A3o+final+3.pdf/2c094688-aeec-441d-a7f1-218336995337)>. Acesso em: 08 nov. 2018.

ANVISA. Resolução - RDC nº 259, de 20 de setembro de 2002.

ANVISA. Resolução - RDC nº 360, de 23 de dezembro de 2003.

ANVISA. Processos regulatórios de alimentos: Rotulagem nutricional. Portal Anvisa. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/alimentos/processos-regulatorios>>. Acesso em: 23 out. 2018.

ARES, Gastón et al. Comparative performance of three interpretative front-of-pack nutrition labelling schemes: Insights for policy making. *Food Quality And Preference*, [s.l.], v. 68, p.215-225, set. 2018. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.foodqual.2018.03.007>.

ARRÚA, Alejandra; CURUTCHET, María Rosa; REY, Natalia; BARRETO, Patricia; GOLOVCHENKO, Nadya; SELLANES, Andrea; VELAZCO, Guillermo; WINOKUR, Medy; GIMÉNEZ Ana; ARES, Gastón. Impact of front-of-pack nutrition information and label design on children's choice of two snack foods: Comparison of warnings and the traffic-light system. <https://doi.org/10.1016/j.appet.2017.04.012>. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0195666316309254?via%3Dihub> . 2017.

ÁVILA, Flávia. BIANCHI, Ana Maria (org.). Guia de Economia Comportamental e Experimental. Trad. Laura Teixeira Motta - 1ª ed. - São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. ISBN 978-85-5629-000-7. Disponível em <http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf>. Acesso em: 10 de Agosto de 2020.

BAGGIO, Andreza Cristina. O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: direito e dever nas relações de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 37).

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: 34, 2011.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação de Saúde. Plano de ações estratégicas para o enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis (DCNT) no Brasil 2011-2022. Brasília: Ministério da Saúde; 2011. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano\\_acoes\\_enfrent\\_dcnt\\_2011.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_acoes_enfrent_dcnt_2011.pdf)> Acesso em: 05 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Publicações Institucionais. Documento de Trabalho n. 1/2014 do Departamento de Estudos Econômicos – DEE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-n-01-2014-indicadores-de-concorrenca.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

CARREIRÃO, Bruno de Oliveira. Liberdade Contratual e Constituição: A questão da eficácia dos direitos fundamentais nos contratos privados / Bruno de Oliveira Carreirão; orientador, Orlando Celso da Silva Neto, 2019. 230 p.

CORRÊA, Ana Maria Segall. Excesso de peso e obesidade como expressão de insegurança alimentar e nutricional no Brasil. In: Equipe OBHA, Observatório Brasileiro de Hábito Alimentares. Publicado em: 01 mar. 2018. Disponível em <<http://obha.fiocruz.br/index.php/2018/03/01/excesso-de-peso-e-obesidade-como-expressao-de-inseguranca-alimentar-e-nutricional-no-brasil/>> Acesso em: 01 mar. 2018.

CUMMINGS, Jon. DHAR, Ravi. WELCH, Ned. Consumo Irracional: Como Os Consumidores Realmente Tomam Decisões. Pg. 135-137. In ÁVILA, Flávia. BIANCHI, Ana Maria (org.). Guia de Economia Comportamental e Experimental. Trad. Laura Teixeira Motta - 1ª ed. - São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. ISBN 978-85-5629-000-7.



Disponível em <http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf>. Acesso em: 10 de Agosto de 2020.

DALMARCO, Arthur Rodrigues. O paternalismo libertário de Cass Sunstein: conceito, limitações e contribuições para a teoria do Direito, in: RAMOS, Renata; ROSA, Sandro Lucena (Orgs.), *Direito & Liberdade*. Goiânia: FASAM, 2018, p. 96.

DOMINGUES, Juliana de Oliveira. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. *Fake News: Um Desafio ao Antitruste?* Revista de Defesa da Concorrência. v. 6. n.2, p. 37-57, 2018.

FAO. Food and Agriculture Organization of the United Nations: About Codex Alimentarius. Disponível em: <<http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/about-codex/en/#c453333>>. Acesso em: 24 out. 2018.

FIESP. A mesa dos brasileiros: transformações, confirmações e contradições. 2018. Disponível em: <<http://hotsite.fiesp.com.br/amesadosbrasilieiros/amesadosbrasilieiros.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2018.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do direito antitruste*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

FREITAS FILHO, Roberto. Alimentos transgênicos, risco do consumidor e ética de responsabilidade. *Revista de Direito do Consumidor* São Paulo, v.22, n.89, p. 165-202, out./out. 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRUNERT; WILLS. A review of European research on consumer response to nutrition information on food labels. *Journal of Public Health*; 15: 385-399, 2007 in ANVISA. Relatório Preliminar de Análise de Impacto Regulatório sobre Rotulagem Nutricional. Brasília, 2018. Publicado em Maio. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2977862/An%C3%A1lise+de+Impacto+Regulat%C3%B3rio+sobre+Rotulagem+Nutricional\\_vers%C3%A3o+final+3.pdf/2c094688-aeec-441d-a7f1-218336995337](http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2977862/An%C3%A1lise+de+Impacto+Regulat%C3%B3rio+sobre+Rotulagem+Nutricional_vers%C3%A3o+final+3.pdf/2c094688-aeec-441d-a7f1-218336995337)>. Acesso em: 08 nov. 2018.

GUIVANT, Julia S. Global food risks: environmental and health concerns in Brazil. in Daniel J. Hogan and Maurício T. Tolmasquim (eds.), *Human Dimensions of Global Environmental Change. Brazilian Perspectives*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Ciências, 2001.

HOVENKAMP, Herbert. Distributive justice and the antitrust laws, in: *George Washington Law Review*, vol. 51, nº 01, 1982.

IBGE. Instituto brasileiro de geografia e estatística. Pesquisa de orçamentos familiares (POF) 2008-2009: análise do consumo alimentar pessoal no Brasil / IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. - Rio de Janeiro: IBGE, 2011. 150 p. <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv50063.pdf>> Acesso em 8 fev. 2018.

LEY NÚM. 20.606. Sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad. ministerio de salud; subsecretaría de salud pública. Publicada em 06 jun, 2012. Disponível em: <https://www.leychile.cl/N?i=1041570&f=2015-11-13&p=>. Acesso em 25 nov. 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MINSAL. Ministerio de la Salud. Informe de evaluación de la implementación de la ley sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad. Chile: 2017. 77 p. Disponível em: <<https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2017/05/Informe-evaluaci%C3%B3n-implementaci%C3%B3n-Ley-20606-Enero-2017.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

NESTLE, Marion. *Food Politics: how the food industry influences nutrition and health*. Berkeley/ Los Angeles: University of California Press. 2002.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 6ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

POLLAN, Michael. *Em defesa da comida*. Trad. Adalgisa Campos da Silva. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2008.

POULAIN, Jean-Pierre. Sociologias da alimentação: os comedores e o espaço social alimentar. Trad. Rossana Pacheco da Costa Proença, Carmen Sílvia Rial, Jaimir Conte. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2004.

RICCI, Bianca Maraninchi; DE ALMEIDA, Stefania Ordovas; BRASIL, VINÍCIUS SITTONI. Rótulos no varejo de auto-serviço: a forma de apresentação da informação nutricional na embalagem pode aumentar a percepção de saudabilidade e a intenção de compra? In: CLAV 2017. 2017. Acesso em 04/01/2018 < <http://bit.ly/2CHbVPk> >

SAMSON, Alain. Parte I- Introdução à economia comportamental e experimental. Pg. 25-59. In ÁVILA, Flávia. BIANCHI, Ana Maria (org.). Guia de Economia Comportamental e Experimental. Trad. Laura Teixeira Motta - 1ª ed. - São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. ISBN 978-85-5629-000-7. Disponível em <http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf> . Acesso em: 10 de Agosto de 2020.

TÓRTORA, Giuliana; MACHÍN, Leandro; ARES, Gastón. Influence of nutritional warnings and other label features on consumers' choice: Results from an eye-tracking study. Food Research International, [s.l.], p.1-7, out. 2018. Elsevier BV. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.foodres.2018.10.038>>. Acesso em: 10, ago. 2020.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness. New Haven: Yale University Press, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. Consulta à legislação. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>. Acesso em 01 jun. 2020.

VAZ, Caroline. Direito do consumidor à segurança alimentar e responsabilidade civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

VAZ, Isabela. Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade. In Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo. V. 4. N. 6. São Paulo, 1997.

VENCATO, Bruna Heuser. Direito do consumidor e segurança alimentar. 2015. 68 f. TCC (Especialização) - Curso de Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul- Ufrgs, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/143330/000993268.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

WHO. Database. Disponível em < <http://apps.who.int/healthinfo/statistics/mortality/whodpms/> > Acesso em: 10 abr. 2018.

WHO. World Health Organization. Global status report on noncommunicable diseases 2010. Geneva: World Health Organization; 2011. Disponível em < [http://www.who.int/nmh/publications/ncd\\_report\\_full\\_en.pdf](http://www.who.int/nmh/publications/ncd_report_full_en.pdf) > Acesso: em 04 mar. 2018.

WHO. World Health Organization. WHO Global action plan for the prevention and control of noncommunicable disease 2013-2020. Geneva: World Health Organization; 2013, Disponível em < [http://www.who.int/nmh/events/ncd\\_action\\_plan/en/](http://www.who.int/nmh/events/ncd_action_plan/en/) > Acesso em: 04 mar. 2018.

WINTER, Eyal. Porque a economia comportamental deve investigar mais as emoções e menos os vieses cognitivos. Pg. 138-140 *In* ÁVILA, Flávia. BIANCHI, Ana Maria (org.). Guia de Economia Comportamental e Experimental. Trad. Laura Teixeira Motta - 1ª ed. - São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. ISBN 978-85-5629-000-7. Disponível em <http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf>. Acesso em: 10 de Agosto de 2020.