

**PATRÍCIA SERSON DELUCA**

**METODOLOGIAS DE ANÁLISE DE CONDUTAS  
ANTICOMPETITIVAS APLICÁVEIS NO CONTEXTO  
BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Vinicius Marques de Carvalho

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo**

**2023**

**PATRÍCIA SERSON DELUCA**

**Metodologias de Análise de Condutas Anticompetitivas Aplicáveis no  
Contexto Brasileiro**

Dissertação de Mestrado apresentado à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), na área de concentração de Direito Comercial, sob orientação do Professor Associado Vinicius Marques de Carvalho.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo  
2023**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Deluca, Patrícia Serson

Metodologias de Análise de Condutas  
Anticompetitivas Aplicáveis no Contexto Brasileiro ;  
Patrícia Serson Deluca ; orientador Vinicius Marques  
de Carvalho -- São Paulo, 2023.

171 pp

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em  
Direito Comercial) - Faculdade de Direito,  
Universidade de São Paulo, 2023.

1. Brasil. 2. Direito Concorrencial. 3.  
Metodologias de análise. 4. Condutas  
anticompetitivas. 5. CADE. I. Carvalho, Vinicius  
Marques de, orient. II. Título.

---

Nome: DELUCA, Patrícia Serson.

Título: Metodologias de Análise de Condutas Anticompetitivas Aplicáveis no Contexto Brasileiro

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), na área de concentração de Direito Comercial, sob orientação do Professor Associado Vinicius Marques de Carvalho.

Aprovada em: \_\_\_\_\_

Banca Examinadora

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Lucas, pelo amor, companheirismo e paciência. Que sorte a minha poder construir a vida ao seu lado.

Ao meu pai (e revisor nas horas vagas), José Roberto, minha mãe, Judite, e minha irmã, Renata, por nunca deixarem de acreditar no meu potencial e por terem despertado em mim, desde pequena, a paixão pelos estudos.

Ao professor Vinicius Marques de Carvalho, exemplo de docente e profissional, por toda a vasta contribuição à defesa da concorrência, à Faculdade e ao Brasil. Agradeço pela experiência e conhecimento compartilhados e pela oportunidade de ser sua aluna e orientanda.

Aos professores Bárbara Rosenberg e Carlos Ragazzo, pelas inestimáveis considerações feitas na ocasião da banca de qualificação, essenciais para que o rumo deste trabalho fosse apurado.

Às queridas Ludmila e Anna, brilhantes acadêmicas e grandes amigas, pela disponibilidade e generosidade em dividir reflexões sobre o tema, e também pelo incentivo e ajuda, sem os quais o resultado final certamente teria sido outro.

A todos os talentosos colegas de advocacia dedicada ao Direito Concorrencial que cruzaram meu caminho e que, com ricos debates, contribuíram, um a um, para a minha formação.

Aos velhos e novos amigos que estão sempre ao meu lado, com quem pude dividir tantos momentos felizes, e que tornaram ainda mais especial minha trajetória até o título de Mestre. Em especial, agradeço à Luiza e à Gabriela que, sem saberem, foram fundamentais para o meu bem-estar nesta jornada.

Obrigada a todos, de coração.

São Paulo, janeiro de 2023.

*“Escrevo para ver se aprendo. Para poder conversar com você, mesmo que um dia eu não esteja mais. Escrevo para desalento dos puristas. Para desânimo dos gramáticos, eu escrevo. Para expulsar os demônios e para que os cegos sintam alguma vantagem. Para os insones. Contra os insetos. Porque o professor mandou e eu me acostumei. Pela eternidade de um dia. Agradar a gregos e desagradar a troianos, ou vice-versa.”*

*Cássio Zanatta, Escrevo porque.*

## RESUMO

DELUCA, Patrícia Serson. *Metodologias de Análise de Condutas Anticompetitivas Aplicáveis no Contexto Brasileiro*. 170 pp. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

O presente estudo objetiva trazer maior clareza para a adoção de metodologias de análise em investigações de condutas supostamente anticompetitivas no contexto brasileiro, que assegurem, simultaneamente, eficiência administrativa e segurança jurídica. Parte-se das visões dicotômicas utilizadas nos Estados Unidos – *per se vs.* regra da razão – e na União Europeia – restrição por objeto *vs.* restrição por efeitos –, destacando os fundamentos atribuídos a cada um dos sistemas jurídicos a que fazem parte, bem como as posições intermediárias que apontam para uma flexibilização desses pares, ainda nas jurisdições estrangeiras. Analisa-se também o arcabouço legal e institucional pátrios, visando à construção de um sentido que esteja alinhado aos objetivos da defesa da concorrência no Brasil e que possua respaldo na legislação concorrencial brasileira. A pesquisa aprofunda no exame sobre como esses conceitos foram importados, voltando-se para a atividade judicante realizada pelo CADE, tendo por hipótese que há uma confusão terminológica e conceitual, sendo dúbios os critérios utilizados para a definição da metodologia a ser adotada e gerando, conseqüentemente, resultados práticos divergentes. São estudadas especificamente práticas que se encontram em uma “zona cinzenta” (cartéis de exportação e de compras, trocas de informações sensíveis, tabelamento de preços e negociação coletiva e fixação de preços de revenda), sobre as quais pairam dúvidas sobre o método aplicável. Como proposta inicial para a construção de uma solução que melhor represente um *enforcement* antitruste no Brasil, conclui-se ser possível adotar um regime de presunções para as condutas em relação às quais existe um histórico de decisões pelo CADE e experiência prévia relevante, desde que de forma transparente, coerente e consistente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Concorrencial, CADE, metodologias de análise, *per se*, regra da razão, ilícito pelo objeto, ilícito por efeitos, presunções

## **ABSTRACT**

DELUCA, Patrícia Serson. *Methodologies for the Analysis of Anticompetitive Conducts Applicable to Brazilian Context*. 170 pp. Dissertation (Master) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

The present study aims at bringing more clarity to the adoption of methodologies of analysis in investigations of conducts supposedly anticompetitive within Brazilian context, that guarantee, at the same time, administrative efficiency, and legal certainty. It starts assessing the dichotomic perspective used in the United States – *per se* vs. rule of reason – and in European Union – restriction by object vs. restriction by effect –, outlining the foundations attributed to each of the legal system that they integrate, as well as the intermediate positions that points out to a flexibility in applying the referred pairs, still looking at the foreign jurisdictions. It is also analyzed Brazilian legal and institutional framework, in search of a meaning that should be aligned with competition defense in Brazil and also supported by Brazilian antitrust law. The research deepens in the examination of how those concepts were imported, turning to CADE's judicial activity. As a hypothesis, it is suggested that there is a terminological and conceptual confusion, being uncertain the criteria used to define the method that should be applied and creating, consequently, dissonant practical outcomes. Specifically, the conducts that are inside a grey area (buying and export cartels, exchange of sensitive information, price table, joint negotiation and resale price maintenance), which generate doubts of what method is applicable, are studied. As an initial proposal for building a solution that better represents antitrust enforcement in Brazil, it concludes that it is possible to adopt an approach based on presumptions only for those practices that has a relevant prior experience, with a historical of decisions issued by CADE, provided that it is done in a transparent, coherent, and consistent manner.

**KEYWORDS:** Competition Law, CADE, methodologies of analysis, *per se*, rule of reason, illicit by object, illicit by effects, presumptions



## SUMÁRIO

<b>LISTA DE QUADROS .....</b>	<b>11</b>
<b>LISTA DE SIGLAS.....</b>	<b>12</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO 1: AS METODOLOGIAS DE ANÁLISE DE CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS EM PERSPECTIVA: AS PRINCIPAIS INFLUÊNCIAS ESTRANGEIRAS.....</b>	<b>17</b>
1.1. O MODELO ESTADUNIDENSE .....	17
(I) <i>REGRA PER SE E REGRA DA RAZÃO: CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL.....</i>	21
(I.1) <i>REGRA PER SE .....</i>	23
(I.2) <i>REGRA DA RAZÃO.....</i>	25
(II) <i>QUICK LOOK OU REGRA DA RAZÃO ABREVIADA OU TRUNCADA.....</i>	27
(III) <i>CONTINUUM OU ESCALA MÓVEL .....</i>	30
(IV) <i>REGRA DA RAZÃO ESTRUTURADA .....</i>	33
(V) <i>ZONAS DE SEGURANÇA.....</i>	34
(VI) <i>DEBATES RECENTES DIGNOS DE NOTA.....</i>	36
1.1.1. SÍNTESE DAS METODOLOGIAS DESENVOLVIDAS NOS ESTADOS UNIDOS .....	39
1.2. O MODELO EUROPEU.....	40
(I) <i>RESTRICÇÕES PELO OBJETO.....</i>	44
(II) <i>RESTRICÇÕES POR EFEITOS.....</i>	48
(III) <i>BLOCK EXEMPTIONS E SAFE HARBORS.....</i>	51
(IV) <i>RESTRICÇÕES POR OBJETO E ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS: APLICAÇÃO AO ART. 102... </i>	53
1.2.1. SÍNTESE DAS METODOLOGIAS DESENVOLVIDAS NA UNIÃO EUROPEIA.....	56
1.3. UMA PRIMEIRA CONCLUSÃO: É POSSÍVEL CONCILIAR AS PERSPECTIVAS ESTADUNIDENSE E EUROPEIA? .....	58
<b>CAPÍTULO 2: PANORAMA GERAL NO BRASIL: POSSIBILIDADE E CONVENIÊNCIA DE IMPORTAÇÃO DOS PARES DICOTÔMICOS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL .....</b>	<b>62</b>
2.1. A ESTRUTURA NORMATIVA DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	63
2.1.1. ELEMENTOS ESTRUTURANTES: TIPICIDADE ABERTA, POTENCIALIDADE LESIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA .....	67
2.1.2. POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES DA LEI BRASILEIRA SOBRE AS METODOLOGIAS DE ANÁLISE .....	70
(I) <i>(IN)APLICABILIDADE DA REGRA PER SE.....</i>	70
(II) <i>DUALIDADE.....</i>	72
(III) <i>ÔNUS DA PROVA.....</i>	75

2.2.	O PAPEL DA RESOLUÇÃO Nº 20/1999.....	79
2.3.	AGENDA INSTITUCIONAL DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL.....	81
2.4.	UMA SEGUNDA CONCLUSÃO: É POSSÍVEL CONCILIAR AS PERSPECTIVAS ESTRANGEIRAS AO ARCABOUÇO BRASILEIRO?.....	85
CAPÍTULO 3: A INCORPORAÇÃO DOS PARES DICOTÔMICOS À PRÁTICA JUDICANTE DO CADE.....		89
3.1.	PRIMEIROS PENSAMENTOS: OS VOTOS DO CONSELHEIRO LUIS FERNANDO SCHUARTZ.....	90
3.2.	PRIMEIRA HIPÓTESE: CONFUSÃO TERMINOLÓGICA.....	94
3.3.	SEGUNDA HIPÓTESE: CONFUSÃO CONCEITUAL.....	99
3.4.	TERCEIRA HIPÓTESE: FALTA DE CLAREZA NOS CRITÉRIOS UTILIZADOS.....	102
3.5.	QUARTA HIPÓTESE: INCONSISTÊNCIA NOS RESULTADOS PRÁTICOS.....	108
3.5.1.	CARTEL DIFUSO, CARTEL DE COMPRA E CARTEL DE EXPORTAÇÃO.....	109
3.5.2.	TROCA DE INFORMAÇÕES SENSÍVEIS.....	120
3.5.3.	NEGOCIAÇÃO COLETIVA.....	125
3.5.4.	TABELAMENTO DE PREÇOS.....	130
3.5.5.	FIXAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA.....	134
(I)	CASO SKF.....	135
(II)	CASOS POSTERIORES.....	143
3.6.	UMA TERCEIRA CONCLUSÃO: É POSSÍVEL EXTRAIR DOS CASOS ANALISADOS UM SIGNIFICADO PROPRIAMENTE BRASILEIRO PARA AS METODOLOGIAS APLICADAS NA INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS PELO CADE?.....	148
CONCLUSÃO.....		153
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		159

## **LISTA DE QUADROS**

**QUADRO 1** – Etapas da regra da razão completa nos Estados Unidos

**QUADRO 2** – Etapas da regra da razão truncada nos Estados Unidos

**QUADRO 3** – “*Continuum*” da Regra da Razão, conforme WALLER (2009)

**QUADRO 4** – Escala de aplicação das metodologias estadunidenses

**QUADRO 5** – Etapas da metodologia por efeitos na Europa (aplicável ao Art. 101 TFEU)

**QUADRO 6** – Tentativa de escala de aplicação das metodologias estadunidenses e europeias no mesmo sistema jurídico

**QUADRO 7** – Metodologia proposta pelo Conselheiro Verissimo no Caso SKF

**QUADRO 8** – Análise dos votos no Processo Administrativo nº 08012.011042/2005-61

**QUADRO 9** – Análise dos votos no Processo Administrativo nº 08012.004736/2005-42

**QUADRO 10** – Possíveis metodologias a serem utilizadas na investigação de condutas da zona cinzenta

## **LISTA DE SIGLAS**

**ANSAC** – American Natural Soda Ash Corp

**CADE** – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

**CEE** – Comunidade Econômica Europeia

**DG COMP** – Diretório Geral de Concorrência

**DOJ** – Department of Justice – Antitrust Division

**EUA** – Estados Unidos da América

**FPR** – Fixação de Preço de Revenda

**FTC** – Federal Trade Commission

**HBER(s)** – Isenções em bloco horizontais (Horizontal Block Exemptions)

**ICN** – International Competition Network

**LDC** – Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11)

**MPF** – Ministério Público Federal

**OCDE** – Organização da Cooperação para o Desenvolvimento Econômico

**PROCADE** – Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE

**SBCT** – Sociedade Brasileira de Cirurgia Torácica

**SBDC** – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

**SDE** – Secretaria de Direito Econômico

**SEPRAC** – Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência

**SG** – Superintendência Geral

**TCC** – Termos de Compromisso de Cessação

**TCE** – Tratado da Comunidade Europeia

**TFEU** – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

**UNIDAS** – União Nacional das Instituições de Autogestão de Saúde

**VBER** – Isenções em bloco verticais (Vertical Block Exemptions)

## INTRODUÇÃO

A análise de casos antitruste é naturalmente complexa, uma vez que envolve não só a incidência de normas jurídicas, de natureza interpretativa, como também a definição de uma série de fenômenos econômicos<sup>1</sup>, intrinsecamente ambíguos. Não à toa, a identificação de condutas que, por seu caráter anticompetitivo, demandam atuação repressiva do Estado é atividade que deve ser revestida de técnica apurada, sob pena de que os efeitos resultantes da análise concorrencial, e as decisões delas decorrentes tomadas pela autoridade, sejam, eles próprios, perversos ao ambiente competitivo.

Não obstante, ao longo dos anos, diferentes abordagens foram sendo construídas pela doutrina e jurisprudência, em especial estrangeiras, acerca da forma ideal pela qual tal análise deveria se guiar. Nas duas jurisdições mais maduras no que diz respeito ao Direito Concorrencial, Estados Unidos e Europa, essas formas se expressaram, inicialmente, em pares dicotômicos: *per se* vs. regra da razão e ilícito pelo objeto vs. ilícito por efeitos, respectivamente<sup>2</sup>. Em outras palavras, em ambas, convencionou-se traçar, na origem, caminhos analíticos diferentes, a depender da prática potencialmente infrativa que se estava a investigar. Daí já decorrem ao menos quatro possíveis metodologias de análise de ilícitos concorrenciais.

Para além da discussão quanto a essas duas dicotomias, surgem também novas questões relacionadas à relativização ou flexibilização desses conceitos. O que se alega é que os pares *per se*/regra da razão e ilícito pelo objeto/efeitos não seriam conceitos contrapostos em si, mas extremos de uma escala de presunções que podem ser atribuídas a diferentes categorias de infrações concorrenciais. Ao abrir-se, portanto, a essas visões, estabelecem-se ainda mais opções de formas de análise a serem seguidas quando da apuração de dada conduta enquanto infração antitruste, em vista dos diferentes graus de presunção de licitude ou ilicitude que podem (ou devem) ser utilizados no julgamento desses casos.

Argumenta-se, assim, que não basta que o aplicador do Direito Concorrencial conheça cada um desses – a princípio, possíveis – caminhos, mas que atue buscando conciliar o que

---

<sup>1</sup> Ver: BARROSO, Luís Roberto. A atribuição de voto duplo a membro de órgão julgante colegiado e o devido processo legal. *Revista do IBRAC – Doutrina, Jurisprudência, Legislação*, vol. 16, n. 1, 2009, pp. 45-74.

<sup>2</sup> Para fins didáticos, ao longo deste trabalho, os conceitos de *per se*/regra da razão e por objeto/por ilícitos serão tratados como pares dicotômicos – embora não se descarte a existência de critérios intermediários de análise antitruste. Portanto, ao se referir ao “primeiro par dicotômico”, se estará a mencionar a distinção feita pela prática estadunidense entre proibição por si e razoabilidade; já o “segundo par dicotômico” tratará da separação encontrada na legislação e jurisprudência europeias. Nesse mesmo intuito, adotar-se-á também a figura de binômio.

prevê a legislação local, a agenda institucional em prol de eficiência administrativa e, ainda, previsibilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Isso porque, em primeiro lugar, ao se adotar um *standard* analítico *per se* (ou mais próximo de uma vedação total, com presunções absolutas), assegura-se uma economia processual. Essa redução de custos é consequência do fato de que a autoridade, nesses casos, se desincumbe de provar aspectos relevantes de investigações, como a existência de poder de mercado ou posição dominante, os efeitos anticompetitivos da prática e as eficiências decorrentes. Além disso, essa postura traria como benefícios, da parte dos administrados, maior segurança jurídica e, para o mercado, efeito dissuasório da prática. Por outro lado, uma abordagem rígida possui como desvantagem a maior probabilidade de ocorrência de falsos positivos<sup>3</sup>, uma vez que a condenação de práticas que, em verdade, gerem efeitos líquidos pró-competitivos é um resultado possível, sendo dificultada a apresentação de defesa por parte dos investigados.

Já a abordagem mais próxima de uma regra da razão estrita, que busca analisar todos os pormenores do mercado investigado e sopesar os potenciais efeitos pró e anticompetitivos identificados, por sua vez, tem como pontos negativos a extensão da análise (e consequente incremento dos custos processuais) e uma maior tendência ao cometimento de falsos negativos, pelo aumento da dificuldade de comprovação do ilícito pela autoridade concorrencial.

Por fim, mas claramente não menos importante, é sempre essencial garantir que a metodologia adotada possua respaldo no ordenamento jurídico, considerando as particularidades dos sistemas e leis da jurisdição em que se está inserido.

Todos esses aspectos devem ser levados em conta na busca por uma solução ótima ao *enforcement* antitruste, que puna atos que lesem a concorrência, ao mesmo tempo em que não desincentive práticas pró-competitivas. Tal complexidade revela a necessidade de que sejam empregadas metodologias de análise consistentes e coerentes – e, mais que isso, que os critérios para a definição da aplicação de cada uma delas também sejam claros<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Geralmente, entende-se por erros tipo 1 as decisões que podem caracterizar um falso negativo, ou seja, a permissão de práticas que, em verdade, representam atos anticoncorrenciais. Por isso, são associados à ideia de *underenforcement*. Já os erros tipo 2, resultam de decisões que venham a condenar práticas que são pró-competitivas – portanto, um falso positivo ou *overenforcement*.

<sup>4</sup> BRUNET, Edward. Antitrust Summary Judgment and the Quick Look Approach. *SMU Law Review*, vol. 62, 2009.

Nota-se, de início, que se optou por utilizar preferencialmente, no presente trabalho, as ideias de “método” e “metodologia”, mas permitindo-se também que os pares dicotômicos e derivações sejam referenciados como “abordagens”, “padrões”, “formas” ou mesmo “regras”<sup>5</sup>, desde que entendidos dentro de duas premissas principais: (i) na análise de um caso concreto, não deveria deixar-se ao arbítrio do julgador a escolha por uma ou outra metodologia, mas a situação objeto de investigação determina o padrão a ser utilizado; e (ii) impõe-se ainda a sequência de etapas previamente estipuladas para tal a análise. Não se trata, portanto, de uma escolha arbitrária, mas sim de atribuir tecnicidade à análise concorrencial.

Com esse pano de fundo, um questionamento que se procura responder neste estudo é se, na adoção desses conceitos no julgamento de casos de infrações antitruste no Brasil, há clareza, consistência e coerência.

Antes, no entanto, é necessário aprofundar-se na conceituação de cada uma dessas formas – razão *vs. per se*, de um lado, objeto *vs. efeitos*, de outro –, percorrendo as origens e evoluções dos pares dicotômicos, bem como seus desdobramentos e discussões mais atuais sobre métodos de análise alternativos e diferentes abordagens ao regime de Direito Concorrencial nos Estados Unidos e na Europa, como o *quick look approach* e o estabelecimento de *safe harbors*, como apresentados no Capítulo 1.

Inserindo tais definições numa perspectiva geográfica e histórica, passa-se a averiguar se a transposição dos termos, desde que fiéis às suas concepções originais, teria aplicabilidade no contexto brasileiro, a partir de seu alinhamento ao arcabouço legal e à agenda institucional da autoridade concorrencial pátria – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”). É o que se faz no Capítulo 2.

No Capítulo 3, busca-se traçar um diagnóstico da realidade do Brasil, adotando-se como hipótese a existência de certa confusão terminológica ou conceitual na importação desses pares dicotômicos à prática brasileira. Questiona-se, ainda, sobre os resultados práticos decorrentes da adoção de cada método e se essa aparente confusão leva à produção de decisões divergentes entre si – ora apontando para a permissão de uma determinada conduta, ora acenando à sua proibição sob a ótica concorrencial. Assim, o presente estudo se mostra relevante também sob a perspectiva prática, uma vez que a correta definição da metodologia de

---

<sup>5</sup> Embora os termos “ilícitos *per se*”, “ilícitos pelo objeto”, “ilícitos por efeitos” e “regra da razão” sejam bastante comuns à prática concorrencial, por vezes, não possuem sua própria natureza bem estabelecida, como será abordado nos capítulos seguintes.

análise a ser aplicada em cada caso possui papel decisivo no desfecho de investigações concorrenciais, com impacto direto na sinalização que o órgão antitruste dá ao mercado sobre os parâmetros de licitude de determinada conduta.

Para tanto, busca-se investigar algumas práticas usualmente analisadas pelo CADE no controle de condutas e que se encontram numa “zona cinzenta” – cartéis de exportação e de compras, trocas de informações sensíveis, tabelamento de preços e negociação coletiva e fixação de preços de revenda –, destacando-se os métodos de análise antitruste adotados em cada uma delas, resultado de estudos precedentes recentes da autoridade concorrencial. Na Conclusão, voltar-se-á a apresentar, a partir dos resultados observados, propostas iniciais para a construção de uma solução que melhor represente um *enforcement* antitruste ótimo para a política nacional de combate a condutas anticompetitivas.



# **CAPÍTULO 1: AS METODOLOGIAS DE ANÁLISE DE CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS EM PERSPECTIVA: AS PRINCIPAIS INFLUÊNCIAS ESTRANGEIRAS**

De início, para que se possa atingir a profundidade da discussão acerca da disciplina a ser aplicada ao contexto brasileiro, no que diz respeito aos métodos analíticos adotados em investigações de condutas potencialmente anticompetitivas, é fundamental que se delimite, com destacada clareza, os significados atribuídos aos termos comumente empregados para designar tais metodologias. A princípio, pode-se dizer que esta etapa inicial busca compreender as noções de ilícitos *per se*, ilícitos pelo objeto, ilícitos por efeitos e regra da razão, enquanto abordagens mais usuais, em especial no Brasil, além de outras derivações discutidas atualmente, em particular nas duas jurisdições de maior influência no Direito da Concorrência mundial.

Como é de conhecimento bastante difundido na comunidade antitruste, os dois pares dicotômicos aqui tratados possuem origens distintas. Enquanto as metodologias *per se* e regra da razão apareceram, pela primeira vez, na experiência norte-americana, ilícitos por objeto e por efeitos surgiram no âmbito da União Europeia. Mas não é só no local de nascimento que os conceitos se diferenciam, conforme se verá ao longo do presente capítulo. É importante olhar o aspecto territorial dentro de um contexto maior, de uma perspectiva histórica e jurídica, atentando-se às particularidades sobre o momento em que tais noções foram desenvolvidas e sobre o sistema jurídico em que se inserem.

## **1.1. O modelo estadunidense**

Adota-se, como sistema jurídico nos Estados Unidos da América, o *common law*, em que se dá especial relevância às decisões das cortes, reconhecendo-se um maior protagonismo ao Poder Judiciário, que atua na produção de normas jurídicas a partir de suas decisões judiciais<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> De acordo com publicação do Administrative Office of the U.S. Courts: “The American judicial process is based largely on the English common law system. In a common law system, legal interpretations and distinctions recognized in court rulings establish precedents that become binding on lower courts in the jurisdiction. Rather than remaining a fixed body of legal rules, as in the codes of civil law systems, precedent allows the law to develop over time, yet remain predictable”. Ver: ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE UNITED STATES COURTS. The Federal Court System in the United States - An Introduction for Judges and Judicial Administrators in Other Countries, 2016.

– modo de implementação que se diferencia em muito da promulgação de normas pelos Poderes Legislativo ou Executivo<sup>7</sup>.

Esse primeiro pressuposto, estabelecido ainda no âmbito supra Direito Concorrencial, embora trivial, já revela distinção importante para a construção das metodologias de análise antitruste, especialmente quando se volta à garantia da segurança jurídica dos jurisdicionados.

Assim, as leis concorrenciais estadunidenses não pretendem definir em detalhes as práticas que configuram violações, mas estabelecem princípios gerais que serão interpretados pelos tribunais à luz de fatos específicos, em casos particulares. No sistema de *common law*, essa tarefa de interpretação permite que novos aprendizados sejam incorporados à prática do direito, criando-se novas interpretações ao longo do tempo. Por tais motivos, as normas antitruste passam continuamente por modernização<sup>8</sup>.

É nesse sentido que MALARD aponta para uma grande flexibilidade na análise dos fenômenos econômicos, decorrente do trabalho interpretativo das cortes americanas. Segundo a autora, isso conduziu a “posições antagônicas, desde teses que sustentavam a proibição de todo e qualquer acordo que pudesse limitar a concorrência, até a admissão de acordos que resultem em uma restrição razoável”. Como se vê, o modelo jurídico ali adotado teve papel fundamental na elaboração dos métodos de análise disciplinados por vedações totais e ponderações de razoabilidade, representados pelo par dicotômico *per se vs.* regra da razão.

Um segundo aspecto relevante do modelo empregado nos EUA é a particularidade de seu federalismo, em que os Estados possuem competência para administrar, julgar e legislar com autonomia dentro de seus territórios. À União compete apenas os poderes a ela reservados pela Constituição daquele país, sendo que, em matéria comercial, delimita-se à regulação de questões envolvendo comércio com nações estrangeiras, entre as unidades federadas e com as tribos indígenas (Artigo 1º, Seção 8).

---

<sup>7</sup> DINIZ, Davi Monteiro. Contra Ilegais Monopólios e Restrições à Atividade Econômica: a Lei Sherman de 1890. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 73, 2018. P. 194.

<sup>8</sup> Essas foram as razões indicadas por BARNETT para que a Comissão de Modernização Antitruste, criada pelo Congresso dos EUA em 2002 com o objetivo de visitar o Sherman Act e o Clayton Act, principais leis concorrenciais do país, após três anos de estudo, chegasse à conclusão acertada de que não se faziam necessárias quaisquer alterações substanciais em seus textos – mesmo com avanços drásticos na análise jurídica e econômica de questões concorrenciais e com as incontáveis mudanças no tamanho e complexidade da economia em geral. Ainda assim, BARNETT aponta que o *common law*, especificamente aplicado ao Direito da Concorrência, produziu caminhos erráticos, com efeitos negativos para a segurança jurídica e desincentivo a práticas de mercado eficientes, a exemplo das decisões sobre a proibição *per se* da prática de fixação de preço de revenda, estabelecida no precedente *Dr. Miles* e revertida após 90 anos, em *Leggin*. Ver: BARNETT, Thomas O. *Competition Law and Policy Modernization: Lessons from The U.S. Common-Law Experience. Presentation to the Lisbon Conference on Competition Law and Economics*. Lisboa, 2007.

Esses dois aspectos são importantes para entender a legislação em que se baseia o antitruste estadunidense e as razões que levaram à sua formulação. O Sherman Act, datado de 1890, surgiu como resposta ao movimento de criação de *trusts* e de outras formas concentracionistas de organização de mercados que vinham se estabelecendo em setores como o ferroviário, o siderúrgico e de energia, sendo aplicado, particularmente, a operações que envolviam mais de um Estado da federação, fugindo à competência estadual. Essas questões, vale notar, já vinham sendo enfrentadas, antes da edição do Sherman Act, por cortes estaduais, utilizando-se do *common law*, e pela criação de leis pelos Estados, tendo sido a lei federal influenciada por essa experiência prévia<sup>9</sup>.

Assim, o Sherman Act visava a proibir tais práticas, prevendo, em seu artigo 1º, que “qualquer acordo que restrinja o comércio entre os Estados ou com as nações estrangeiras é ilícito”<sup>10</sup>.

Anos mais tarde, em 1914, adveio o Clayton Act que, adicionando à regulamentação anterior, reconhecidamente vaga<sup>11</sup>, veio a disciplinar o processo de concentração de empresas e coibir outras práticas restritivas, como a venda casada. No mesmo ano, foi editado também o Federal Trade Commission Act, criando a agência com poderes para aplicar o Sherman Act e o Clayton Act, enquanto mecanismos para combater não só práticas anticompetitivas, como também “injustas” e “enganosas”, incluindo a proteção de consumidores contra fraudes e propagandas falsas. Tais leis permanecem vigentes até os dias atuais, sendo complementadas por normas editadas nas décadas posteriores, como o Robson-Patman Act (1936) e o Celler-Kefauver Act (1950)<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Ver: DINIZ, Davi Monteiro. Contra Ilegais Monopólios e Restrições à Atividade Econômica: a Lei Sherman de 1890. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 73, 2018. p. 184.

<sup>10</sup> Tradução livre de: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”.

<sup>11</sup> BESCHLE revela que, após a decisão de *Standard Oil*, revertendo o entendimento anterior estabelecido em *Trans-Missouri*, surgiram apelos para que uma nova legislação antitruste fosse elaborada, com restrições mais claras e rigorosas, o que resultou na criação do Clayton Act. Ver: BESCHLE, Donald L. What, Never? Well, Hardly Ever: Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to Per Se Antitrust Illegality. *Hastings Law Journal*, vol. 38, 1987. p. 474.

<sup>12</sup> Para mais informações sobre o contexto econômico, social e político que levou à edição do Sherman Act e das demais leis concorrenciais norte-americanas, ver: FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste, 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 72-80.

Por tudo isso, entende HOVENKAMP que as leis antitruste federais norte-americanas foram desenhadas para viabilizar que as cortes respondam a mudanças de cunho teórico, ideológico e político, que também se refletem na agenda econômica e de negócios<sup>13</sup>.

Particularmente, sobre a agenda de *enforcement* concorrencial nos Estados Unidos, sem querer reduzir a importância do debate sobre o complexo histórico de pensamentos que nortearam a aplicação do Direito Concorrencial na mais antiga jurisdição a tratar do tema, percebe-se que o ímpeto por intervenção estatal variou ao longo do tempo, “*but the prevailing mood for the past four decades has favored restraint*”, como afirmam WERDEN e FROEB<sup>14</sup>. É dizer, naquele país, apesar de haver uma divisão ideológica, a prática revelou um caráter pouco intervencionista do antitruste, especialmente a partir do advento da Escola de Chicago, no final da década de 1960.

Por fim, vale ainda pontuar sobre o desenho da persecução concorrencial nos EUA, em que a implementação se dá essencialmente através de ações no Judiciário e não por vias administrativas, por meio de um corpo técnico. É o que se chama de sistema adversarial, no qual as decisões são tomadas por juízes e júris. Apesar de a função de “*enforcer*” das leis federais concorrenciais se dividir entre o Federal Trade Commission (“FTC”), órgão administrativo, e o Department of Justice Antitrust Division (“DoJ”)<sup>15</sup>, no âmbito judiciário, existe um peso maior das ações na repressão às condutas anticompetitivas, ficando o FTC mais focado no controle de fusões e aquisições<sup>16</sup>.

Foi neste contexto, com base nestes fatores principais e na amplitude das previsões do Sherman Act, que foram inicialmente cunhadas as expressões “regra *per se*” e “regra da razão”, que nunca estiveram presentes na linguagem utilizada nas leis antitruste<sup>17</sup>, mas são resultado de construções jurisprudenciais, como detalhado a seguir.

---

<sup>13</sup> HOVENKAMP, Herbert J. Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice. 3rd ed. St. Paul: Thomson West, 2005.

<sup>14</sup> WERDEN, Gregory J. FROEB, Luke M. Antitrust and Tech: Europe and United States Differ, and It Matters. CPI Antitrust Chronicle. October, 2019.

<sup>15</sup> Conforme descrição constante do sítio eletrônico do FTC, disponível em: <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/enforcers>.

<sup>16</sup> Ver: PRADO, Luiz Carlos Delorme. Política de Concorrência e Desenvolvimento: Reflexões sobre a Defesa da Concorrência em uma Política de Desenvolvimento. *Cadernos do Desenvolvimento – Centro Internacional celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento*, v. 6, n. 9. Rio de Janeiro, 2011.

<sup>17</sup> Conforme indica HOVENKAMP: “Federal courts have always interpreted the antitrust statutes in a common law fashion; and the result is a substantial divergence between statutory language and judicial decision. For example, the language of the antitrust statutes does not contain anything resembling the distinction between the *per se* rule and the rule of reason (...)”. Ver: HOVENKAMP, Herbert J. Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice. 3rd ed. St. Paul: Thomson West, 2005. p. 53.

(i) ***Regra per se e regra da razão: construção jurisprudencial***

As origens do primeiro par dicotômico são indissociáveis, derivando das primeiras decisões emitidas logo após a edição do Sherman Act<sup>18</sup>. Devido à vagueza da norma, após debate nos tribunais estadunidenses, firmou-se entendimento de que à definição de violações antitruste deveria ser dada interpretação restritiva, já que haveria certas práticas que, embora pudessem representar algum grau de restrição à concorrência, também gerariam benefícios à competição e ao bem-estar do consumidor. Em relação a essas, portanto, seria aplicada a *rule of reason* (ou regra da razão).

Considerada a primeira decisão concorrencial material da Suprema Corte dos Estados Unidos, o caso *United States v. Trans-Missouri Freight Association* (1897) endossou a visão de que todas as restrições de comércio (e não apenas aquelas “irrazoáveis”) seriam ilegais – a regra *per se*. Restou vencido o voto do Juiz Edward Douglas White que, já naquela oportunidade, havia indicado sua posição sobre o engessamento decorrente da interpretação literal do Sherman Act.

Logo depois, essa mesma ideia de que “acordos restritivos” era um conceito muito amplo, foi apresentada pelo Juiz William Howard Taft, em sua opinião apresentada ao caso *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.* (1898), da Sexta Corte de Apelação. Assim, propôs uma distinção entre dois tipos de arranjos comerciais, que convencionou-se chamar de restrições puras (“*naked*”) e de restrições acessórias ou auxiliares (“*ancillary*”): a primeira seria utilizada para contratos que teriam como seu único objeto a restrição ao mercado e a segunda para contratos em que o acordo restritivo seria acessório a um propósito principal lícito, sendo a restrição estabelecida necessária para a consecução do objetivo principal. A definição trazida por Taft, assim, determinava que a análise concorrencial deveria focar no caráter da restrição e não numa questão de grau<sup>19</sup>.

No entanto, foi somente em 1911 que a regra da razão foi introduzida na aplicação dos tribunais americanos, sendo o julgamento do caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.* (1911)

---

<sup>18</sup> De acordo com KOVACIC, “U.S. antitrust jurisprudence relies mainly on common-law elaboration to give operational content to the command in § 1 of the Sherman Act”. Ver: KOVACIC, William E. The Future Adaptation of the Per Se Rule of Illegality in U.S. Antitrust Law. *Columbia Business Law Review*, vol. 33, n. 1, 2021.

<sup>19</sup> Ver: CAVANAGH, Edward D. Whatever Happened to Quick Look? *University of Miami Business Law Review*, vol. 26:39, 2017. p. 42.

– seguido por *American Tobacco* (1911) – reconhecido como paradigmático. Guiado pelo voto vencedor do Juiz White, entendeu-se que as classes de atos descritas no Sherman Act eram amplas o suficiente para abarcar qualquer contrato ou combinação comercial, o que demandaria, inevitavelmente, um exercício por parte das cortes de definir algum padrão para determinar se haveria ou não uma violação no caso concreto. Nesse sentido, a razoabilidade (*standard of reason*), padrão já aplicado na *common law* americana, deveria ser a medida utilizada<sup>20</sup>.

Apesar de o termo soar como algo técnico e legalista, a regra da razão, portanto, a partir dos precedentes *Standard Oil* e *American Tobacco*, deveria significar apenas que, como a linguagem genérica adotada no Sherman Act tornaria a efetividade da lei impossível, fazia-se necessária a aplicação da razoabilidade do senso comum à interpretação de casos antitruste, de forma simples e rotineira<sup>21</sup>. Não se estabeleceu, ali, qualquer tentativa de guiar a forma como a regra da razão deveria ser aplicada aos fatos de um caso em específico.

Foi apenas no julgamento do caso *United States vs. Chicago Board of Trade* (1918) que a Suprema Corte enfrentou pela primeira vez a questão da aplicabilidade da regra da razão, ao reverter decisão pela condenação *per se* da prática investigada. O voto vencedor foi conduzido pelo Juiz Brandeis, que defendeu que a análise da razoabilidade deveria ser baseada no contexto factual, passando por diversos fatores, tais como as especificidades do negócio a que a restrição é aplicada, as condições pré e pós sua imposição, a natureza da restrição e seus efeitos, atuais ou prováveis, seu histórico e, inclusive, a intenção ou finalidade e razão do agente para adotar o remédio. As lições ensinadas naquela decisão podem ser resumidas em quatro elementos: história, natureza, propósito e efeitos.

Críticas a essa perspectiva, no entanto, apontam para o fato de que a grande abrangência da abordagem traria resultados pouco úteis ou efetivos<sup>22</sup>. Apesar disso, a decisão do caso *Chicago Board of Trade* nunca foi explicitamente afastada pela Suprema Corte, sendo comumente citada em casos atuais pela sua descrição da regra da razão<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Ver: BESCHLE, Donald L. What, Never Well, Hardly Ever: Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to Per Se Antitrust Illegality. *Hastings Law Journal*, vol. 38, 1987. p. 474.

<sup>21</sup> Ver: MONTAGUE, Gilbert H. “Per Se Illegality” and the Rule of Reason. *Section of Antitrust Law*, vol. 12, 1958. pp. 69-104.

<sup>22</sup> De acordo com HOVENKAMP: “A test that makes everything relevant provides nothing useful, because it gives no calculus for weighting or even identifying the important factors”. Ver: HOVENKAMP, Herbert J. The Rule of Reason. *Florida Law Review*, vol. 70, 2018. P. 133. Ver também: EASTERBROOK, Frank. The Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, vol. 63, n. 1, 1984. P. 11-12.

<sup>23</sup> CAVANAGH cita, por exemplo, *American Needle, Inc., vs. NFL* (2010). Ver: CAVANAGH, Edward D. Whatever Happened to Quick Look? *University of Miami Business Law Review*, vol. 26:39, 2017. p. 47.

HOVENKAMP também destaca que a confusão criada pela leitura conjunta das decisões de *Trans-Missouri*, de um lado (que alegava que o Sherman Act se aplicava a todas as restrições à concorrência), e *Standard Oil* (que parecia direcionar que todas as restrições deveriam ser guiadas pela regra da razão), de outro, foi esclarecida pela Suprema Corte apenas em 1927, no julgamento do *United States v. Trenton Potteries, Co.*, quando se explicou que, embora em geral deveria aplicar-se a regra da razão, haveria tipos específicos de restrições que deveriam ser tidos automaticamente como irrazoáveis<sup>24</sup>. Somente a partir dessa decisão foi que se passou a entender a regra *per se* e regra da razão como “modos” de análise antitruste, conforme adotados pela Suprema Corte Norte-Americana.

Seguindo o princípio da razoabilidade, para se concluir quanto à ilicitude de determinada prática supostamente anticompetitiva, devem ser ponderados os efeitos deletérios e os possíveis benefícios, a exemplo das eficiências econômicas, que dela puderem advir.

Por outro lado, certas condutas sempre serão desarrazoadas (intrinsecamente irrazoáveis ou invariavelmente anticompetitivas), aplicando-se a elas a regra da proibição. Diz-se “*per se*” a conduta que configura um ilícito concorrencial por si só, isto é, são atos que sempre implicarão restrição não razoável da concorrência. Os potenciais efeitos lesivos ao ambiente competitivo resultantes da prática são tão graves que não haveria qualquer justificativa econômica capaz de concluir pela sua permissão.

Contudo, para além da aceção de que existem dois tipos de condutas que merecem tratamentos diferentes na aplicação das regras concorrenciais, sendo que, quando a irrazoabilidade não é inerente à prática, dependerá de uma análise de efeitos, a literatura norte-americana traz pouca luz sobre a utilização de uma metodologia em si, com critérios e etapas bem determinados. As definições gerais sobre cada uma delas serão apresentadas a seguir.

### ***(i.1) Regra per se***

Observando-se a regra *per se*, a análise da regularidade concorrencial de uma dada conduta passa por uma categorização. Se o caso se enquadra dentro ou fora de uma das

---

<sup>24</sup> HOVENKAMP, Herbert J. The Rule of Reason. *Florida Law Review*, vol. 70, 2018. P. 86.

categorias de ilícitos *per se* costuma ser uma questão determinante para a sua conclusão<sup>25</sup>. De acordo com KOVACIC:

“the wisdom of denominating conduct as illegal *per se* depends heavily on how one defines the class of behavior subject to summary condemnation and how one goes about determining, in individual cases, whether the acts of the defendants fall within the class. The principles that guide classification should have strong theoretical and empirical foundations and should adapt regularly in light of past litigation experience and new learning about the competitive significance of business practices”<sup>26</sup>.

GAVIL destaca que o tratamento dicotômico de práticas potencialmente anticompetitivas teve um impacto significativo na alocação de ônus de produção de prova em casos antitruste – para investigações que versam sobre aquelas que se classificam como *per se*, os acusadores precisam apenas demonstrar a ocorrência da ação (normalmente, concertada), que represente uma das categorias reconhecidas como proibidas por si só.

As práticas usualmente classificadas dessa forma (com algumas variações ao longo do tempo) são: fixação de preços horizontal, conluio em licitações, divisão de mercado entre concorrentes e alguns grupos de boicotes.

Não se trata, portanto, de uma ausência de exame, mas somente de pressupostos distintos para a avaliação da licitude ou ilicitude da prática<sup>27</sup>. Isso significa que, uma vez caracterizada a prática e enquadrada em uma das hipóteses de ilícito *per se*, tal como construído jurisprudencialmente, esta merecerá repressão por parte do órgão antitruste, que presumirá que a conduta cumpre com o requisito de produção de efeitos anticompetitivos de forma desarrazoada. Daí porque não se faz necessário analisar os seus efeitos no mercado.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a regra *per se* se caracteriza por ser uma “regra de evidência”, que impede que a defesa apresente provas dos efeitos pró-competitivos da conduta, criando uma presunção irrefutável de irrazoabilidade.

---

<sup>25</sup> Ver: GAVIL, Andrew I. Burden of Proof in U.S. Antitrust Law. *Issues in Competition Law and Policy* (ABA Section of Antitrust Law 2008).

<sup>26</sup> KOVACIC, William E. The Future Adaptation of the Per Se Rule of Illegality in U.S. Antitrust Law. *Columbia Business Law Review*, vol. 33, n. 1, 2021, p. 90.

<sup>27</sup> Nas palavras de BLESCHÉ: “It was clear that rigorous and absolute antitrust prohibitions did not eliminate the need for analysis of a particular agreement. On the contrary, absolute condemnation was possible only after a determination that the agreement had been properly classified”. Ver: BESCHLE, Donald L. What, Never? Well, Hardly Ever: Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to *Per se* Antitrust Illegality. *Hastings Law Journal*, vol. 38, 1987. P. 473.



Um ponto que não pode passar despercebido é a referência à necessidade de um fundamento jurisprudencial para embasar a classificação de uma dada conduta, em abstrato, como ilícita *per se*. CROSS revela preocupação com condenações de práticas sob as vestes de restrições *per se* sem que as cortes tenham acumulado experiência relevante, inclusive sobre o funcionamento dos mercados objeto da investigação. Como exemplo, cita a rejeição, pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, da aplicação da regra *per se* ao caso que apurava prática de venda casada pela Microsoft, entre seu buscador de internet e sistema operacional, por ter entendido que não possuía conhecimento acumulado sobre os problemas concorrenciais desse arranjo em mercados de computadores que fosse suficiente para garantir que uma condenação sumária não levaria a erros de *enforcement*<sup>28</sup>.

### **(i.2) Regra da razão**

Como apontado anteriormente, desde a decisão de *Standard Oil*, a Suprema Corte norte-americana interpreta que a aplicação da Section 1 do Sherman Act requer a ocorrência (e demonstração) de uma restrição desarrazoada do comércio<sup>29</sup>. No entanto, embora constitua o método empregado na vasta maioria dos casos antitruste nos Estados Unidos, pode-se afirmar que a regra da razão ainda não é completamente compreendida<sup>30</sup>.

Isso porque, no quesito de operacionalização da aplicação de tal regra, as cortes deixaram algumas perguntas sem respostas. Apesar do avanço representado por *Chicago Board of Trade*, ao listar os fatores que devem constar da análise, ainda havia lacunas sobre a especificidade necessária para configurar cada um deles e sobre como se relacionavam entre si, qual o peso atribuído a cada um e a alocação de ônus da prova, distribuído entre acusador e defesa, para cada fator individualmente considerado. Essas questões, porém, tardaram a ser enfrentadas<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> CROSS, Jeffrey M. A Review of the Treatment of the *Per Se* Rule by the U.S. Supreme Court Over the Last Twenty-Five Years: A Response to Albert Gourley's Proposal to Add a *Per Se* Rule to Canada's Competition Law. *Loyola Consumer Law Review*, vol. 14, 2002.

<sup>29</sup> GAVIL, Andrew I. Burden of Proof in U.S. Antitrust Law. *Issues in Competition Law and Policy* (ABA Section of Antitrust Law 2008).

<sup>30</sup> Nesse sentido, é bastante significativa a afirmação feita por CARRIER: "Pity the rule of reason. The framework employed in the majority of antitrust cases is frequently discussed but continually misunderstood". Ver: CARRIER, Michael A. The Four-Step Rule of Reason; *Antitrust – American Bar Association*, vol. 33, n. 2, 2019. P. 50.

<sup>31</sup> GAVIL, Andrew I. Burden of Proof in U.S. Antitrust Law. *Issues in Competition Law and Policy* (ABA Section of Antitrust Law 2008).

Usualmente, a teoria trata da aplicação da regra da razão sob duas perspectivas: inversão do ônus da prova (*burden shifting*), que pode ser desdobrada em mais etapas, e balanceamento de efeitos (*balancing*), sendo esta a última etapa que deveria embasar uma regra da razão completa (*full rule of reason*).

A depender das fases intermediárias que compõem o estágio de inversão de ônus da prova, a literatura aponta para uma abordagem de três ou de quatro etapas.

JONES e KOVACIC, por exemplo, indicam que a análise da razoabilidade aplicada pelos tribunais estadunidenses passa por três estágios, constituídos por: (i) o acusador deve produzir evidências de que a conduta em questão possui efeitos anticompetitivos; (ii) a defesa deve apresentar uma justificativa crível (*cognizable justification*), demonstrando que a conduta é benéfica ou pró-competitiva; e (iii) caso ambas as partes consigam provar seus respectivos argumentos de acusação e de defesa, então caberá à autoridade averiguar todas as evidências e sopesá-las, para concluir se o dano concorrencial é mais ou menos provável, podendo ser adotado como critério a existência de alternativas menos restritivas<sup>32</sup>.

Outros autores, porém, argumentam a favor de um *four-step approach*, em que a alegação de que haveria caminhos capazes de atingir os benefícios apresentados pela defesa recairia sobre a acusação. Assim, essa abordagem poderia ser resumida da seguinte forma:

**QUADRO 1 – ETAPAS DA REGRA DA RAZÃO COMPLETA NOS ESTADOS UNIDOS**

<b>Etapa</b>	<b>Ônus da Prova / Atribuição</b>
Conduta produz efeitos anticompetitivos	Acusador
Justificativas pró-competitivas	Defesa
Desnecessidade da conduta para o atingimento dos objetivos pró-competitivos (ou existência de meios menos restritivos para sua consecução)	Acusador
Balanceamento de efeitos pró e anticompetitivos	Corte/Autoridade

Fonte: elaboração própria.

<sup>32</sup> JONES, Alison. KOVACIC, William E. Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework. *GWU Law School Public Law Research*, n. 12, 2017.

Entretanto, como apontam estudos empíricos<sup>33</sup>, na prática, são raros os casos em que a última etapa é realizada – representando menos de 5% do total de casos analisados pela regra da razão. Essa conclusão levou GAVIL a afirmar que o balanceamento da regra da razão seria talvez o “maior mito da legislação antitruste dos Estados Unidos”<sup>34</sup>.

Em verdade, a maioria dos processos de investigação é encerrada no primeiro estágio, quando o acusador não consegue demonstrar os efeitos anticompetitivos da conduta alegada<sup>35</sup>. Nessa fase, segundo CARRIER, existem dois modos alternativos de se demonstrar os efeitos negativos da conduta: efeitos reais, por meio da evidência de aumento de preços, redução da demanda ou deterioração da qualidade; ou potenciais, pela existência de poder de mercado, sendo necessário que o acusador defina o mercado relevante e o poder do agente infrator. Em cerca da metade dos casos avaliados, concluiu o autor, as cortes decidiram pela não comprovação de efeitos anticompetitivos sem análise do poder de mercado.

#### **(ii) Quick look ou regra da razão abreviada ou truncada**

Com o passar dos anos, o panorama geral da regra *per se vs.* regra da razão, como apresentado no tópico anterior, passou a ser enxergado sob uma perspectiva crítica. Isso porque tanto uma como a outra pareciam não dar conta, de maneira eficiente, da análise de condutas potencialmente anticompetitivas.

---

<sup>33</sup> CARRIER realizou dois estudos sobre o tema. O primeiro, considerando o período de 1977 a 1999, identificou que em apenas 4% dos casos (20 de 495) houve um teste de balanceamento. O segundo estudo buscou atualizar a pesquisa anterior para o período de 1999 a 2009, tendo concluído que em 2,2% dos casos (5 de 222) a etapa de ponderar os efeitos foi realizada. Considerando o período total das duas pesquisas, o percentual seria de 3,5% (25 de 717). Consistentemente, outro estudo apresentado por FUNDAKOWSKI, que teve como recorte temporal o período de 1998 a 2013, identificou 6 casos dos quase 300 analisados que tivessem atingido a etapa de balanceamento. Ver: CARRIER, Michael A. The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect. *Brigham Young University Law Review*, v. 1999, p. 1265-1366, 1999; CARRIER, Michael A. The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century. *George Mason Law Review*, vol. 16, n. 827, 2009; FUNDAKOWSKI, Daniel C. The Rule of Reason: From Balancing to Burden Shifting. *Perspectives in Antitrust*, vol. 1, n. 2, 2013.

<sup>34</sup> O autor ainda complementa essa afirmação, indicando que “such ‘rule of reason balancing’ [...] is almost always described as the final step in the rule of reason analysis, yet few, if any, decisions turned on a true balancing of pro- and anticompetitive effects. Instead, most cases turn on the strength and weight of the evidence of effects or efficiencies”. Ver: GAVIL, Andrew I. Burden of Proof in U.S. Antitrust Law. *Issues in Competition Law and Policy* (ABA Section of Antitrust Law 2008).

<sup>35</sup> De acordo com os mesmos estudos de CARRIER indicados acima, em 418 casos (84%) no primeiro período (1977-1999) e 215 casos (96,8%) no segundo período (1999-2009), com um resultado consolidado de 88% dos casos, não foi possível comprovar os efeitos anticompetitivos da conduta. Ver: CARRIER, Michael A. The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect. *Brigham Young University Law Review*, v. 1999, p. 1265-1366, 1999; CARRIER, Michael A. The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century. *George Mason Law Review*, vol. 16, n. 827, 2009.

De um lado, a regra da razão parecia custosa e pouco clara e efetiva. De outro lado, percebeu-se também que a regra *per se*, em certas situações, poderia fechar os olhos para práticas que, ainda que à primeira vista pareçam anticompetitivas, seriam capazes de criar benefícios ao ambiente competitivo.

Nas décadas de 1970 e 1980, a Suprema Corte afastou a aplicação da regra *per se* de alguns casos por entender que, ainda que as práticas pudessem vir a ser condenadas, justificativas econômicas deveriam ser consideradas, a exemplo de *Broadcast Music, Inc., v. CBS* (1979) *National Society of Professional Engineers v. United States* (1978), *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma* (1984) e *FTC v. Indiana Federation of Dentists* (1986). Ali, criaram-se os fundamentos para a construção de uma forma de análise intermediária.

Assim, no final dos anos 1990, no caso *Cal Dental v. FTC* (1999), a Suprema Corte reconheceu e adotou o que se chamou de “*quick look*” ou regra da razão truncada, aplicável a restrições “inerentemente suspeitas” ou “presumidamente ilícitas”, ou seja, casos em que até os mais leigos pudessem inferir que a conduta teria o condão de gerar efeitos anticompetitivos.

Por exemplo, grande parte dos casos que buscaram aplicar a abreviação da regra da razão tratou de restrições existentes dentro do contexto de cooperações legítimas entre concorrentes, como *joint ventures* e associações, envolvendo práticas que, fora desse cenário, seriam endereçadas pela regra *per se*.

Em geral, entende-se que a utilização da regra da razão abreviada permite a inversão do ônus da prova da primeira etapa da regra da razão completa, qual seja, a identificação dos efeitos anticompetitivos. Assim, à empresa investigada caberia demonstrar ou a insuficiência de poder de mercado ou os efeitos pró-competitivos da conduta. Persistiriam, contudo, as demais etapas atribuídas ao acusador e à corte e, ainda, uma etapa inicial deveria ser adicionada para a identificação da conduta como inerentemente suspeita<sup>36</sup>. De maneira simplificada:

#### QUADRO 2 – ETAPAS DA REGRA DA RAZÃO TRUNCADA NOS ESTADOS UNIDOS

Etapa	Ônus da Prova / Atribuição
Definição da conduta como inerentemente suspeita	Acusador / Defesa / Corte

<sup>36</sup> Ver: MEESE, Alan J. In Praise of All or Nothing Dichotomous Categories: Why Antitrust Law Should Reject the Quick Look. *The Georgetown Law Journal*, vol. 104:835, 2016. P. 882.

Conduta não produz efeitos anticompetitivos e/ou há justificativas pró-competitivas	Defesa
Desnecessidade da conduta para o atingimento dos objetivos pró-competitivos (ou existência de meios menos restritivos para sua consecução)	Acusador
Balanceamento de efeitos pró e anticompetitivos	Corte/Autoridade

Fonte: elaboração própria.

Aqueles que advogam a favor da aplicação da regra da razão truncada apontam para a redução de custos do processo, ao mesmo tempo em que não retira dos investigados a oportunidade de apresentarem as justificativas para a prática. Além disso, em razão dos custos mais baixos e, em tese, aumento das chances de condenação, a adoção dessa abordagem incrementa os incentivos para que os acusadores denunciem práticas de natureza anticompetitiva. Ou seja, seria uma forma de equalizar as posições dos acusadores e defensores, haja vista a alta probabilidade de que a conduta resulte num efeito líquido negativo ao mercado.

Entretanto, essa abordagem também vem sendo objeto de críticas que indicam que, na verdade, ao adicionar a etapa de definição da natureza da conduta enquanto inerentemente suspeita, aumentam-se os custos das partes, que investem na argumentação para a definição da metodologia a ser adotada, e os recursos do tribunal, necessários para avaliar tais argumentos e decidir sobre a questão, indo de encontro justamente à ideia de redução de custos por trás da adoção da regra da razão truncada. Além disso, haja vista que a Suprema Corte, nem em *Cal Dental*, nem posteriormente, elaborou um quadro legal detalhado de aplicação do *quick look*, essa atividade ficou a cargo das cortes inferiores, que relutaram em adotá-la<sup>37</sup>. Ainda, apontam os críticos, haveria um efeito reverso de se admitir a possibilidade de estabelecer uma presunção de ilicitude para certas condutas: reconhecer também a existência de uma presunção de licitude de outras (como uma forma de *safe harbor*), abrindo espaço para que fossem consideradas

<sup>37</sup> De acordo com STUCKE: “But the Court never gave guidance as to where along its continuum the lower courts should evaluate specific kinds of restraints. Absent such guidance, antitrust plaintiffs face a difficult tactical decision: if they litigate only on a per se or quick-look theory, they may be prevented from further factfinding if the court opts for a rule-of-reason analysis. Risk-averse counsel will ultimately prepare for a full-blown rule of reason, plead their case to include all three standards, and hope that the trial court opts for the quick-look or per se standard in a preliminary hearing. The necessity of a comprehensive trial strategy, however, defeats the purpose of the quick-look. And trial courts are likely to opt for rule of reason to lower the risk of reversal because they lack guidance on the proper legal standard for particular restraints.” Ver: STUCKE, Maurice E. Does the rule of reason violate the rule of law? *UC Davis Law Review*, vol. 42, n. 5, 2009. p. 1413.

regulares sem percorrer uma análise detalhada com base na regra da razão<sup>38</sup>. Isso seria contrário à perspectiva de que a utilização do *quick look* implicaria aumento do caráter dissuasório da política concorrencial. Por tais motivos, já se fala em abandono da regra da razão abreviada<sup>39</sup>, revelando que sua possível queda pode ter sido tão breve quanto sua ascensão.

### (iii) Continuum ou escala móvel

Seguindo a mesma linha das motivações para a construção da abordagem *quick look* (de que, ao olhar para a regra da razão e *per se* como conceitos fechados, haveria um espaço vazio no meio no caminho), outras interpretações e possibilidades de adoção de atalhos que fossem úteis ao *enforcement* antitruste foram criadas. Explicam JONES e KOVACIC:

“The blurring of the lines between rules and standards has led to debate, in the antitrust context, as to whether doctrine governing firm behaviour should present a sharp dichotomy with two wholly distinct realms – one compartment in which some conduct is prohibited (or approved) categorically, and a separate compartment in which conduct is subject to a more elaborate examination of purpose and actual or likely effects – or whether there should be a continuum of tests – a mix of rules, standards, and hybrid approaches in between”<sup>40</sup>.

O mesmo caso *Cal Dental* também embasou uma formulação diferente: *quick look* não deveria ser uma terceira metodologia de análise, entre a regra *per se* e a regra da razão, mas a esse “vazio” deveria ser atribuída a função de uma escala móvel, uma linha contínua que permitiria assumir variados níveis de presunções, a depender dos fatores específicos da conduta investigada. Nessa perspectiva, ilegalidade *per se* e legalidade *per se* seriam os polos dessa escala. Nos termos da opinião do Juiz David Souter no referido precedente: “*there is generally no categorical line to be drawn between restraints that give rise to an intuitively obvious inference of anticompetitive effect and those that call for more detailed treatment*”. Sendo assim, “*the quality of proof required should vary with the circumstances*”. O advento do modelo

---

<sup>38</sup> Ver: CAVANAGH, Edward D. Whatever Happened To Quick Look? *University of Miami Business Law Review*, vol. 26:39, 2017. p. 65.

<sup>39</sup> Ver, nesse sentido: MEESE, Alan J. Farewell to the Quick Look: Redefining the Scope and Content of the Rule of Reason. *Antitrust Law Journal*, vol. 68, 2000; e MESSE, Alan J. In Praise of All or Nothing Dichotomous Categories: Why Antitrust Law Should Reject the Quick Look. *The Georgetown Law Journal*, vol. 104:835, 2016.

<sup>40</sup> JONES, Alison. KOVACIC, William E. Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework. *GWU Law School Public Law Research*, n. 12, fevereiro/2017.

de escala variável (*sliding scale*) viria, portanto, a substituir a prerrogativa de *per se* e regra da razão serem pares dicotômicos.

Assim, afirma HOVENKAMP que o *quick look* e a ideia de *continuum* se diferenciam pelo número de presunções aplicáveis e de atalhos possíveis, sendo, no segundo caso, variáveis em função do caso concreto.

Nesse sentido, CHRISTIANSEN e KERBER, considerando as vantagens e desvantagens de regras *per se* simples em comparação a regras mais complexas ou até mesmo análises de mercado completas, sugerem que sejam buscadas regras concorrenciais de diferenciação ótima. A ideia básica sugerida por eles é a de minimizar a soma dos custos de bem-estar causados por erros de decisão do tipo 1 e do tipo 2 e os custos de aplicação de cada uma das regras. Para tanto, buscaram elaborar a noção de um *continuum* de soluções intermediárias entre os extremos (*per se* e regra da razão) e as condições e determinantes para definição de um modelo ótimo<sup>41</sup>.

Em conhecido quadro elaborado por WALLER<sup>42</sup>, buscando apresentar as contribuições do Juiz Stevens, a representação gráfica dessa escala poderia ser traduzida da seguinte forma:

---

<sup>41</sup> CHRISTIANSEN, Arndt. KERBER, Wolfgang. Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “Per se Rules vs. Rule of Reason”. *Marburg Papers on Economics*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2005.

<sup>42</sup> Referida representação foi citada e reproduzida, por exemplo, no voto do Conselheiro Marcos Paulo Verissimo no paradigmático Caso SKF, conforme detalhado no Capítulo 3.

**QUADRO 3 – “CONTINUUM” DA REGRA DA RAZÃO, CONFORME WALLER (2009)**

<p><u>Irrazoabilidade presumida</u> justificativas ou defesas afirmativas não são permitidas</p>	<p><u>Irrazoabilidade presumida</u> Depois de prova de determinados fatos do mercado, então justificativas ou defesas afirmativas não são permitidas</p>	<p><u>Irrazoabilidade presumida</u> a não ser que a defesa tenha justificativas pró-competitivas reconhecíveis</p>
--	--	--

<p>Não auxiliares a um propósito lícito</p>	<p>Dadas formas de venda casada e boicote</p>	<p>Conduta inerentemente suspeita em configurações de mercado não típicas</p>
Ou		
<p>Infrações tradicionalmente irrazoáveis per se</p>		

<p><u>Sem presunção de ilicitude</u> Denunciante precisa demonstrar dano real ou inferir a partir da definição de mercado e poder, então (e apenas então), defesa apresenta justificativas pró-competitivas</p>	<p>Pode o denunciante refutar as <u>justificativas</u> pró-competitivas? Elas são legalmente reconhecíveis? São pretexto? Estão contidas nos autos?</p>	<p>Os danos à concorrência são compensados pelas <u>justificativas pró-competitivas</u>?</p>
---	---	--

<p>Professional Engineers NCAA Trial Lawyers Ass'n</p>	<p>Chicago Board of Trade &amp; the Modern Empty Set</p>
--	--

Fonte: WALLER, Spencer Weber. Justice Stevens and the Rule of Reason. *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 61, 2009, tradução livre.

Ao analisar esse quadro comparativamente com as metodologias apresentadas nos subitens anteriores, a principal diferença parece residir na possibilidade de incluir dentro da regra da razão truncada, duas hipóteses: (i) quando, após uma análise preliminar de mercado, pode-se inferir que existe efeito anticompetitivo tal que não haveria justificativa econômica cabível; e (ii) quando a configuração de mercado (a exemplo de colaborações lícitas, como visto anteriormente) permite que a empresa investigada apresente eficiências e razões pró-competitivas. Até por isso, não raras vezes a distinção entre *quick look* e *continuum sequer* é apontada<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Vide, por exemplo, o quanto descrito por KOVACIC e JONES: “Pronounced concerns with overinclusiveness and greater confidence in administrability inspired the shift documented above: the withdrawal of numerous forms of behaviour from the class of matters worthy of categorical prohibition, and the replacement of the dichotomy



Em outros termos, no presente estudo, sugere-se a seguinte representação:

#### QUADRO 4 – ESCALA DE APLICAÇÃO DAS METODOLOGIAS ESTADUNIDENSES

<i>Per se</i>	<i>Quick look</i>		Regra da razão
	Presunção de irrazoabilidade dos efeitos	Presunção de irrazoabilidade da justificativa	
Restrição pura	Restrição acessória		

Fonte: elaboração própria.

Em todo caso, condutas particulares podem ensejar análises mais detalhadas sobre pontos específicos, o que pode levar à atribuição, pela autoridade julgadora, de presunções sobre outros aspectos, dado o contexto probatório considerado. Foi a partir dessa percepção que surgiu também o padrão legal da regra da razão estruturada, como tratado no próximo subitem.

#### (iv) *Regra da razão estruturada*

Ainda mais recentemente, a partir do fim da primeira década do século XXI, passou a ser mais difundida a ideia de que seria possível que a regra da razão adquirisse uma formatação peculiar para condutas conhecidas, que usualmente seguissem a regra da razão completa ou abreviada. Como afirmou VARNEY, a utilização da regra da razão estruturada é consistente com o desenvolvimento moderno da análise antitruste, que saiu do modelo binário para uma investigação muito mais focada<sup>44</sup>.

Nesse sentido, a literatura adotou o termo “*structured rule of reason*” para se referir a casos em que a conduta é avaliada por meio de uma série de filtros ou triagens para identificar situações lícitas e ilícitas<sup>45</sup>. Esses filtros seriam criados partindo-se da experiência prévia dos tribunais, de forma a consolidar a jurisprudência e o entendimento prevalecente.

Por exemplo, práticas como acordos do tipo “*pay-for-delay*”, entre titulares de patentes e fabricantes, e de fixação de preço de revenda foram objeto de análise seguindo uma regra da

---

model of Section One with a continuum in which per se liability and fuller reasonable inquiries are linked by intermediate tests – called quick look or truncated forms of analysis -- that permit a phased, structured examination of evidenced bearing on efficiency justifications”. Ver: JONES, Alison. KOVACIC, William E. Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework. *GWU Law School Public Law Research*, n. 12, 2017. P. 17.

<sup>44</sup> VARNEY, Christine A. Antitrust Federalism: Enhancing Federal/State Cooperation. *Remarks as Prepared for the National Association of Attorneys General*, 2009.

<sup>45</sup> Ver: KATSOUACOS, Yannis. On the concepts of legal standards and substantive standards (and how the latter influences the choice of the former). *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 1-21, 2019.

razão estruturada, particular, pelas cortes estadunidenses. Na mesma linha, autores já defendem que padrões estruturados sejam adotados para outras condutas, como preço predatório<sup>46</sup>, venda casada<sup>47</sup> e até mesmo para lidar com práticas da nova economia digital e mercados de alta tecnologia<sup>48</sup>.

A título ilustrativo, tomando como exemplo a conduta de fixação de preço de revenda, a regra da razão estruturada foi elaborada a partir do caso *Leegin* (2007), estabelecendo-se quatro circunstâncias especiais que, se observadas no caso concreto, seriam fundamento para a inversão do ônus da prova em desfavor da empresa investigada. São elas: (i) quando utilizada para um monitoramento de um cartel de fabricantes, para identificar aqueles que não estão seguindo o preço acordado; (ii) para a organização de um cartel entre revendedores, para coibir fabricantes de reduzir preços; (iii) quando utilizada por um agente dominante, para autoproteção contra revendedores com sistemas de distribuição mais eficientes; e (iv) pelo fabricante detentor de poder de mercado, para criar incentivos para que revendedores não vendam produtos de concorrentes menores ou entrantes.

Pela definição desses cenários que merecem especial cautela, dá-se maior sinalização ao mercado sobre quais formatos assumidos pelas práticas tendem a ser mais nocivos ao ambiente competitivo e, por inferência, qual o desenho da conduta que ensejaria pouca atenção das autoridades concorrenciais. Por esse motivo, EDWARDS e WRIGHT chegaram a afirmar que as presunções de licitude contidas em análises sob uma regra da razão estruturada seriam também uma forma de *safe harbor*<sup>49</sup>, tema do próximo tópico.

#### (v) *Zonas de segurança*

Por último, é válido ainda se voltar para as regras que norteiam a prática antitruste dos Estados Unidos no que diz respeito às presunções de legalidade. A ideia de *safe harbor* pode

---

<sup>46</sup> LEE, David. The Lack of Guidance for Proving the Pricing-Below-Cost Element of Predatory Pricing and a Call for a Revised Approach to Predatory Pricing Analysis. *Administrative Law Review*, vol. 56, n. 4, 2004, pp. 1285–306.

<sup>47</sup> AHLBORN, Christian. EVANS, David S. PADILLA, A Jorge. The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality. *Antitrust Bulletin*, vol. 49, n. 1/2, 2004.

<sup>48</sup> Ver: SCHREPEL, Thibault. A New Structured Rule of Reason Approach for High-Tech Markets. *Suffolk University Law Review*, vol. L:103, 2017.

<sup>49</sup> Ver: EDWARDS, Lindsey M. WRIGHT, Joshua D. The Death of Antitrust Safe Harbors: Causes and Consequences. *George Mason Law Review*, vol. 23:5, 2016. P. 1205.

ser traduzida como “porto seguro”, designando, então, hipóteses ou condições específicas em que certas práticas estariam isentas ao controle das autoridades antitruste.

Embora a doutrina norte-americana tenha utilizado o termo “*safe harbor*”<sup>50</sup> para se referir aos critérios que, quando se fizessem presentes, revestiriam a conduta de uma licitude presumida, importante destacar que tais requisitos são construções jurisprudenciais – ou seja, a partir da atividade dos tribunais, podem se extrair sinalizações voltadas a identificar práticas que, a princípio, não violam a legislação concorrencial.

De acordo com POPOFSKY, ao tratar especificamente de condutas unilaterais, “*establishing a safe harbor requires a Section 2 court to predict with confidence that the conduct in question is really different (in its features and economic consequences) from other conduct such that the conduct properly is governed by some different legal test*”<sup>51</sup>.

Os principais exemplos de *safe harbor*, nesta conceituação, seriam a cobrança de preço acima do custo em casos de preço predatório (ou, em outras palavras, na investigação da conduta de predação via preço por um agente em posição dominante, a definição do preço acima do custo da empresa é atividade presumidamente lícita); a recusa de contratar, quando ausentes os requisitos estabelecidos pela *essential facilities doctrine*<sup>52</sup>; e descontos multiprodutos (*bundled*) que, ao alocar todo o desconto oferecido no produto competitivo, não resultem em preço abaixo de seu custo incremental.

Paralelamente, no entanto, é possível afirmar que, como feito na contribuição dos Estados Unidos ao Roundtable on Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, promovido pela OCDE, não existem, no direito estadunidense, “*safe harbors*” como a definição europeia sugere. O que há, em verdade, são zonas de segurança – que não excluem a possibilidade de persecução concorrencial, apenas indicam que situações que se enquadrem dentro de tais zonas só serão objeto de investigação diante de casos excepcionais. Em outras palavras, apesar de semelhante à ideia de *safe harbor*, as zonas de segurança não possuem efeito preclusivo. Nos termos do documento, “*condutas que estejam abrangidas pela zona de*

---

<sup>50</sup> Ver: POPOFSKY, Mark S. Section 2, Safe Harbors and the Rule of Reason. *George Mason Law Review*, vol. 15:5, 2018; e EDWARDS, Lindsey M. WRIGHT, Joshua D. The Death of Antitrust Safe Harbors: Causes and Consequences. *George Mason Law Review*, vol. 23:5, 2016.

<sup>51</sup> POPOFSKY, Mark S. Section 2, Safe Harbors and the Rule of Reason. *George Mason Law Review*, vol. 15:5, 2018. P. 1296.

<sup>52</sup> Resumidamente, no caso de uma infraestrutura essencial, os órgãos de defesa da concorrência costumam exigir quatro elementos para configuração da conduta de recusa de contratar, quais sejam: a existência de um insumo essencial detido por um monopolista; inviabilidade legal ou econômica de sua duplicação; a recusa em conceder acesso ao insumo a um competidor no mercado-alvo; e a habilidade prática do monopolista em fornecer o acesso à infraestrutura sem comprometer o acesso previamente concedido.

*segurança não estão isentas às leis concorrenciais e nem a existência da zona de segurança exclui a investigação de uma infração anticompetitiva*”<sup>53</sup>.

As zonas de conforto foram definidas em guias publicados pelas agências para orientar tanto as cortes como as empresas submetidas à lei antitruste. Pode ser citada como uma zona de segurança prevista no Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, uma cooperação entre concorrentes quando a participação de mercado conjunta das partes não superar 20% de cada mercado relevante envolvido. Da mesma forma, paira sobre as *joint ventures* para pesquisa e desenvolvimento uma presunção de licitude.

**(vi) Debates recentes dignos de nota**

Para uma visão completa das metodologias debatidas e aplicadas nos Estados Unidos, é válido ter em mente, ainda, as mudanças atuais pelas quais o modelo norte-americano tem passado nos últimos anos, provocadas por debates sobre a insuficiência da abordagem do regime antitruste utilizado até então, especialmente no contexto de investigações em mercados digitais.

Relevante, nesse sentido, a posição de KHAN e CHOPRA que fundamentam tal crítica tendo por base dois objetos principais: o sistema de adjudicação e a adoção da regra da razão. Note-se:

“Balancing short-term losses against future predicted gains calls for ‘speculative, possibly labyrinthine, and unnecessary’ analysis and appears to exceed the abilities of even the most capable institutional actors. Generalist judges struggle to identify anticompetitive behavior and to apply complex economic criteria in consistent ways. Indeed, judges themselves have criticized antitrust standards for being highly difficult to administer. And if a standard isn’t administrable, it won’t yield predictable results”<sup>54</sup>.

Além da dificuldade prática na aplicação da regra da razão, os autores indicam como aspectos negativos dessa metodologia a falta de clareza nos critérios adotados e a longa duração das investigações até a decisão final, o que torna a implementação da lei concorrencial um processo custoso e ineficiente. Em contrapartida, a adoção de regras *per se*, segundo eles, se

---

<sup>53</sup> OCDE. Roundtable on Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law – United States Contribution. 2017. p. 7.

<sup>54</sup> CHOPRA, Rohit. KHAN, Lina. The Case for “Unfair Methods of Competition” Rulemaking. *University of Chicago Law Review*, vol. 87, 2020, p. 359.

mostraria mais facilmente administrável por juízes, que estão acostumados a aplicar leis proibitivas, sem a necessidade de ter conhecimento específico sobre análise econômica, além de melhor sinalizar os padrões de conduta que são vedados.

Mas também a aplicação da regra *per se* no direito estadunidense tem sido objeto de questionamentos recentes. KOVACIC revela que a jurisprudência baseada no Sherman Act tem apresentado importantes expansões e contrações sobre a categoria dos comportamentos que ensejam uma condenação sumária. Em função disso, sugere que sejam realizados ajustes na categorização de condutas que, dentro de um quadro geral de aplicação da regra da razão, merecem ser tratadas como *per se* ilícitas. As propostas apresentadas pelo autor indicam que as agências antitruste, as instituições acadêmicas e organizações da sociedade civil deveriam participar do que chamou de “redefinição periódica” dos limites e da classificação da regra *per se*, com os objetivos de, entre outros, reforçar a importância informativa da classificação de ilícitos *per se*, ampliar a administrabilidade de investigações, facilitar a adaptação da regra *per se* e tornar esse processo mais transparente<sup>55</sup>.

Como forma superação das deficiências apontadas, tanto KOVACIC como KHAN e CHOPRA sugerem a adoção da perspectiva de *rulemaking* pelo FTC. O primeiro autor cita o *rulemaking* dentro de uma gama mais ampla de possíveis mecanismos para se atingir as adaptações propostas, dentre eles, o estabelecimento de uma agenda de pesquisa, o trabalho em colaboração das agências para a priorização de casos, a criação de guias sobre *enforcement* e política antitruste. O FTC poderia, então, fazer uso dos processos de reavaliação, dos programas de pesquisa e da experiência da autoridade antitruste na aplicação da Section 1 do Sherman Act para esclarecer os princípios *per se* já existentes e ajustar o escopo de seu alcance.

Já KHAN e CHOPRA sugerem, de modo mais direcionado e evidente, o *rulemaking*, em oposição à ideia de adjudicação, como resposta ao modelo baseado numa regra da razão falha (ou pouco efetiva). Ou seja, defendem que possam ser criadas, com base em processos administrativos, normas sobre a definição de condutas ilícitas e a aplicação das leis antitruste – não como uma forma de imposição rígida por parte da administração pública, mas em um conceito maior de elaboração de padrões, guias, critérios e presunções, porém revestidos de caráter vinculante<sup>56</sup>. Em particular, o FTC, enquanto agência especializada, deveria versar sobre

---

<sup>55</sup> KOVACIC, William E. The Future Adaptation of the Per Se Rule of Illegality in U.S. Antitrust Law. *Columbia Business Law Review*, vol. 33, n. 1, 2021.

<sup>56</sup> Ver: CHOPRA, Rohit. KHAN, Lina. The Case for “Unfair Methods of Competition” Rulemaking. *University of Chicago Law Review*, vol. 87, 2020, pp. 366-367.

as regras de interpretação e aplicação dos “métodos injustos (ou desleais) de competição” de que trata a Section 5 do FTC Act. O *rulemaking*, então, seria o caminho para, de forma mais ágil, promover as mudanças que se entendem necessárias para tornar o *enforcement* antitruste menos custoso e ambíguo e mais transparente, participativo e democrático.

Em 2021, referidas propostas passaram a ser efetivamente perseguidas pela agência<sup>57</sup>, culminando na edição, em novembro de 2022, do “Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act”<sup>58</sup>. O documento tem como objetivo descrever os princípios chave que devem nortear a análise de quando uma conduta configura um método injusto de concorrência, a partir de precedentes, análises do FTC e de outras ações de *enforcement* anteriores. No conceito adotado na Policy Statement, as hipóteses abrangidas como condutas proibidas pelo FTC Act seriam mais amplas do que aquelas alcançadas pelo Sherman e pelo Clayton Act, incluindo diferentes tipos de práticas desleais que tendem a afetar as condições competitivas de forma negativa. Em outras palavras, entendendo-se que a Section 5 possui objetivos distintos, a forma de análise de uma investigação não deveria focar na regra da razão, como comumente adotada nos casos analisados sob o Sherman Act, mas “*ao invés disso focará em deter métodos injustos (ou desleais) de concorrência em sua incipiência, baseado em sua tendência a prejudicar as condições competitivas*”. Merece destaque, por exemplo, o quanto disposto sobre as potenciais justificativas a serem apresentadas pelos investigados, aumentando o rigor a ser demonstrado pela defesa: não só indica que a chance de se sustentarem é pequena, como também estabelece mais requisitos a serem superados, sendo necessário que a justificativa seja reconhecível, específica e não ocasional e que os benefícios sejam percebidos no mercado afetado, além de ser ônus da empresa investigada mostrar que os efeitos pró-competitivos compensam os negativos.

Percebe-se, assim, em verdade, que embora a intenção tenha sido de esclarecer ao público em geral, às empresas e à comunidade antitruste sobre a aplicação da Section 5 do FTC Act, o Policy Statement afastou conceitos e regras já conhecidos do Direito Concorrencial, dando lugar a novas perspectivas, bastante amplas e não necessariamente revestidas da clareza necessária para uma implementação eficiente e efetiva, como pretendida. Essa foi, inclusive,

---

<sup>57</sup> É válido pontuar que Lina Khan, uma das autoras das propostas de *rulemaking* pelo FTC assumiu em 2020 a função de Presidente da agência.

<sup>58</sup> FTC, Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act. Commission File No. P221202. Novembro, 2022.

uma das principais críticas apontadas pela Comissária dissidente, Christine S. Wilson, para quem não só o documento reflete uma rejeição ao padrão do bem-estar do consumidor e à regra da razão, como também revoga o *statement* anterior (datado de 2015), sem instituir um novo guia, deixando os administrados no escuro, sem saber onde traçar a linha do que é uma conduta lícita ou ilícita<sup>59</sup>.

Especificamente sobre o abandono da regra da razão, Wilson registrou ainda que a metodologia descrita no Policy Statement representa uma abordagem quase-*per se*, que defende ser inconsistente com os princípios concorrenciais, uma vez que minimiza ou ignora o racional econômico por trás da conduta investigada e as potenciais eficiências que pode gerar, permitindo uma condenação sumária não porque a experiência das cortes e estudos revelam ser uma prática inerentemente irrazoável, mas apenas porque a ela foi atribuída uma adjetivação de ser “*unfair*”<sup>60</sup>.

### 1.1.1. Síntese das metodologias desenvolvidas nos Estados Unidos

Em conclusão, ao se analisar em conjunto todas as metodologias e ferramentas que têm sido utilizadas nos Estados Unidos em casos que investigam condutas potencialmente anticompetitivas, como apresentadas nesta Seção 1.1, nota-se que a interpretação dada à regra *per se* e à regra da razão, padrões tradicionais, variou ao longo do tempo, afastando-se de uma visão inicial dicotômica para a abertura a posições intermediárias. Dentro dessas formas que se encontram no meio do caminho, podem ser citadas como principais a abordagem *quick look*, a ideia de *continuum*, a regra da razão estruturada e *safe harbors* ou zonas de conforto, mas não há uma linha clara que distinga cada uma delas – ao contrário, se confundem porque são

---

<sup>59</sup> FTC, Dissenting Statement of Commissioner Christine S. Wilson Regarding the “Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act” Commission File No. P221202. Novembro, 2022.

<sup>60</sup> Expressamente, afirma Wilson que “The Policy Statement not only abandons the rule of reason, it applies a quick look analysis that approximates *per se* condemnation. Specifically, the Policy Statement advances a framework that condemns conduct with little showing necessary to establish a *prima facie* case while also ruling out meaningful consideration of efficiencies and other benefits or justifications. This approach is inconsistent with antitrust principles. *Per se* rules are reserved for conduct that is so inherently and commonly understood to be unreasonable that courts dispense with a rule of reason analysis. Although courts have eliminated the dichotomy between *per se* and rule of reason analysis, and endorsed abbreviated analysis, courts have not summarily condemned conduct without considering likely competitive effects in some manner. As the Commission has explained, an abbreviated analysis is reserved for conduct that is “inherently suspect owing to its likely tendency to suppress competition. Such conduct ordinarily encompasses behavior that past judicial experience and current economic learning have shown to warrant summary condemnation.”

conceitos ainda em construção, dependentes da atividade das cortes, especialmente relevantes quando se trata de um sistema de *common law*.

Ainda, mesmo se reconhecendo o encolhimento das hipóteses que são consideradas ilícitas *per se*<sup>61</sup>, a regra de proibição absoluta ainda é empregada nos Estados Unidos e, mais recentemente, parece haver uma inclinação ao retorno a regras quase-*per se*. Quanto à regra da razão, embora seja estabelecida essencialmente com base em dois pressupostos, atribuição de ônus da prova e balanceamento de efeitos, o segundo deles é de difícil verificação na prática. Talvez justamente por isso, as alternativas de métodos intermediários tenham surgido, como forma de justificar a ausência de necessidade de realização da etapa final da regra da razão completa, adotando-se presunções com base na experiência pretérita das cortes.

Por fim, os debates atuais, introduzidos a partir de um olhar sobre as ferramentas antitruste na era digital, são ainda muito recentes para se concluir acerca de seus reais impactos sobre a política de defesa da concorrência norte-americana. Mas, ao observar esses movimentos, é possível apontar considerações importantes, especialmente sobre dois aspectos. Da perspectiva de *enforcement*, nota-se que, mesmo nos Estados Unidos, em que o sistema é baseado no *common law*, há atualmente espaço para a defesa, sob a bandeira de atores bastante influentes, da necessidade de se estabelecerem regras escritas e *ex ante* mais claras para embasar investigações e análises de condutas potencialmente anticompetitivas. Da perspectiva da metodologia em si, nota-se também uma tendência a privilegiar regras *per se* em detrimento da regra da razão, voltando-se aos primórdios do antitruste.

## 1.2. O modelo europeu

Logo de início, vale pontuar que os países da Europa possuem tradição romano-germânica, adotando, assim, o sistema civilista. Portanto, nesse modelo, o papel da jurisprudência, apesar de relevante forma de sinalização, não é vinculante e a decisão sobre um

---

<sup>61</sup> JONES e KOVACIC pontuam que “the trend in modern US jurisprudence has been to reduce the number of offenses deemed to be illegal *per se*”. No mesmo sentido, CROSS destaca que “over the last twenty-five years, the trend in the United States Supreme Court has been to narrow and refine the range of conduct subject to the *per se* rule”. Ver: JONES, Alison. KOVACIC, William E. Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework. *GWU Law School Public Law Research*, n. 12, 2017. P. 17; e CROSS, Jeffrey M. A Review of the Treatment of the *Per Se* Rule by the U.S. Supreme Court Over the Last Twenty-Five Years: A Response to Albert Gourley's Proposal to Add a *Per Se* Rule to Canada's Competition Law. *Loyola Consumer Law Review*, vol. 14, 2002.



caso concreto sempre dependerá da interpretação do julgador sobre a subsunção dos fatos analisados à norma posta.

Ademais, na União Europeia, diferentemente do modelo utilizado nos Estados Unidos da América, é a partir da própria lei concorrencial que os dois métodos empregados para a caracterização da infração antitruste foram introduzidos: restrições pelo objeto e pelos efeitos. Isso porque os termos apareceram pela primeira vez no Tratado de Roma, datado de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE) – por isso, Tratado da Comunidade Europeia (TCE) –, que possuía um Capítulo, dentro do Título “Regras comuns relativas à concorrência, à tributação e à aproximação das legislações”, dedicado às “Regras de Concorrência”. No então art. 85, constava:

“São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por **objeto**<sup>62</sup> ou por **efeito** impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum [...]” (grifos próprios).

Posteriormente, em 1997, por meio do Tratado de Amsterdã, o referido artigo teve sua numeração alterada, passando a ser o art. 81, mas mantendo seu exato mesmo conteúdo. Similarmente, em 2007, com o Tratado de Lisboa, o TCE deu lugar ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFEU (para o acrônimo em inglês) e os dispositivos que se referiam aos temas de concorrência foram transferidos para os arts. 101 e seguintes, sendo que os arts. 101 e 102, que são a base da persecução antitruste na Comissão Europeia, mantiveram-se iguais e assim permanecem, em vigor até os dias atuais<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Vale esclarecer que a versão oficial em português, utilizou o termo “objectivo”. No entanto, observando-se as versões em inglês (“object”), francês (“objet”), espanhol (“objeto”) e italiano (“oggetto”), nota-se que a terminologia mais adequada seria empregar “objeto” no lugar de “objetivo”. As traduções aqui apresentadas são livres e refletem a melhor interpretação extraída das versões em diferentes línguas, contendo ainda algumas adaptações para a ortografia utilizada no português brasileiro.

<sup>63</sup> Para uma compreensão completa do objeto em estudo, transcrevem-se abaixo também os textos originais, em inglês:

- Article 101:

1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts. 2. Any agreements or decisions prohibited pursuant

De maneira simplificada, o primeiro parágrafo do art. 101, além da descrição já transcrita acima, estabelece uma lista de situações particulares em que tais objetos ou efeitos podem estar presentes, quais sejam: (i) fixação de preços e outras condições comerciais; (ii) limitação ou controle da produção, distribuição, desenvolvimento técnico ou investimentos; (iii) divisão de mercados ou fontes de abastecimento; e (iv) subordinação à aceitação de prestações que não possuem relação com o objeto do contrato. O parágrafo segundo prevê que esses acordos ou decisões são nulos de pleno direito. Já o terceiro parágrafo permite o afastamento da aplicação do parágrafo 1 quando os acordos, decisões de associações ou práticas concertadas (ou categorias deles) (i) contribuírem para melhorar a produção ou distribuição ou para promover progresso técnico ou econômico; (ii) desde que as partes recebam uma divisão equitativa dos lucros; e que (iii) não imponham restrições não indispensáveis à consecução dos objetivos; e (iv) não permitam às empresas participantes a eliminação da concorrência em relação a uma parte substancial dos produtos relativos.

Na sequência, o art. 102 vem para fundamentar a proibição a práticas de exploração abusiva de posição dominante no mercado comum ou em parte substancial dele, podendo consistir<sup>64</sup>: (i) na imposição de preços e outras condições transacionais não equitativas; (ii) na limitação da produção, distribuição ou desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; (iii) na aplicação de condições desiguais a parceiros comerciais quando as prestações são equivalentes; e (iv) na subordinação à aceitação de prestações que não possuem relação com o objeto do contrato.

---

to this article shall be automatically void. 3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of: - any agreement or category of agreements between undertakings, - any decision or category of decisions by associations of undertakings, - any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives; (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question. - Article 102:

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in: (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions; (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers; (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

<sup>64</sup> Outra observação interessante decorrente da tradução do regulamento em línguas diferentes: em português, no *caput* do art. 101 é utilizada a expressão “designadamente” e no *caput* do art. 102, “nominalmente”, permitindo, assim, a interpretação de que as situações ali descritas denotam um conceito fechado. Entretanto, nas demais versões verificadas, foram empregados termos que significam “em particular” (espanhol, inglês e italiano) ou “notavelmente” (francês), ou seja, indicam algumas situações específicas, mas não taxativas.

Assim, dois aspectos extremamente importantes da estrutura normativa utilizada na União Europeia já podem ser apontados. Primeiramente, os artigos que fundamentam a repressão às condutas anticompetitivas, naquela jurisdição, se dividem em dois – um para acordos colusivos e outro para práticas de abuso de posição dominante – ainda que as formas particulares de configuração do ilícito sejam bastante semelhantes. Em segundo lugar, atente-se para que, na literalidade do art. 102, não se encontram as expressões “por objeto” e “por efeito” – o que, numa primeira leitura, permitiria uma interpretação de que tal distinção não se aplicaria a condutas de abuso de posição dominante, mas apenas a práticas colusivas. Essas e outras questões específicas serão aprofundadas no próximo subitem.

Ainda a título introdutório, outro tópico que merece destaque é a referência que ambos os dispositivos fazem ao mercado comum europeu e ao comércio entre os Estados-Membros. Nesse sentido, é relevante lembrar que as regras de natureza antitruste<sup>65</sup> surgiram, na União Europeia, no contexto de criação do mercado único, como um componente de integração regional<sup>66</sup>. Então, a proteção da concorrência assume um caráter instrumental, com vistas a efetivar as demais políticas europeias, se moldando, em especial, pelo crescimento econômico, social e ambiental equilibrados, com coesão entre os países que a integram<sup>67</sup>.

Ainda, observa-se que, na Europa, a implementação da política de defesa da concorrência é essencialmente realizada pela via administrativa<sup>68</sup>, pela Comissão Europeia, mais precisamente pelo Diretório Geral de Concorrência (“DG COMP”), uma de suas agências executivas, responsável por aplicar as regras concorrenciais dos arts. 101 a 106 do TFEU<sup>69</sup>. As decisões da Comissão só podem ser revistas em duas instâncias: na Corte Geral e na Corte de Justiça da União Europeia.

Vale também notar que, em que pese a disciplina básica da política de *enforcement* antitruste europeia estar contida nos artigos do TFEU destacados acima, ela é marcada pela

---

<sup>65</sup> Esclarecimento oportuno se faz para pontuar que, na União Europeia, é comum fazer uma distinção entre “*antitrust*”, para se referir ao controle de condutas, e “*merger control*”, para se referir ao controle de estruturas. Dentro do conceito de “defesa da concorrência”, há ainda “*state aid*” que regula a concessão de apoio financeiro por parte dos governos dos Estados-Membros a empresas privadas. No presente trabalho, porém, antitruste é utilizado como sinônimo de defesa da concorrência e, portanto, engloba os dois primeiros sentidos.

<sup>66</sup> Ver: SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 2.

<sup>67</sup> Ver: FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste, 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 213.

<sup>68</sup> Ver: PRADO, Luiz Carlos Delorme. Política de Concorrência e Desenvolvimento: Reflexões sobre a Defesa da Concorrência em uma Política de Desenvolvimento. *Cadernos do Desenvolvimento – Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento*, v. 6, n. 9. Rio de Janeiro, 2011.

<sup>69</sup> Conforme informado no sítio eletrônico da Comissão Europeia ([https://ec.europa.eu/info/departments/competition\\_en](https://ec.europa.eu/info/departments/competition_en)).

edição de diferentes instrumentos jurídicos, como regulamentos, contendo regras gerais de implementação e regras sobre condutas ou setores específicos. É o caso dos regulamentos que preveem isenções em bloco (*block exemptions*), especificando as condições que tornam certos tipos de acordos isentos da proibição disciplinada no art. 101(1) do TFEU. Em especial, citam-se as duas isenções em bloco horizontais (“HBERs”) – sobre pesquisa e desenvolvimento (Regulamento da Comissão nº 1217/2010) e especialização (Regulamento da Comissão nº 1218/2010) –, atualmente em processo de revisão, e o Regulamento da Comissão nº 2022/720 sobre a aplicação do artigo 101(3) do TFEU a categorias de acordos verticais e práticas concertadas (“VBER”), em substituição ao Regulamento da Comissão nº 330/2010.

Complementam ainda os materiais editados pela Comissão que auxiliam e delineiam a aplicação da legislação concorrencial pela autoridade europeia documentos não regulatórios (*soft law*), na forma de guias e notas, com o intuito de detalhar e esclarecer a aplicação das regras pela Comissão<sup>70</sup>, dos quais, especificamente na questão sobre metodologias de análise de condutas, destacam-se: Guia sobre a aplicação do artigo 81 (3) do Tratado (2004) (“Guia do Artigo 101(3)”); Guia sobre as prioridades de *enforcement* da Comissão na aplicação do artigo 82 do Tratado sobre condutas exclusionárias abusivas por agentes dominantes (2009) (“Guia do Artigo 102”); Guia para a análise de acordos de cooperação horizontal (2011) (“Guia Horizontal”); Nota sobre acordos de menor importância que não restringem significativamente a concorrência nos termos do artigo 101(1) do TFEU (2014) (“Nota *De Minimis*”); Guia sobre restrições à concorrência “pelo objeto” para fins da definição de quais acordos podem se beneficiar da Nota *De Minimis* (2014) (“Guia ‘pelo objeto’”) e o recém-atualizado Guia sobre restrições verticais (2022) (“Guia Vertical”).

É a partir desse contexto geral que as interpretações e construções metodológicas adotadas pelas cortes e pela Comissão serão analisadas a seguir.

### **(i) Restrições pelo objeto**

De partida, como já pontuado, a referência ao “objeto de restringir, impedir ou falsear a concorrência” se faz presente apenas na redação do art. 101. Assim, a rigor, uma análise por

---

<sup>70</sup> Conforme informado no sítio eletrônico da Comissão Europeia ([https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/legislation\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/legislation_en)).

objeto só seria admitida em relação aos acordos, verticais ou horizontais, restritivos da concorrência e práticas concertadas. Esta subseção partirá desta perspectiva.

As definições utilizadas na Europa dão conta de que, caso um acordo ou uma prática tenham pela sua própria natureza (ou objeto) potencial restrição à concorrência, não se faz necessário apurar os reais efeitos anticompetitivos da conduta. Assim, é estabelecida uma presunção em desfavor de restrições que, seguindo os objetivos perseguidos pelas regras concorrenciais da Comunidade Europeia e a experiência das autoridades, são propensas a produzir efeitos negativos no mercado<sup>71</sup> ou, em outras palavras, um grau suficiente de dano à competição.

Esta visão parece ser, no entanto, simplista, devendo ser esclarecido em que consiste um objeto que, em si, limita a livre concorrência. Esse exercício se mostra presente tanto nos guias da Comissão como nas suas decisões. Indica-se que são diferentes fatores que devem ser analisados para a definição se um arranjo tem ou não como objeto restringir a concorrência.

Em primeiro lugar, vale pontuar a função atribuída ao elemento volitivo. Identificar que o potencial infrator tinha por vontade provocar efeitos anticompetitivos não é uma condição necessária para caracterizar uma restrição pelo objeto, mas é reconhecido o papel que evidências que demonstrem intenção subjetiva dos agentes investigados têm nesta definição<sup>72</sup>.

Além do propósito objetivo da conduta, são também destacados como fatores relevantes: o conteúdo do acordo, o contexto em que é aplicado e o real comportamento das partes no mercado. Isso significa que, para o modelo europeu, pode ser necessário realizar a análise dos fatos e das circunstâncias específicas do caso antes de se concluir que se trata de uma restrição por objeto.

Essa perspectiva poderia levar a crer que não há qualquer definição *a priori* de tipos de condutas que são entendidas como ilícitas pelo objeto, mas que, ao contrário, a avaliação sempre estaria adstrita ao caso concreto, a partir da análise das estruturas de mercado e seus efeitos. No entanto, explica PEEPERKORN, isso iria de encontro à própria razão de se criar uma presunção e uma categoria para restrições por objeto, já que afastaria qualquer benefício de redução de custos de *enforcement* ao se fazer necessário realizar uma análise por efeitos para se definir se uma restrição se enquadra como “pelo objeto”<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Ver: Guia do Art. 101(3), par. 21.

<sup>72</sup> Ver: Guia do Art. 101(3), par. 22.

<sup>73</sup> PEEPERKORN, Luc. Defining “by object” restrictions. *Concurrences* n. 3, 2015. p. 45.

A resposta para o autor está, então, em identificar que existem dois níveis de análise: inicialmente, a pergunta que deve ser endereçada é como determinar se um tipo particular de restrição provoca, geralmente, efeitos líquidos negativos ao mercado; em segundo lugar, questiona-se se, diante de um caso individual, aquela restrição em específico pode ser considerada uma restrição por objeto<sup>74</sup>.

Nesse contexto, vale jogar luz também ao conceito de restrição “*hardcore*”, que muitas vezes parece se confundir com o de restrição “pelo objeto”, tendo a Comissão já esclarecido que considera que “*hardcore restrictions*” geralmente constituem “*restrictions by object*”<sup>75</sup>.

Com efeito, na prática, essa aproximação é quase sempre verificada, sendo raras e excepcionais as situações em que não há coincidência entre as classificações<sup>76</sup>. Mas a correta definição de “*hardcore restriction*” indica restrições severas à concorrência e que, por isso, afastam um benefício concedido por *block exemption*, sendo enumeradas de forma específica nos regulamentos que instituem essas isenções. Assim, as listas de restrições *hardcore* refletem as condutas entendidas como tipos de ilícito pelo objeto cobertas por aquele regulamento, à época de sua elaboração<sup>77</sup>. Ou seja, a ideia de limitação *hardcore* responde ao primeiro nível de análise de definição de restrições pelo objeto, mas não ao segundo – mesmo restrições *hardcore* podem ser objetivamente necessárias para a consecução de um acordo mais amplo e sem natureza anticompetitiva e, nesse caso, não configuram uma prática restritiva pelo objeto.

Mas a DG COMP também já listou os principais exemplos de condutas que configuram restrições pelo objeto – deixando claro, entretanto, que referida listagem não é fechada e poderá ser atualizada (ampliada ou reduzida) a partir de desenvolvimentos da jurisprudência. Em 2014, foi lançado o Guia “pelo objeto”, em que são detalhados e esclarecidos os princípios gerais de cada conduta, com sua definição e citação de precedentes, e as situações que podem se beneficiar de *safe harbors*. Fazem parte dessa lista acordos entre concorrentes e acordos verticais. Dentre os primeiros, estão aqueles que estabelecem fixação de preços, divisão de

---

<sup>74</sup> PEEPERKORN, Luc. Defining “by object” restrictions. *Concurrences* n. 3, 2015. p. 43.

<sup>75</sup> Guia “pelo objeto”, p. 5.

<sup>76</sup> Vale observar, nesse aspecto, a afirmação feita pelo AG Wahl no julgamento do caso *Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH* (Case C-230/16), em que esclarece que “it is necessary to distinguish the exercise consisting in identifying a ‘restriction of competition by object’ within the meaning of Article 101(1) TFEU and the characterisation, for the purposes of the application of a block exemption regulation, of certain types of conduct as hardcore restrictions — in this instance those referred to in Article 4(b) and (c) of Regulation No 330/2010. The fact nonetheless remains that, in both cases, it is a matter of identifying the conduct that is presumed to be particularly harmful for competition by reference to the assessment of the immediate economic and legal context of the measures adopted by the undertakings”.

<sup>77</sup> PEEPERKORN, Luc. Defining “by object” restrictions. *Concurrences* n. 3, 2015. P. 43.

mercado, restrições de insumos, manipulação de licitações, boicotes coletivos, troca de informações sobre preços e quantidades futuras, e restrições sobre pesquisa e desenvolvimento e uso de tecnologia própria. Para acordos verticais, são listadas restrições de vendas a compradores, a vendedores e relativas a licenças e fixação de preço de revenda.

Portanto, para o primeiro nível de análise da configuração de restrição pelo objeto, deve-se entender se a conduta é enquadrada nos tipos e critérios gerais da categoria, definidos com base na experiência adquirida com a investigação de diversos casos, suficiente para se criar um consenso de que a prática normalmente levará a um resultado líquido negativo para a concorrência e para consumidores.

Para a segunda indagação, é necessário analisar o contexto jurídico e econômico que envolve a prática investigada, o que chegou a ser confundido com uma análise por efeitos<sup>78</sup>. Porém, em verdade, trata-se de avaliar certas circunstâncias, como: se envolve um acordo entre concorrentes ou não concorrentes, se é parte funcional de um acordo mais amplo que gera eficiências, e se existe uma necessidade ou justificativa objetiva para a adoção da prática. Nesta etapa, devem ser examinadas características gerais dos mercados afetados, como a natureza dos bens ou serviços e suas reais condições e estruturas (por exemplo, se configura um mercado de dois lados), mas não aspectos detalhados como as participações de mercado das partes envolvidas e os potenciais efeitos gerados.

Por último, ainda que o caráter de restrição por objeto tenha sido verificado diante de um caso concreto, sempre caberá, como possibilidade de defesa do investigado, pugnar pelo afastamento da configuração da infração, com fundamento no art. 101(3), individualmente. Mais uma vez, a partir da prática decisória, essa hipótese se mostra bastante incomum, mas não se pode deixar de reconhecê-la como possível pelo arcabouço legal europeu – sendo este, talvez, o principal ponto de diferenciação entre a regra *per se* norte-americana e a análise formal ou baseada no objeto.

Como visto anteriormente, o art. 101(3) do TFEU previu situações que seriam isentas de *enforcement* antitruste, ainda que enquadradas no disposto no art. 101(1), em razão de

---

<sup>78</sup> No julgamento do caso *Allianz Hungária/Generali-Providencia* (Case C-32/11) pela Corte, por exemplo, é difícil distinguir o que é uma análise preliminar de busca pela categorização de restrição pelo objeto e o que é uma análise de efeitos. Veja-se o seguinte trecho: Furthermore, those agreements would also amount to a restriction of competition by object in the event that the referring court found that it is likely that, having regard to the economic context, competition on that market would be eliminated or seriously weakened following the conclusion of those agreements. In order to determine the likelihood of such a result, that court should in particular take into consideration the structure of that market, the existence of alternative distribution channels and their respective importance and the market power of the companies concerned.

determinados objetivos de interesse público. Tais hipóteses são genéricas e baseadas, essencialmente, em requisitos de eficiência, isonomia, meios menos restritivos e grau da restrição. Dessa forma, a legislação europeia estabelece critérios para a desconsideração de práticas como anticompetitivas, concedendo um benefício aos agentes privados que as realizem. Trata-se de uma previsão da possibilidade de legitimação da conduta<sup>79</sup>, quando presentes as justificativas expressamente previstas no parágrafo terceiro.

Esse mecanismo é muitas vezes compreendido como uma válvula de escape do modelo europeu, com definição dada por FORGIONI, como um meio técnico que permite à realidade permear o processo de interpretação e de aplicação das normas contidas nas leis antitruste, como forma de evitar que eventual aplicação literal pudesse gerar efeitos contrários aos almejados com a própria legislação<sup>80</sup>. Por esse motivo – ou seja, por configurar uma maneira de reinterpretar e flexibilizar a rigidez da norma concorrencial – cogitou-se a aproximação entre o mecanismo de isenções com a regra da razão. Ocorre, porém, que a isenção é aplicável a qualquer conduta caracterizada, inicialmente, como uma infração ao art. 101(1), quer seja ela intrinsecamente anticoncorrencial ou não<sup>81</sup>.

## **(ii) Restrições por efeitos**

Partindo das considerações feitas acima sobre a caracterização das restrições por objeto, é possível inferir que, ao menos para o art. 101, a “análise por efeitos” nada mais seria do que uma etapa adicional à metodologia por objeto. Com efeito, pelo direito comunitário europeu, a análise por efeitos pode ser considerada subsidiária, uma vez que apenas é aplicada quando não configurada a restrição por objeto<sup>82</sup>.

Ao mesmo tempo, entretanto, é válido destacar que possuir um objeto anticompetitivo como sua própria natureza é, na verdade, a exceção – devendo ser sempre entendido de maneira

---

<sup>79</sup> FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste, 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 212

<sup>80</sup> FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste, 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 202

<sup>81</sup> Guia do Art. 101(3), par. 20: “[...] Article 81(3), on the other hand, does not distinguish between agreements that restrict competition by object and agreements that restrict competition by effect. Article 81(3) applies to all agreements that fulfil the four conditions contained therein”.

<sup>82</sup> Guia Horizontal, par. 24: “It is not necessary to examine the actual or potential effects of an agreement on the market once its anti-competitive object has been established”.



restritiva<sup>83</sup>. Para a maioria das condutas anticompetitivas, aqui incluídas tanto as práticas concertadas do art. 101 como o abuso de posição dominante do art. 102, é necessário que se realize uma análise completa dos efeitos reais e potenciais que dela podem decorrer.

Nesse sentido, é função da autoridade avaliar os eventuais efeitos nocivos que a conduta pode acarretar. Na perspectiva de *enforcement* antitruste, haja vista a amplitude da norma e a ambiguidade dos resultados que podem causar ao mercado e à concorrência, parece haver consenso em torno da lógica de avaliação de efeitos – daí porque é ainda mais comum a aproximação entre “análise por efeitos” e “regra da razão”.

Mas é também importante examinar quais são os passos dessa análise adotados em cada jurisdição e premissas que a norteiam. Ainda sobre a aplicação do art. 101, o Guia Horizontal apresenta os princípios fundamentais para sua apreciação, lembrando que são duas etapas principais, baseadas no par. 1 e no par. 3 do artigo<sup>84</sup>. No caso de restrições por efeitos, procede-se a uma análise de balanceamento entre efeitos restritivos e pró-concorrenciais, dentro do quadro definido pelo art. 101(3).

Neste mesmo guia, são descritos acordos, decisões de associações e práticas concertadas relacionados a cooperações horizontais que, se não caracterizadoras de restrição por objeto, devem seguir uma análise por efeitos (troca de informações, acordos de pesquisa e desenvolvimento, contratos de industrialização, acordos de compra e de comercialização e de normalização), sendo indicadas as principais preocupações em cada caso e os elementos que a Comissão geralmente analisa para verificar se se trata de uma conduta proibida nos termos do art. 101.

Da mesma forma, o Guia Vertical, além de indicar os parâmetros gerais para análise de acordos entre agentes em diferentes estágios de uma mesma cadeia produtiva, aponta como restrições verticais específicas: *single branding*, fornecimento exclusivo, restrições ao uso de

---

<sup>83</sup> Ver, por exemplo, a opinião do AG Wahl no julgamento do caso *Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission* (Case C-67/13 P), parágrafos 54-59. Em especial: “I propose that a relatively cautious attitude should be maintained in determining a restriction of competition by object”.

<sup>84</sup> Guia Horizontal, par. 20: “The assessment under Article 101 consists of two steps. The first step, under Article 101(1), is to assess whether an agreement between undertakings, which is capable of affecting trade between Member States, has an anti-competitive object or actual or potential restrictive effects on competition. The second step, under Article 101(3), which only becomes relevant when an agreement is found to be restrictive of competition within the meaning of Article 101(1), is to determine the pro-competitive benefits produced by that agreement and to assess whether those pro-competitive effects outweigh the restrictive effects on competition. The balancing of restrictive and pro-competitive effects is conducted exclusively within the framework laid down by Article 101(3). If the pro-competitive effects do not outweigh a restriction of competition, Article 101(2) stipulates that the agreement shall be automatically void”.

*marketplaces online*, restrições ao uso de serviços de comparação de preços, obrigações de paridade, pagamentos de taxa de acesso, acordos de gestão de categorias e venda casada.

De maneira geral, são etapas e elementos comuns da análise por efeitos dos acordos horizontais e verticais: a natureza do acordo e extensão da restrição à competição; a constatação de poder de mercado e outras características do mercado (natureza dos produtos ou serviços; fatia do mercado detida pelas partes, pelos concorrentes e, eventualmente, pelos agentes nos elos subsequentes da cadeia; a existência de concorrentes potenciais e de barreiras à entrada; dinâmica do mercado); e a comparação contrafactual (ou seja, é necessário levar em consideração “*o contexto em que a concorrência se processaria efetivamente na ausência do acordo com as suas alegadas restrições*”<sup>85</sup>). A depender da prática que se está investigando, outros fatores podem também ser relevantes, como a facilitação a um comportamento colusivo.

Ainda, o Guia Horizontal detalha as etapas percorridas na análise da aplicação do art. 101(3) – o que pode ser aplicado também a restrições por objeto, como já observado. Nesse momento, são quatro os requisitos, cumulativos, a serem avaliados: (i) benefícios objetivos em termos de eficiências produzidas; (ii) o compartilhamento dos ganhos percebidos com os consumidores; (iii) teste de indispensabilidade; (iv) ausência de eliminação da concorrência.

Contudo, vale lembrar que a análise por efeitos também (e principalmente) se dá a casos de aplicação do art. 102, que trata de condutas de abuso de posição dominante. Então, o quadro geral utilizado pela Comissão na análise e decisão de abertura de investigações sobre práticas abusivas, especificamente relativas a comportamentos exclusionários, também se encontra disciplinado em guia orientativo, o Guia do Artigo 102.

A abordagem prevista no Guia contém as seguintes etapas principais:

- (i) Avaliação do poder de mercado, para definição se a empresa possui posição dominante e o grau de seu poder de mercado. Esta etapa deve considerar a posição de mercado da empresa dominante e de seus concorrentes; dinâmica do mercado e probabilidade de expansão e de entrada de novos competidores; e, ainda, a existência de poder compensatório por parte dos compradores.
- (ii) Fechamento de mercado anticompetitivo, como sendo aquele fechamento que prejudica consumidores. Observam-se, neste ponto, a posição do agente dominante, as condições do mercado relevante, a posição dos concorrentes do

---

<sup>85</sup> Guia do Artigo 101(3), par. 17.

agente dominante e dos compradores ou fornecedores, a extensão da conduta alegadamente abusiva, as possíveis evidências de um efeito real de fechamento de mercado e provas diretas de uma estratégia exclusionária.

- (iii) Se se trata de uma conduta exclusionária baseada em preço, demonstrando uma inclinação para a aplicação do critério do competidor igualmente eficiente.
- (iv) Justificativa objetiva e eficiências, analisando-se, também aqui, os requisitos de probabilidade da ocorrência de eficiências, indispensabilidade, compensação dos efeitos negativos para a concorrência e para consumidores, e não eliminação de concorrência efetiva.

Portanto, ainda que se possa observar algumas ponderações mais direcionadas, nota-se que, em linhas gerais, o parâmetro de análise de restrições por efeitos, senão coincidentes, são bastante similares, independentemente de se tratar de um acordo anticompetitivo, conforme proibição contida no art. 101, ou de abuso de dominância, nos termos do art. 102 do TFEU.

Destaca-se, por fim, que o mesmo Guia também contém a descrição e os fatores usualmente analisados na investigação de práticas abusivas específicas, quais sejam: exclusividade e descontos condicionados, venda casada e *bundling*, predação, recusa de fornecimento e *margin squeeze*. Considerações adicionais sobre a aplicação do art. 102 serão apresentadas em subitem mais adiante. Antes, porém, é necessário que se compreenda o papel das isenções, mecanismo existente no direito comunitário europeu e que possui relevância para o estudo das metodologias de análise, em especial no que diz respeito à ponderação sobre os custos de investigação, como se verá no próximo item.

### **(iii) Block exemptions e safe harbors**

Conforme já destacado, o modelo europeu possui como um de seus pilares a concessão de isenções a práticas que, a princípio, poderiam ser consideradas ilícitas pelo art. 101(1), caso estejam presentes os requisitos do art. 101(3).

Mas a política europeia de defesa da concorrência vai além e especifica, em regulamentos, condições segundo as quais certos tipos ou categorias de acordos presumidamente satisfazem os requisitos do art. 101(3), com efeitos *erga omnes* – são as chamadas “isenções em bloco” ou “*block exemptions*”. É dizer: um regulamento disciplinando uma isenção em bloco cria um *safe harbor* para determinadas categorias de condutas. Trata-se,

assim, de uma sinalização firme aos agentes econômicos que, dentro dos padrões de normalidade, as circunstâncias ali descritas afastam a intervenção antitruste em razão da baixa relevância que aquele arranjo possui em termos de potencialidade de efeitos lesivos.

Podem ser estabelecidos tanto *block exemption* gerais, atribuídas a categorias de acordos, como voltadas a setores específicos, a exemplo do agrícola, de seguros, serviços postais, telecomunicações, transportes, entre outros.

Dentre as isenções para tipos de arranjos, os acordos de pesquisa e desenvolvimento entre concorrentes são beneficiados desde que a soma das participações de mercado dos agentes envolvidos não ultrapasse 25%, além de outras condições específicas previstas no Regulamento da Comissão nº 1217/2010 que precisam ser satisfeitas (tais como a não aplicação da isenção a *hardcore restrictions*). Ainda no contexto de acordos horizontais, também recai uma *block exemption* sobre os acordos de especialização, assim entendidos aqueles estabelecidos entre agentes atuantes num mesmo mercado, em que um ou ambos decidem parar de fabricar seus produtos ou de prestar seus serviços e passam a contratá-los do concorrente (Regulamento da Comissão nº 1218/2010). Nesse caso, o *safe harbor* com base na participação de mercado conjunta é de 20%, também contemplando requisitos adicionais. As HBERs são fundamentadas na premissa de que, nessas duas situações, a combinação de capacidades e ativos podem trazer significativas eficiências. Vale a nota de que tais regulamentos estão sendo revistos, já que *block exemption regulations* possuem um prazo definido, sendo que as HBERs têm vigência até 30 de junho de 2022<sup>86</sup>.

Já no âmbito do VBER (Regulamento da Comissão nº 2022/720, que reviu e atualizou o Regulamento da Comissão nº 330/2010), tem-se que o art. 101(1) do TFEU não se aplica a acordos verticais, desde que, em síntese (i) as partes envolvidas no acordo não tenham registrado, conjuntamente, um faturamento anual superior a 50 milhões de euros; (ii) a participação de mercado detida por cada uma das partes, no mercado relevante de venda e de compra dos produtos ou serviços, respectivamente, não ultrapasse 30%; (iii) não sejam celebrados entre empresas concorrentes; (iv) não contenham restrições “*hardcore*” e,

---

<sup>86</sup> Conforme prorrogação pelo prazo de seis meses, fixada pelos Regulamentos da Comissão nº 2022/2455 e 2022/2456, datados de 8 de dezembro de 2022.

tampouco, obrigações específicas, tais como cláusulas de não concorrência e de nação mais favorecida a intermediações *online*<sup>87</sup>.

Desse modo, quando um acordo, decisão ou prática se enquadra nos critérios de uma isenção em bloco, não seria necessário perseguir uma análise econômica e jurídica complexa para definir se a conduta caracteriza uma vedação prevista no art. 101(1), independentemente de se enquadrar como restrição por objeto ou por efeito. Assim, muito embora as isenções em bloco estejam associadas às eficiências e defesas descritas no art. 101(3), o mais usual é que a análise sobre a aplicabilidade da isenção seja feita no início da avaliação concorrencial. A etapa inicial de identificação do ilícito é reservada para um segundo momento e apenas será levada adiante caso não se façam presentes as condições necessárias para a caracterização de uma isenção explícita.

Portanto, é possível afirmar que a lógica que subjaz à aplicação das *block exemptions* é similar às premissas que norteiam a regra da razão estadunidense, no que trata de prevenir que a repressão a condutas anticompetitivas leve à proibição de práticas que poderiam ser consideradas benéficas, mas também à lógica por trás de regras mais próximas a vedações totais, pela busca de um aumento na segurança jurídica para os agentes econômicos ao mesmo tempo em que libera a autoridade do ônus de avaliar condutas específicas em profundidade, reduzindo o custo associado ao processo de investigação.

#### **(iv) Restrições por objeto e análise de eficiências: aplicação ao art. 102**

Já foi dito que a redação explícita do art. 102 não contém qualquer referência a uma tipologia de restrição por “objeto” ou “efeitos”, mas cita apenas abusos vedados. De igual forma, as disposições constantes do relevante art. 101(3) não possuem equivalentes no art. 102. Importante questão surge sobre a possibilidade de aplicação desses dois pilares da política de persecução concorrencial europeia: práticas enquadradas como abusivas pelo art. 102 podem

---

<sup>87</sup> Fazendo um paralelo com os debates recentes nos Estados Unidos, vale notar que discussões sobre as metodologias de análise aplicáveis às investigações de práticas em mercados digitais, mais especificamente quando levadas a cabo por uma das *big techs*, também estiveram presentes na Europa. Um exemplo disso foi a decisão da autoridade italiana da concorrência (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) no caso envolvendo a distribuição de produtos da Apple no Amazon *marketplace*, em que concluiu que a discriminação entre distribuidores constituía uma restrição por objeto. O VBER de 2022 veio a confirmar essa visão, pela Comissão Europeia, estabelecendo que acordos verticais destinados à prestação de serviços de intermediação online contendo proibição expressa de vendas na internet configuram uma restrição *hardcore*.

ser sujeitas a restrições pelo objeto? Mais que isso, nesse caso, seria permitida uma defesa baseada em eficiências?

Muito embora inexista previsão legal nesse sentido, a jurisprudência revela a adoção de metodologia semelhante à descrita acima, fundamentada no art. 101, para condutas de abuso de posição dominante. A construção desenvolvida pela prática decisória para admitir essa extensão passa por compreender que, para a configuração de prática vedada pelo art. 102, é necessário que haja efeitos anticompetitivos, porém não se especifica se efeitos precisam ser provados ou se podem ser presumidos. Assim, quando for possível identificar um objeto anticompetitivo em uma conduta empreendida por agente em posição dominante, pode-se presumir a ocorrência de efeitos negativos<sup>88</sup>. A metodologia a partir daí, então, é muito parecida com a análise por objeto.

O que ocorre, assim, é a admissão de presunções sobre os efeitos potencialmente danosos à concorrência quando determinadas situações acontecem e dados critérios são preenchidos – sendo estes estabelecidos em decorrência da experiência da autoridade. Pode-se dizer que esse mecanismo de presunções se assemelha ao que foi chamado nos Estados Unidos de regra da razão estruturada, como visto no item anterior<sup>89</sup>.

Talvez o principal exemplo da aplicação de uma metodologia mais próxima da análise por objeto (*formal-based approach*) em caso de aplicação do art. 102 viu-se no julgamento do processo T-286/09 RENV (“Caso Intel”) pela Comissão Europeia. A investigação versava sobre descontos de exclusividade e fidelidade concedidos pela Intel, dominante no mercado de fabricação de CPUs (*central processing units*). Dentre as práticas investigadas, estava o pagamento de certos incentivos aos fabricantes de computadores para que estes parassem ou atrasassem o lançamento de produtos que contivessem como componente CPUs concorrentes daquelas por ela produzidas.

Na decisão da Comissão, datada de 2009, entendeu-se que o sistema de descontos ofertados pela Intel constituiria uma restrição pura e, por isso, mesmo sendo enquadrada como abuso de posição dominante, a conduta merecia ser condenada sem a necessidade de uma análise aprofundada. Ainda assim, a Comissão realizou uma avaliação baseada no teste do competidor igualmente eficiente, para demonstrar que os pagamentos e descontos concedidos impediriam concorrentes tão eficientes quanto a Intel de competir. Foi imposta uma multa de

---

<sup>88</sup> GORMSEN, Liza Lovdahl. Are Anti-competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU? *World Competition* 36, n. 2, 2013.

<sup>89</sup> Ver: LEURQUIN, Pablo. Acordos Anticoncorrenciais e a Regra da Razão Estruturada no Direito da União Europeia. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 188-205, 2021.

mais de 1 bilhão de euros à empresa – à época, um recorde histórico. Posteriormente, porém, o caso foi questionado nas instâncias superiores europeias, em batalhas que se estenderam até os dias atuais.

Após decisão da Corte Europeia de Justiça, em 2017, concluindo que a análise do teste do concorrente tão eficiente teria sido falha ou insuficiente, o caso voltou para a Corte Geral para um reexame baseado em uma rigorosa análise dos efeitos decorrentes dos descontos oferecidos. Em 2022, a Corte Geral decidiu pela anulação da condenação da Intel.

Em linhas gerais, sem adentrar nos pormenores de todas as decisões envolvendo o Caso Intel, o que é importante observar é que este julgamento revela uma reafirmação do *effects based approach*, ensejando uma análise detalhada dos efeitos para a investigação de condutas proibidas pelo art. 102, em especial descontos por fidelidade, e que a presunção de que tal prática configura uma restrição por objeto é passível de defesa pela empresa detentora de posição dominante.

Dessa forma, embora seja admitida, na prática concorrencial europeia, a utilização de presunções, mesmo na análise de condutas de abuso de dominância, “*permanece o fato de que o que está envolvido é uma mera presunção e não uma infração per se do art. 102 TFEU*”<sup>90</sup>.

Discussão similar pode ser travada sobre a aplicação do art. 101(3) a investigações que versam sobre práticas de abuso de posição dominante. FORGIONI, por exemplo, argumenta pela não viabilidade legal de se conceder tais isenções, uma vez que estas têm seu fundamento previsto no parágrafo terceiro do art. 101 e, portanto, referem-se tão somente às condutas vedadas pelo art. 101(1)<sup>91</sup>. Assim, sob essa perspectiva, a possibilidade de defesa com base nos requisitos de eficiência, indispensabilidade, repasse a consumidores e não eliminação significativa da concorrência só seria cabível em relação aos acordos restritivos.

Por outro lado, o Guia do Art. 102, indica que a Comissão avalia defesas feitas por agentes dominantes que aleguem e efetivamente comprovem, com base em evidências, justificativas objetivas da conduta, demonstrando a existência de necessidade de sua realização ou a produção de eficiências que superem e compensem os efeitos anticompetitivos sobre os consumidores e, logo, acarretem efeitos concorrenciais líquidos positivos à concorrência. Dois critérios principais devem ser considerados: a proporcionalidade em relação ao objetivo pró-

---

<sup>90</sup> Julgamento do Corte Geral de 26 de janeiro de 2022, no Case T-286/09 RENV, par. 124.

<sup>91</sup> FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste, 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 212.

competitivo desejado pela empresa, e a sua indispensabilidade para atingir esse mesmo objetivo. O Guia ainda indica ser imprescindível demonstrar o nexo causal entre a conduta e o resultado em termos de eficiência e a impossibilidade de justificar uma conduta exclusionária que leve à eliminação da concorrência efetiva.

Como se nota, ainda que numa leitura literal da norma não caiba isenção em casos que investiguem práticas abusivas, na prática, o agente detentor de posição dominante também poderá alegar justificativas baseadas em ganhos de eficiência que, ao fim e ao cabo, ensejam a análise dos mesmos requisitos dispostos no art. 101(3).

### **1.2.1. Síntese das metodologias desenvolvidas na União Europeia**

Na União Europeia, o desenvolvimento das metodologias por objeto e por efeitos decorre da interpretação do texto legal, originariamente previsto no TCE, quando da instituição da Comunidade Europeia. Por isso, a política de defesa da concorrência no continente europeu assume um caráter instrumental de formatação do mercado comum.

A partir da redação do art. 101(1) do TFEU, a Comissão separa condutas que caracterizam restrições por objeto daquelas que, subsidiariamente, ainda que não possuam um objeto em si ilícito, possam produzir efeitos anticompetitivos. Na prática, porém, essa distinção nem sempre é clara, porque a avaliação que tem por função definir se a conduta sob investigação se enquadra na categoria de restrição por objeto, naquela jurisdição, acaba por conjugar tanto uma análise em abstrato (que se aproxima da classificação de restrição *hardcore*), como uma análise em concreto, sobre o contexto jurídico e econômico que envolve a realização daquela prática – o que pode acabar por extrapolar para um exame (ainda que não completo) de seus potenciais efeitos.

Ponto de especial relevância para a aplicação das regras concorrenciais europeias é a admissão da possibilidade de defesa por parte da empresa investigada, mesmo nos casos em que se reconhece um ilícito pelo objeto, que tem por base o art. 101(3). Tal dispositivo fundamenta tanto a concessão de isenções em bloco, definidas em regulamentos (particularmente, HBERs e VBER), como isenções individuais, que serão aceitas quando se comprovar o cumprimento cumulativo dos requisitos de geração de eficiências econômicas, indispensabilidade, repasse ao consumidor e não eliminação de parcela substancial da concorrência.



Além disso, embora não exista um equivalente ao parágrafo terceiro e a expressão “por objeto” não esteja contida no art. 102 do TFEU, a jurisprudência da Comissão Europeia admite tanto o recurso a presunções, estabelecendo um *formal-based approach*, como a defesa com base em justificativas objetivas em investigações de práticas de abuso de posição dominante.

A Comissão se vale ainda de diferentes documentos orientativos – guias, notas e regulamentos –, que esclarecem e sinalizam ao mercado os parâmetros e presunções usualmente adotados na análise de casos antitruste.

Para fins didáticos, uma representação visual sobre os passos e fundamentos descritos até o momento sobre o modelo europeu encontra-se no quadro a seguir:

**QUADRO 5 – ETAPAS DA METODOLOGIA POR EFEITOS NA EUROPA (APLICÁVEL AO ART. 101 TFEU)**

<b>Base legal</b>	<b>Etapa</b>	<b>Ônus da Prova / Atribuição</b>
HBERS VBER e regulamentos setoriais	Definição de mercado e aplicação de <i>block exemption</i>	Autoridade
Art. 101(1)	Tipo de restrição - Conduta se enquadra nas regras gerais “por objeto” - Contexto jurídico e econômico	Autoridade
	Análise dos efeitos restritivos, reais ou potenciais - natureza e teor do acordo - poder de mercado e outras características do mercado - situação contrafactual	Autoridade
Art. 101(3)	Benefícios para a concorrência / Inaplicabilidade da norma com base no art. 101(3) - Ganhos de eficiência - Caráter indispensável - Repasse aos consumidores - Não eliminação da concorrência	Defesa

	Compensação entre os efeitos pró-concorrenciais e restritivos da concorrência	Autoridade
--	---	------------

Fonte: elaboração própria.

### 1.3. Uma primeira conclusão: é possível conciliar as perspectivas estadunidense e europeia?

Conforme observado nos itens anteriores, as definições apresentadas nos modelos dos Estados Unidos e da Europa se diferenciam em diversos níveis: sistemas jurídicos seguidos, o papel exercido pela jurisprudência e por documentos orientadores, a estrutura normativa da legislação antitruste aplicável, a esfera de aplicação do Direito da Concorrência (enquanto instância administrativa ou judicial), as finalidades e instrumentalidade atribuídas à matéria, entre outras já analisadas. SILVEIRA destaca que a motivação e o contexto em que as legislações foram criadas é também elemento distintivo entre o regramento norte-americano e o europeu:

“os fundamentos do Direito da Concorrência são frequentemente objeto de debate na doutrina especializada. Isso se deve, principalmente, às suas origens e à sua evolução no mundo. Enquanto nos EUA o antitruste foi criado como forma de combate às grandes corporações empresariais, na Europa, o Direito da Concorrência emerge como um componente de integração regional, relacionado a um propósito maior de criação de um mercado único e mesmo uma ideia de paz no continente”<sup>92</sup>.

Voltando-se para as metodologias de análise de condutas anticompetitivas especificamente, há também diferenças importantes que se refletem em consequências, quando da adoção de uma outra perspectiva, também distintas.

Na comparação entre *per se* e restrição por objeto, as diferenças já foram muitas vezes apontadas por membros de autoridades e doutrinadores. Nesse sentido, WILS é categórico ao afirmar que as leis concorrenciais da União Europeia não contêm nenhuma proibição *per se*, já que as práticas vedadas pelo objeto sempre podem ser justificadas com base no art. 101(3), quando relativos aos ilícitos previstos no art. 101(1), ou por meio de justificativas objetivas e

<sup>92</sup> SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 2.

eficiências, no caso do art. 102<sup>93</sup>. Similarmente e deixando ainda mais clara essa distinção, ITALIANER afirmou que:

“Para condutas ‘por natureza’, nos termos dos artigos 101 e 102, a defesa de eficiências continua disponível. Essa possibilidade de as partes apresentarem argumentos de eficiência também em casos de conduta ‘por natureza’ é uma importante diferença em relação ao modo pelo qual as cortes americanas vêm interpretando a Section 1 do Sherman Act. É por isso que não é correto equiparar a noção europeia de ‘anticompetitivo por objeto’ ou ‘por natureza’ à noção de ‘ilícito per se’”<sup>94</sup>.

É também relevante mencionar o uso das expressões como forma de caracterizar o tipo de restrição à concorrência decorrente da prática anticompetitiva sob investigação, sobretudo na visão europeia – restrição pelo objeto e restrição por efeito. No direito americano, é mais comum se ouvir “violação *per se*” do Sherman Act. Essa perspectiva é interessante, uma vez que revela que não é o ilícito (aqui entendido como o ato considerado anticoncorrencial) propriamente dito que é “pelo objeto”, mas a conduta que tem por objeto ou por efeito a restrição à concorrência – e, portanto, configurará um ilícito concorrencial sempre que não houver eficiências atreladas a ela. Em outras palavras, uma prática pode ser restritiva por seu objeto, mas não necessariamente será por si ilícita.

Mesmo olhando para a metodologia por efeitos europeia em relação à regra da razão, por mais sutis que sejam, as diferenças também se fazem presentes, para além das características gerais dos modelos, antagônicas em muitas instâncias, e do *standard* probatório requerido para a condenação por cada uma das jurisdições<sup>95</sup>. A começar pelo peso atribuído às presunções de licitude, com gradação distinta entre *block exemptions* formalmente instituídas nos regulamentos da Comissão e as zonas de segurança do modelo americano. De forma

---

<sup>93</sup> Ver: WILS, Wouter P. J. The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance. In: World Competition: Law And Economics Review, Vol. 37, nº 4, Setembro, 2014, p. 25.

<sup>94</sup> ITALIANER, Alexander. The Object of Effects. CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy Brussels, 10 December 2014. Tradução livre de: “For ‘by nature’ conduct under both 101 and 102 the efficiency defence remains available. This possibility for parties to raise efficiency arguments also in cases of ‘by nature’ conduct is an important difference to the way US courts have been interpreting Section 1 of the Sherman Act. This is why it is not accurate to equate the European notion of ‘anticompetitive by object’ or ‘by its nature’ with the notion of ‘per se illegal’”

<sup>95</sup> COPPOLA e ZANINI, citando Kovacic (“[T]his inclines the U.S. agencies to demand, perhaps, a greater quantum and quality of evidence before deciding to prosecute”), defendem que os padrões requeridos para provar uma infração são diferentes entre os sistemas norte-americano e europeu. Ver: COPPOLA, Maria. ZANINI, Renato. The European and U.S. Approaches to Antitrust and Tech: Setting the Record Straight – A Reply to Gregory J. Werden and Luke M. Froeb’s Antitrust and Tech: Europe and the United States Differ, and It Matters. Competition Internacional Policy, 2020.

semelhante, separam-se as restrições *hardcore* (usualmente analisadas sob a metodologia pelo objeto) e as condutas “inerentemente suspeitas”, que cairiam na hipótese de uma regra da razão qualificada, como o *quick look approach*. Ainda, mesmo o recurso a presunções pontuais frente a condutas específicas, presentes em ambos os modelos, possuem fundamentos diversos que podem levar a resultados práticos distintos. Por exemplo, a conduta de fixação de preço de revenda, no atual estágio de desenvolvimento dos precedentes das cortes estadunidenses, a depender de circunstâncias concretas, estaria sujeita à regra da razão estruturada, nos Estados Unidos, enquanto a Europa a trata como restrição por objeto, de acordo com o Guia “pelo objeto”.

É também digno de nota que, ao se falar de metodologias de análise, outro aspecto levantado é a busca pela eficiência administrativa, por meio da redução de custos do processo investigativo quando se adotam certas presunções. Observa-se, porém, que o modelo americano, em sua origem, não tinha essa preocupação. Ao contrário, a “regra geral” a ser aplicada, seguindo-se a literalidade do Sherman Act seria a proibição total, sendo que as metodologias desenvolvidas posteriormente tinham por objetivo restringir essa primeira interpretação, criando etapas adicionais. A preocupação com o custo de uma análise completa só veio com as discussões sobre o *quick look approach* ou regra da razão truncada.

Resta saber, porém, se, na prática, ainda que não seja possível a equiparação dos conceitos de regra *per se* e restrição por objeto e regra da razão e análise de efeitos, haveria ao menos algum critério que permitisse a convivência entre ambos os pares dicotômicos num mesmo sistema jurídico. Passa-se, então, para uma segunda hipótese: não de aproximação, mas de conciliação entre as metodologias aqui estudadas.

Empreendeu-se, assim, um esforço para inserir as diferentes formas de análise numa mesma escala, apenas porque, como se verá nos próximos capítulos, essa é uma das perspectivas que já se buscou utilizar no Brasil para justificar o emprego simultâneo dos conceitos oriundos das duas localidades.

**QUADRO 6 – TENTATIVA DE ESCALA DE APLICAÇÃO DAS METODOLOGIAS ESTADUNIDENSES E EUROPEIAS NO MESMO SISTEMA JURÍDICO**

<i>Per se</i>	Por objeto	Por efeitos			
		<i>Block exemptions / safe harbors / zonas de segurança</i>	Presunção de irrazoabilidade dos efeitos	Presunção de irrazoabilidade da justificativa	Regra da razão completa

Fonte: elaboração própria.

No entanto, por tudo o que já se discutiu no presente trabalho, esse exercício parece ser de pouca utilidade. Em resumo, não se trata apenas da utilização de termos diferentes para designar um mesmo fenômeno ou método, mas de todo um arcabouço jurídico e principiológico distintos que operam sistemas não coincidentes.

## **CAPÍTULO 2: PANORAMA GERAL NO BRASIL: POSSIBILIDADE E CONVENIÊNCIA DE IMPORTAÇÃO DOS PARES DICOTÔMICOS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

Nunca é demais lembrar o ensinamento de SALOMÃO FILHO no que diz respeito aos perigos de se transpor noções próprias de determinadas ordens jurídicas para o contexto brasileiro, dadas as características particulares em que se construiu o poder econômico e as estruturas localmente. No caso do Direito Concorrencial, a dificuldade em se importar e conciliar noções americanas e europeias é ainda acentuada por terem cada um dos sistemas se desenvolvido em torno de prioridades distintas, resultando em formas de política antitruste muitas vezes contrapostas<sup>96-97</sup>.

Especificamente, a importância de ter em conta o regime jurídico adotado em cada país na interpretação e na apropriação dos métodos de análise antitruste foi destacada por CRISTOFARO, para quem, a despeito de uma aplicação quase universal dos métodos analíticos de avaliação de condutas potencialmente anticompetitivas, princípios e conceitos, as características específicas do direito interno não podem ser desconsideradas<sup>98</sup>. Também nesse sentido, EDWARDS e WRIGHT revelam que a definição de regras e presunções aptas a disciplinar a prática antitruste são resultado de uma relação complexa e interdependente entre lei, instituições e mercados<sup>99</sup>.

Assim, uma vez contextualizadas as origens e aplicações das metodologias utilizadas nas jurisdições estrangeiras que influenciaram os parâmetros adotados na prática concorrencial brasileira, faz-se essencial avaliar a base legal e o desenho institucional nacionais, visando à construção de um sentido que esteja, ao mesmo tempo, alinhado com a agenda da autoridade e que encontre guarida na lei.

---

<sup>96</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2015.

<sup>97</sup> No mesmo sentido, nota-se o que diz BRAZ DE CASTRO: “É necessário que o Direito brasileiro, no âmbito do processo de ‘transplante’ de teorias concorrenciais advindas de países desenvolvidos, analise, primeiramente, sua compatibilidade com as escolhas normativas já consolidadas em sua ideologia constitucional”. Ver: BRAZ DE CASTRO, Bruno. *Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste*. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 6, n. 2, 2018.

<sup>98</sup> CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. *A Categorização dos Ilícitos Concorrenciais e o Direito Concorrencial Brasileiro*. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018. p. 950.

<sup>99</sup> EDWARDS, Lindsey M. WRIGHT, Joshua D. *The Death of Antitrust Safe Harbors: Causes and Consequences*. *George Mason Law Review*, vol. 23:5, 2016.

## 2.1. A Estrutura Normativa da Lei de Defesa da Concorrência

Em primeiro lugar, como pano de fundo, importante ter em mente, como é sabido, que nosso ordenamento jurídico segue o sistema civilista, de tradição romano-germânica, dando-se prevalência à aplicação estrita da lei como forma de perseguir a segurança jurídica<sup>100</sup>. Assim, é necessário voltar-se ao que diz a legislação base para a aplicação do Direito Concorrencial Brasileiro – a Lei nº 12.529, de 11 de maio de 2012 (Lei de Defesa da Concorrência – “LDC”).

Além do sistema baseado na *civil law*, também relevante lembrar que o direito brasileiro contemporâneo tem por pilar o constitucionalismo, devendo a legislação infraconstitucional ser interpretada sempre à luz dos princípios e valores previstos na Carta Magna, dentre eles os princípios da legalidade e tipicidade. Isso não é diferente no âmbito do Direito Concorrencial, sendo elencados como ditames constitucionais que devem guiar a aplicação das normas concorrenciais a livre concorrência, livre iniciativa, repressão ao abuso de poder econômico, função social da propriedade e defesa dos consumidores, como reforça o art. 1º da LDC<sup>101</sup>.

A disciplina legal das infrações contra a ordem econômica encontra-se no Capítulo II do Título V da Lei nº 12.529/11. Dispõe o art. 36, *caput*, que qualquer ato, independente da forma com que seja realizado, que tenha por objeto ou possa resultar (i) na dominação de mercado, (ii) no aumento arbitrário dos lucros, (iii) no abuso de posição dominante, ou (iv) em qualquer forma de limitação, prejuízo ou falseamento da livre concorrência ou da livre iniciativa, poderá caracterizar uma infração, mesmo que não haja culpa ou que os efeitos não sejam de fato observados<sup>102</sup>. Para fins didáticos, reproduz-se o *caput* do referido artigo, *ipsis literis*: “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”.

---

<sup>100</sup> ATAÍDE Jr. deixa claro que em ambos os sistemas a segurança jurídica é um valor caro. O que os diferencia é a forma de persegui-la: por meio da letra da lei, para os civilistas, ou com base no *stare decisis*, no *common law*. Ver: ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de civil law e common law. In: DIDIER JR. et al. *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Juspodium, 2013. p. 555-608.

<sup>101</sup> Ver: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 26-30.

<sup>102</sup> Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

No §3º do mesmo artigo<sup>103</sup>, previu-se, ainda que não exaustivamente, uma série de condutas que podem gerar tais efeitos, dentre elas, por exemplo: acordo com concorrentes sobre preços, quantidade, divisão de partes ou segmentos do mercado ou condições de participação em licitação pública; adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes; limitação ou impedimento ao acesso de novas empresas ao mercado; recusa de venda de bens ou serviços, dentro das condições usuais de mercado; venda de mercadoria ou prestação de serviços injustificadamente abaixo do preço de custo.

Tem-se, portanto, que a estrutura normativa utilizada para descrever os atos que configuram infração à ordem econômica é construída sob a forma de uma lista (que, apesar de taxativa, possui redação bastante ampla) de efeitos potenciais danosos à concorrência (art. 36, *caput* e seus incisos), conjugada com um rol exemplificativo de práticas que podem vir a gerar tais efeitos (§3º e seus incisos).

Neste ponto, já é possível notar que a norma brasileira se difere tanto da europeia como do Sherman Act por reunir em um único dispositivo a base legal para ilícitos concorrenciais, não fazendo distinções entre, de um lado, acordos e práticas concertadas e, de outro, tentativas de monopolização ou o abuso de posição dominante, as ditas condutas unilaterais. Institui, assim, uma categoria genérica, à qual deve se subsumir uma grande variedade de práticas, com lógicas econômicas e efeitos no mercado distintos. Sobre isso, afirma MENDES que a redação adotada pelo legislador brasileiro para regulamentar o controle antitruste de condutas mostra-se ainda mais aberta e imprecisa do que os textos legais estrangeiros<sup>104</sup>.

Ainda, como se observa, não há, na letra da lei, menção expressa a “metodologias de análise” para apuração de práticas anticompetitivas, embora no *caput* do art. 36 apareçam as noções de “por objeto” e de “efeito potencialmente gerado” para a caracterização de atos que podem configurar infrações. Também não se encontram referências à regra *per se* ou regra da razão.

---

<sup>103</sup> Nos parágrafos primeiro e segundo são estabelecidas regras sobre a não configuração do ilícito quando a dominância do mercado se dá por um processo competitivo natural, pela eficiência do agente econômico e sobre o que se presume por posição dominante – não há referência a qualquer metodologia ou forma de análise de condutas potencialmente anticompetitivas.

<sup>104</sup> MENDES, Francisco Schertel. O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: características e especificidades. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2012.



Vale, então, abrir parêntesis para procurar entender como se deu essa opção legislativa, como forma de elucidar as possíveis interpretações sobre as metodologias de análise aplicáveis ao contexto brasileiro à luz da legalidade.

A Lei nº 12.529/11 veio a suceder a legislação anterior, Lei nº 8.884/94, após um processo legislativo de quase oito anos, iniciado com o Projeto de Lei nº 3.937/2004, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca, ao qual foi posteriormente apensado o Projeto de Lei nº 5.877/2005, de iniciativa do Poder Executivo.

Em relação à função repressiva do CADE, a Lei nº 12.529/11 trouxe pouca inovação, mantendo quase integralmente o conteúdo dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94, que passaram a constar do art. 36 da lei vigente, como indicado acima, à exceção da exclusão de alguns dos incisos do rol não taxativo (preços excessivos ou aumento injustificado de preços, abandono de lavouras, interrupção de produção, *dumping*), inclusão (abuso de direito de propriedade intelectual) e alteração de outros (detalhamento de acordos entre concorrentes vedados e preço predatório a serviços). Ou seja, a referência aos termos adotados no direito europeu, “objeto” e “efeitos”, já estava presente na legislação concorrencial da década de 1990.

Aliás, tais expressões apareceram como formas alternativas de caracterização do ilícito antitruste pela primeira vez na legislação brasileira em regramento ainda anterior, na Lei nº 8.158, de 1991<sup>105</sup>. A redação, que traz na definição daquilo que constitui prática infrativa o ato “tendo por objeto ou produzindo o efeito” de dominação de mercados, prejuízo à livre concorrência ou aumento arbitrário dos lucros<sup>106</sup>, remete imediatamente ao texto do regulamento europeu vigente à época, que havia sido criado em 1962. Não se pode negar, assim, a clara influência da legislação europeia na elaboração da disciplina nacional sobre a repressão a condutas anticompetitivas.

---

<sup>105</sup> Na verdade, importante destacar, a inclusão de uma ou de outra expressão na lei já era discutida muito antes, desde a década de 1940. Como apontado por FORGIONI, o Decreto-Lei 7.666/45 já se utilizava da técnica de caracterizar o ilícito em virtude de seus efeitos (Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional: I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito: (a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos; (b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas; (c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional). Posteriormente, durante os debates legislativos sobre o Projeto 122, de 1948, um dos substitutivos propostos veio a alterar “por efeitos” por “por finalidade”, dando ênfase à intenção do agente. Ver: FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste, 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. pp. 115-116.

<sup>106</sup> “Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como [...]”.

Voltando ao início dos anos 2000, no processo de tramitação dos projetos de lei que levaram à edição da Lei nº 12.529/11, nota-se que a proposta original do Deputado Cadoca tinha como um de seus objetivos transparecer a necessidade de aplicação da regra da razão<sup>107</sup>, por meio da inclusão de um parágrafo imediatamente após os incisos exemplificativos de práticas potencialmente infrativas da ordem econômica, com a seguinte redação:

§ 5º Não constituem infração à ordem econômica, para efeito do disposto neste artigo, as condutas que promovam a eficiência econômica e o bem-estar dos consumidores, e cujos benefícios, cumulativamente: I - não possam ser obtidos de outro modo que implique menores restrições ou prejuízos à livre concorrência; II - compensem as restrições causadas à livre concorrência, devendo ser compartilhados entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais.

A proposta foi, inicialmente, vista de forma positiva, tendo o Deputado Relator do Projeto de Lei na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, Bernardo Ariston, afirmado em seu Parecer, datado de dezembro de 2004, que a introdução do §5º representava um avanço no sentido de aprimorar a segurança jurídica do sistema de concorrência no Brasil, ao explicitar que a chamada “regra da razão” constituiria a metodologia de análise dessas condutas.

Em 2007, no entanto, com o apensamento do Projeto de Lei nº 5.877/2005, o referido parágrafo foi omitido do Substitutivo, ainda que o Parecer do Deputado Ciro Gomes, relator do Projeto na Comissão, tenha indicado que nenhuma das condutas constitui uma infração *per se*, mas apenas na medida em que gerem os efeitos previstos e, de forma ainda mais explícita, citando a regra da razão como necessidade de análise no caso a caso, que “no Brasil nenhuma conduta é em si ilegal, devendo sempre ser analisada à luz de seus efeitos sobre a concorrência”.

Em conclusão e fechando a digressão sobre o processo legislativo que culminou na edição da Lei nº 12.529/11, analisando-se estritamente o texto legal, com o emprego das expressões “por objeto” e “efeitos” para designar meios alternativos de se caracterizar uma infração

---

<sup>107</sup> Nos termos do Projeto de Lei apresentado: “Um outro ponto importante ainda em relação à questão das condutas é a necessidade de explicitação de que, assim como em uma análise de atos de concentração, se faça uma análise de custo-benefício, o que é chamado no jargão da área como a aplicação da ‘regra da razão’. Nesse entendimento, nenhuma conduta como venda casada, exclusividade, fixação de preço de revenda, dentre outras, deve ser condenada *per se*, mas sim a luz de seus potenciais efeitos negativos e positivos. Afinal, o objetivo da defesa da concorrência é aumentar o bem-estar social, promovendo a eficiência econômica, e daí não cabe inibir condutas que gerem efeitos líquidos positivos sobre a sociedade como um todo. Assim, acrescentamos um novo parágrafo ao artigo 21, deixando clara a consideração da regra da razão, com base na análise econômica, no tratamento de condutas potencialmente anticompetitivas”.

concorrencial, há de se notar uma influência do TFEU, podendo-se cogitar, a princípio, que a lei veio por privilegiar as metodologias de análise originadas no direito europeu. Contudo, indo mais a fundo na busca da intenção do legislador ao elaborar a redação da norma que estabeleceu os ilícitos anticompetitivos no Brasil atualmente vigente, percebe-se que não havia como objetivo um afastamento do modelo americano (sendo a “regra da razão” o norte dos debates ali travados), mas sim uma oposição à admissibilidade da regra *per se*, como será aprofundado mais adiante.

### **2.1.1. Elementos estruturantes: tipicidade aberta, potencialidade lesiva e responsabilidade objetiva**

Para o estudo das metodologias de análise aplicáveis ao contexto brasileiro, merecem destaque alguns aspectos notáveis da estrutura normativa da LDC. São eles: tipicidade aberta, potencialidade lesiva e responsabilidade objetiva.

A tipicidade aberta da norma tem sua razão de ser na “*impossibilidade de se definir aprioristicamente todas as hipóteses de infração à ordem econômica, sobretudo em face da variação e da constante evolução das práticas empresariais*”<sup>108</sup>, como argumenta FRAZÃO. Há, de fato, uma infinidade de práticas empresariais que podem gerar efeitos anticompetitivos e seria em vão o esforço do legislador em desafiar a criatividade de um agente infrator.

Uma tipologia aberta não pode, entretanto, representar insegurança jurídica. Essa é, aliás, uma das principais críticas sobre a lei concorrencial brasileira no que diz respeito à tipificação de infrações à ordem econômica, já há muito apontada.

Por exemplo, FORGIONI, ao descrever o processo histórico que levou à construção de uma disciplina da concorrência no Brasil, relembra que no projeto de autoria de Agamemnon Magalhães de 1948 havia a previsão de ilicitude dependente de seu efeito. Parlamentares à época, no entanto, criticaram a proposta, sob o argumento de que a definição da ilicitude baseada nos efeitos causaria insuperável insegurança jurídica, fazendo-se uma analogia à figura de um automóvel e a queda de uma ponte: não se pode culpar o motorista pelo desmoronamento da ponte<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Ver: FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 289.

<sup>109</sup> FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste, 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 115.

Ao tratar do art. 21 da Lei nº 8.884/94, SALOMÃO FILHO também destaca a presença de muitas críticas à técnica legislativa empregada à caracterização de ilícitos concorrenciais, que defendiam a tipicidade estrita da lei, o que a impediria de ser exemplificativa e de prever hipótese com amplitude e genericidade.

Apesar dos posicionamentos divergentes, o autor defende que a lei de 1994 teria a preocupação de conciliar a regra da razão ao “formalismo civilista”, buscando uma via intermediária que não fosse revestida da rigidez extrema da regra *per se*, mas que permitisse adaptabilidade e flexibilidade, desejáveis para a eficácia da aplicação da norma concorrencial. Por isso, instituiu o legislador um só artigo que consolidasse todos os ilícitos, subordinando sua caracterização a três categorias: dominação de mercado, abuso de poder econômico e concorrência desleal. Dessa forma, seria possível, mesmo em vista de uma tipologia aberta, comumente criticada, dar liberdade para o julgamento de acordo com a regra da razão, dentro dos princípios gerais fixados, e trazer algum grau de segurança jurídica, com uma lista de exemplos<sup>110</sup>.

Ainda que entendido o caráter inerentemente aberto da norma concorrencial – ou, talvez, justamente por isso – é necessário que o agente econômico tenha elementos mínimos que lhe permita distinguir com clareza os limites entre as condutas lícitas e ilícitas.

Soma-se ao quadro de pretensa insegurança jurídica proporcionado pela redação da LDC, o fato de que a lei não exige que os efeitos considerados lesivos à concorrência sejam efetivamente concretizados para ensejar a intervenção da autoridade antitruste. Ao contrário, o dispositivo aponta para a repressão de práticas que causem determinados efeitos “ainda que não sejam alcançados”.

A punição da conduta por sua mera potencialidade lesiva também encontra fundamento no próprio objetivo da lei concorrencial de proteção ao ambiente competitivo, justamente com o intuito de evitar que impactos negativos, muitas vezes irreversíveis, ocorram. Ou seja, mais do que a consequência reparatória, a aplicação da lei deveria dar conta de afastar condutas que possam levar a danos concorrenciais, com repercussão difusa a todo o mercado. Imagine-se, por exemplo, uma conduta exclusionária por agente com incontestável posição dominante. Nesse caso, o resultado esperado é o fechamento total de mercado – e faria pouco sentido esperar a saída das empresas concorrentes do mercado para demandar a atuação da autoridade.

---

<sup>110</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 405-407.

Todavia, mais uma vez, a amplitude da norma, inexigindo um resultado concreto para a condenação, pode abrir margem para arbitrariedades por parte dos julgadores do caso concreto, que podem ir além do desejado para um cumprimento efetivo da política de defesa da concorrência. Não se trata de um simples exercício de futurologia, buscando-se refletir sobre todos os possíveis efeitos de uma prática comercial, mas de danos sabidamente esperados, com um elevado grau de certeza, que possam servir de fim para agentes econômicos racionais em sua decisão pela implementação de tal conduta. Note-se que a noção de finalidade aqui aparece numa perspectiva objetiva de racionalidade econômica, como pressuposto do comportamento de mercado, e não como uma característica subjetiva.

Neste ponto, reside questão de destacada importância para o debate sobre a sistematização de metodologias de análise: a intencionalidade do agente infrator. Como se verá mais adiante neste trabalho, uma das interpretações atribuídas ao método analítico “pelo objeto” no Brasil foi justamente a busca pela motivação da empresa investigada ao empreender dada conduta. Ou seja, para a caracterização de ilícitos pelo objeto, seria necessário constatar o elemento volitivo do sujeito – se haveria ou não, por parte do agente, a intenção de que os efeitos anticompetitivos fossem resultar de sua ação no mercado.

Uma possível explicação para a aproximação entre o padrão analítico “pelo objeto” e a intencionalidade do agente está em falha na tradução das expressões para a língua portuguesa, como aponta VERÍSSIMO<sup>111</sup> – em inglês, a palavra “*purpose*” pode referir-se tanto à ideia de “intenção” como de “propósito” ou “objeto”.

No entanto, essa concepção esbarra no próprio conceito legal, que determinou que as infrações à ordem econômica serão configuradas “independentemente de culpa”, excluindo-se expressamente a vontade subjetiva da caracterização do ilícito. Com isso, estabeleceu-se a responsabilização objetiva. Não se faz necessário, portanto, que a investigação de potencial conduta anticompetitiva verse sobre a motivação do agente ao realizar tal ato. Nesse sentido, se a própria caracterização da infração dispensa a busca da intenção do investigado, parece igualmente oportuno concluir que seria equivocada a utilização desse critério para a definição da metodologia de análise a ser aplicada a um caso concreto.

---

<sup>111</sup> VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A “regra da razão” e o controle de condutas anticompetitivas pelo Cade. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018. pp. 923-924.

## 2.1.2. Possíveis interpretações da lei brasileira sobre as metodologias de análise

A partir do texto legal, editado na Lei nº 8.884/94 e reproduzido na Lei nº 12.529/11, a doutrina buscou extrair interpretação acerca das metodologias de análise aplicáveis ao contexto brasileiro que fossem condizentes não só com a norma posta, seguindo os preceitos civilistas de nosso sistema jurídico, mas também com os ditames da ordem constitucional.

O mais conhecido debate nesse sentido dá-se em torno da possibilidade de se aplicar a regra *per se* para a investigação de ilícitos concorrenciais no Brasil. Além deste, autores também se voltaram a perquirir a existência de uma dualidade na norma, com a separação entre dois tipos diferentes de ilícito (por objeto e por efeitos) e sobre a viabilidade de se admitir um mecanismo de inversão de ônus da prova, como consequência da adoção de uma ou outra metodologia, na ausência de previsão legal expressa para tanto.

### (i) *(In)aplicabilidade da regra per se*

Não são raros os autores que defendem não ser admissível a configuração de ilícitos concorrenciais *per se* no Brasil. Segundo MENDES, “a visão de que o direito brasileiro não admitiria a regra *per se*, de tão repetida, parece ter se tornado verdadeiro dogma”<sup>112-113</sup>. Como visto anteriormente, este posicionamento foi compartilhado até mesmo durante o processo legislativo de edição das leis concorrenciais. Ainda assim, na prática judicante do CADE, conforme abordado no capítulo seguinte, menções à regra *per se*, em especial para apuração de casos de cartel clássicos ou *hardcore*, ainda são encontradas com frequência – também esta ideia podendo ser aproximada a um dogma do antitruste no Brasil.

São diferentes os fundamentos que levaram a doutrina a defender essa perspectiva. De um lado, há quem parta de uma visão mais garantista, que importa princípios tipicamente atribuídos ao Direito Penal – como presunção de inocência, legalidade estrita, ampla defesa e

---

<sup>112</sup> CRISTOFARO cita, dentre os autores que se pronunciaram sobre o tema: Fábio Ulhôa Coelho, João Bosco Leopoldino Fonseca, José Marcelo Martins Proença, José Inácio Gonzaga Franceschini, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, Eros Roberto Grau e Paula Forgioni. Ver: CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. A Categorização dos Ilícitos Concorrenciais e o Direito Concorrencial Brasileiro. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018. p. 958-959.

<sup>113</sup> Ver: MENDES, Francisco Schertel. O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: características e especificidades. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2012. p. 79.

culpabilidade –, para justificar a incompatibilidade da regra *per se* ao ordenamento e sistema constitucional brasileiro.

TAUFICK, por exemplo, defende que os ilícitos previstos na norma concorrencial teriam um caráter econômico-criminal, o que remeteria à inimputabilidade de crimes impossíveis. Na mesma linha, GABAN entende que a incidência de uma regra *per se* na repressão a infrações à ordem econômica levaria ao absurdo de demandar a produção de prova negativa de autoria e materialidade<sup>114</sup>. Ainda, FRANCESCHINI e BAGNOLI, ao afirmarem que “*o agente não pode simplesmente ser condenado pelo objeto da conduta*”, indicam ser dever da autoridade concorrencial assegurar o direito de defesa do investigado e demonstrar a antijuridicidade da prática<sup>115</sup>.

Dentro dessa aproximação ao Direito Penal, TAUFICK apresenta ainda outras duas razões pelas quais a abordagem *per se* de ilícitos concorrenciais não está alinhada com princípios fundamentais do ordenamento jurídico: uma primeira, baseada na distinção entre infrações formais e infrações de mera conduta, argumentando que estas se associam usualmente a penalizações de caráter moral, o que não é o caso do antitruste; uma segunda, no caráter difuso da lei concorrencial, não sendo possível punir atos que não tenham potencialidade lesiva<sup>116</sup>.

A resposta para a oposição a esta vertente normalmente se encontra no afastamento do Direito Concorrencial do Direito Penal, que, apesar de ter função repressiva, se encontra no âmbito do direito administrativo sancionador, possuindo, assim, maior flexibilidade em sua aplicação.

Não obstante, independentemente de ser cabível ou não a aplicação de conceitos do Direito Penal à lógica antitruste, há também aqueles que defendem a não aplicabilidade da regra *per se* pelo simples fato de que a lei impõe a observação dos efeitos, ainda que potenciais. Essa é a visão defendida por FORGIONI, para quem “*no Brasil, não há ‘infração per se’, pois as condutas do §3º, para serem declaradas ilícitas, necessitam da comprovação de seus efeitos abusivos ou anticompetitivos, conforme exigido pelo caput do art. 36*”<sup>117</sup>. Ou seja, a necessidade de comprovação dos efeitos potenciais decorre da literalidade da norma legal. No

---

<sup>114</sup> GABAN, Eduardo Molan. Regra “PER SE” no direito antitruste brasileiro: um grande erro. *Webadvocacy*, 2022.

<sup>115</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. BAGNOLI, Vicente. Tratado de Direito Empresarial: Direito Concorrencial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

<sup>116</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. Nova Lei Antitruste Brasileira: Avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado. São Paulo: Almedina, 2017, p. 201.

<sup>117</sup> FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste, 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 133

mesmo sentido, CORDOVIL aponta para a essencialidade de se estudar a racionalidade e de averiguar e sopesar os benefícios e desvantagens de dada conduta ao mercado antes de concluir pela sua ilicitude no Brasil<sup>118</sup>.

Na contramão, a admissão do ilícito *per se* na jurisdição brasileira, pela doutrina, usualmente encontra defesa precisamente na coincidência (ou ao menos, aproximação) entre “objeto” e “*per se*” – o que, como aprofundado no capítulo anterior, não se justifica sob a perspectiva histórica e territorial e, tampouco, merece ser acolhida no Brasil, constituindo essa pretensa afinidade uma confusão terminológica, recepcionada pela prática concorrencial brasileira, a ser detalhada no diagnóstico apresentado no Capítulo 3.

## (ii) *Dualidade*

Uma segunda interpretação baseada na letra da lei concorrencial, do dispositivo que trata da definição de infrações à ordem econômica, é a existência de uma marcada dualidade, segmentando os ilícitos por objeto dos ilícitos por efeitos, como categorias ou tipos distintos de ilícito.

Segundo MARRARA, seriam dois grupos de infrações administrativas, um abrangendo condutas que causam dano efetivo e outro que dependeria da mera constatação do perigo de dano<sup>119</sup>. Aqui, mais uma vez, se está a emprestar classificação originária do Direito Penal, que trata da natureza jurídica do delito. Essa interpretação, contudo, levaria ao impreciso entendimento de que o que se convencionou chamar de ilícito por efeitos apenas poderia ser repreendido pelo direito administrativo sancionador quando da concretização de tais efeitos, tornando inócua a expressão “*ainda que não sejam alcançados*” contida no artigo da lei.

Por tal razão, como contraponto, SALOMÃO FILHO, apesar de admitir a existência de dois critérios alternativos<sup>120</sup>, argumenta que estes apenas podem ser compreendidos como

---

<sup>118</sup> CORDOVIL, Leonor. *et al.* Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 108.

<sup>119</sup> MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015, p. 209.

<sup>120</sup> De acordo com o autor: “Os efeitos (ou sua potencialidade) não são um critério único, mas apenas uma alternativa à existência de intenção (objetivo) de eliminar os concorrentes do mercado”. E, ainda complementa, que “essa alternância de critérios da lei tampouco significa que esta quis alargar a abrangência do controle das condutas. Não significa – e nem poderia significar – que o legislador quis utilizar dois critérios diferenciáveis no tempo: um a ser pesquisado quando da realização do ato (intenção), e outro depois (efeito)”. Ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 400.



elementos interconectados, numa lógica circular em que o objetivo anticompetitivo (intenção racional) implica o risco de produção dos efeitos e vice-versa.

Com visão semelhante, AMORIM se vale de pontuações pareadas para tentar elucidar a estrutura sintática que, a seu ver, deveria ser aplicada. Na perspectiva de dicotomia, a sentença seria traduzida da seguinte forma: “{atos que tenham [(por objeto) ou (possam produzir os seguintes efeitos)]}”. Já na percepção simbiótica, estaria representada por “[atos que tenham (por objeto ou possam produzir) os seguintes efeitos]”. As alternativas seriam, portanto, avaliar se os efeitos potenciais, cerne da definição, decorrem, de um lado, do objeto do ato ou, do outro, do risco de que este venha a ser produzido<sup>121</sup>.

Com isso, não se pode negar que a lei, ao se utilizar da conjunção coordenativa “ou”, apresenta uma noção de alternativa. Contudo, isso não necessariamente significa que o artigo 36 da LDC afaste em dois polos o objeto e a possibilidade de produção dos efeitos. A dualidade parece, na verdade, denotar complementariedade, aproximando-se mais de “e/ou” do que do “ou” meramente. Isso porque possuir objeto anticompetitivo e ter potencial de produzir efeitos negativos à concorrência não são, necessariamente, excludentes. O que ocorre é que, quando os efeitos decorrem da própria natureza ou objeto da conduta, sua potencialidade lesiva ou o risco de sua produção tendem a ser mais evidentes e, por isso, presumidos.

Ou seja, nessa perspectiva, poderão ser punidas práticas que tenham objeto ilícito e possam produzir efeitos anticompetitivos (ainda que presumidos) e práticas que não tenham um objeto ilícito, mas possam produzir efeitos anticompetitivos, mas nunca práticas que possuam objeto ilícito, mas não tenham potencialidade lesiva.

Vale dizer: ao se optar por seguir uma análise pelo objeto, admite-se a punição de condutas que não tenham gerado qualquer efeito anticompetitivo? Como já indicado, a ideia de adoção de uma análise mais rigorosa advém da percepção de que há condutas que sempre produziriam efeitos negativos e, portanto, poder-se-ia poupar esforços da autoridade. Nada se diz a respeito de situações em que não houve efeitos, como a possibilidade de um acordo anticompetitivo tentado, mas não consumado.

Ademais, ao analisar essas posições doutrinárias, também se coloca uma questão que vai além da dúvida sobre a existência ou não de contraposição entre os conceitos de “objeto” e

---

<sup>121</sup> AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 5, n. 2, novembro/2017, pp. 75-102.

“efeitos”, mas que avança no sentido de se entender, afinal, em que consistem essas expressões. Na literatura concorrencial pátria, encontram-se referências de que ilícito *per se* e regra da razão e/ou ilícito por objeto e ilícito por efeitos podem ser considerados sistemas jurídicos da concorrência<sup>122</sup>, princípios<sup>123</sup>, teorias<sup>124</sup>, abordagens jurídicas<sup>125</sup>, categorias de ilícito antitruste<sup>126</sup>, formas de restrição à concorrência<sup>127</sup>, e ainda, metodologias e padrões analíticos<sup>128-129</sup>. Ou seja, não há clareza de que a lei tenha a função de criar uma categorização que divide as condutas anticompetitivas em dois grupos e, mais ainda, qual a natureza jurídica atribuída a essa classificação.

Importante salientar que, diferentemente de outras jurisdições, como a mexicana, em que se distinguem claramente as chamadas “*prácticas monopolísticas absolutas*”, exhaustivamente

---

<sup>122</sup> Afirma MALARD que o sistema jurídico da concorrência pode ser definido como um conjunto de princípios e orientações que têm por objetivo nortear o legislador na formulação de regime jurídico próprio, em razão da estrutura dos mercados, das características dos agentes econômicos e das políticas econômicas em defesa da economia de mercado. Complementa a autora que “são dois os grandes sistemas da concorrência: um baseado no princípio do abuso ou regra da razão (*rule of reason*) e outro no princípio da proibição ou *per se condemnation*, cujos elementos podem agregar-se para formar um sistema misto”. MALARD, Neide Teresinha. O regime jurídico da concorrência e as condutas abusivas. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018. p. 871.

<sup>123</sup> GLÓRIA se vale desta concepção, dizendo que a regra da razão é a razoabilidade inculpada como princípio norteador das decisões relativas às leis de defesa da concorrência. GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. Restrições verticais no Direito da Concorrência: estudo de casos à luz da regra da razão e do ilícito *per se* nos Estados Unidos e na União Europeia. *Meritum*, vol. 5, n. 2, 2010, p. 407.

<sup>124</sup> É também importante mencionar a ideia trazida por SILVA de que haveria, na prática concorrencial brasileira, uma “teoria das infrações por objeto”. Segundo o autor, “o que se chama neste estudo de teoria das infrações por objeto nada mais é do que o entendimento formulado em decisões do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica do Cade acerca da interpretação do artigo 36, caput, da LDC”, que se contraporía a uma “teoria do balanceamento de efeitos”. SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. A falácia das infrações por objeto e suas consequências para a persecução de condutas unilaterais. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 7, n. 1, maio/2019, p. 69.

<sup>125</sup> Segundo o glossário da OCDE, a regra da razão é “uma abordagem jurídica [adotada] pelas autoridades concorrenciais ou pelas cortes em que é feita uma tentativa de ser avaliada as características pró-competitivas de uma prática negocial restritiva frente a seus efeitos anticompetitivos a fim de decidir se a prática deveria ou não ser proibida. Algumas restrições de mercado que levantam problemas concorrenciais *prima facie* podem, em análise mais detida, ser percebidas como possuindo válidos benefícios que promovem eficiência. [...] A oposição à abordagem da regra da razão é declarar certas práticas de negócio ilegais *per se*, ou seja, sempre ilegais”. Ver: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law. 16 July 1993. p. 77.

<sup>126</sup> Nas palavras de SILVEIRA e BAQUEIRO, “ilícito por objeto e ilícito por efeitos constituem categorias de ilícito”. Ver: SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo. BAQUEIRO, Paula. A jurisprudência do Cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. *Mulheres no Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2018. p. 144.

<sup>127</sup> Como visto, esse é o termo mais utilizado na visão europeia – restrição pelo objeto e restrição por efeito.

<sup>128</sup> Para AZEVEDO e ALMEIDA, “as categorias ‘*per se*’ e ‘regra da razão’ constituem padrões de investigação antitruste, que definem o conjunto de provas necessário para a caracterização da ilicitude da conduta em análise”. AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência. *Est. econ.*, São Paulo, v. 39, n. 4, p. 737-762, Out.-Dez. 2009. p. 740.

<sup>129</sup> Apenas para esclarecer, como já pontuado, este trabalho se alinha à última noção, em razão de ser a ideia de “método” e “metodologia” a mais adequada à finalidade de revelar a tecnicidade atribuída à análise concorrencial, por meio de um conjunto de etapas organizado, estruturado e previamente conhecido e que não está sujeito ao arbítrio do julgador.

tipificadas na lei e nulas de pleno direito, das “*prácticas monopolísticas relativas*”, a legislação pátria optou por não fazer qualquer distinção de tratamento entre as possíveis condutas anticompetitivas – sejam elas baseadas nas definições de ilícito por objeto e ilícito por efeitos ou ainda em outros critérios – como a forma de restrição (vertical ou horizontal), nos agentes participantes (unilateral ou coordenada) e nas “espécies” de conduta (tais como cartel, venda casada, preço predatório, exclusividade, entre outras).

Ao contrário, o legislador concentrou em um único artigo todas as hipóteses de práticas potencialmente anticoncorrenciais e que, portanto, estão sujeitas ao mesmo tratamento legal. Todavia, como pontua FRAZÃO, há uma miríade de condutas em tese reprováveis pelo Direito Concorrencial, com graus de complexidade e sofisticação distintos, razão pela qual se faz necessário o desenvolvimento de diferentes formatos de análise antitruste, como se vê:

“É pacífico na doutrina e na jurisprudência do Direito da Concorrência que inexistem um único modelo de análise capaz de dar conta da variedade e da complexidade das inúmeras práticas empresariais que podem gerar riscos concorrenciais, sendo necessário que cada espécie de conduta tenha sua potencialidade lesiva examinada de acordo com suas especificidades”<sup>130</sup>.

Assim, se existem diferentes formas de análise que podem ser empreendidas para constatar sua ilicitude, é imprescindível que, ao menos, quais são esses padrões e em quais situações se aplicam sejam bem compreendidos pelos jurisdicionados.

### (iii) *Ônus da prova*

Inevitavelmente, o debate acerca das metodologias de análise de condutas anticompetitivas desdobra-se numa discussão sobre alocação do ônus da prova. Embora o estudo das formas de avaliação admitidas no Direito Concorrencial seja mais amplo e não se resume apenas a estabelecer regras sobre quem tem a obrigação de demonstrar algum aspecto, a inversão do ônus da prova é um efeito prático da atribuição de presunções (sempre *iuris tantum*, uma vez constatada a inaplicabilidade de regramento *per se*) à análise antitruste.

Ao tratar da distinção entre ilícitos pelo objeto e ilícitos por efeito no ordenamento brasileiro, PEREIRA NETO e CASAGRANDE indicam que a jurisprudência do CADE tem buscado estabelecer certos critérios mais precisos para a alocação do ônus da prova entre a

---

<sup>130</sup> FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 289.

Administração e o investigado para casos envolvendo os diferentes tipos de condutas anticompetitivas, de acordo com presunções quanto aos efeitos negativos decorrentes da prática.

Entretanto, apesar de ser notado esse fenômeno na prática que, como já discutido, é observado também nos Estados Unidos e na União Europeia, alguns críticos apontam para a impossibilidade de se estabelecer tal mecanismo de distribuição de ônus probatório no Brasil, já que não existe previsão legal que o autorize.

Essa é a visão partilhada por CRISTOFARO, que desaprova a inversão do ônus da prova em processo sancionador sem que haja respaldo constitucional ou legal. Defende, assim, que o CADE tem o dever primordial de provar o fato alegadamente delituoso e, na ausência de prova específica quanto à existência real da conduta, impõe-se a absolvição da parte, “*em nome do princípio da verdade material*”<sup>131</sup>.

Nessa linha, se posicionou também a Conselheira Cristiane Alkmin, em voto na apreciação da Consulta nº 08700.001540/2018-62:

Deveras, um dos princípios basilares do processo administrativo sancionador é de que o ônus da prova recai sobre a Administração Pública, em consonância com a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LV e LVII) e com a Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999, art. 36). As normas de inversão do ônus probatório possuem, portanto, caráter excepcional e só podem ser interpretadas restritivamente. Qualquer flexibilização desse princípio, portanto, deve ficar a critério do legislador, a exemplo do art. 6, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que determina a inversão do ônus em favor do consumidor, quando “a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. Dito isso, **entendo que a lei específica sobre matéria de concorrência (Lei 12.529/11) não abarca a possibilidade da hipossuficiência do Cade, para que haja inversão do ônus da prova – independentemente do tipo de análise** (per se/por objeto ou pela regra da razão/por efeitos). Tanto é verdade que é o Cade quem tem o ônus de provar a existência da conduta (mesmo nos casos de carteis hard core), não as partes, e também seus efeitos, quando for o

---

<sup>131</sup> CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. A Categorização dos Ilícitos Concorrenciais e o Direito Concorrencial Brasileiro. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018. pp. 963-964.

caso. Não há que se falar, assim, em inversão do ônus da prova.

Em que pesem esses argumentos, a questão merece ser aprofundada em busca da correta interpretação sobre a viabilidade de se adotar, propiciamente, presunções na análise concorrencial, alinhada ao ordenamento jurídico e aos princípios que regem o antitruste no Brasil.

Com efeito, inexistente dispositivo que verse expressamente sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova na LDC. A única presunção contida na legislação concorrencial brasileira trata da posição dominante, presumida caso o agente potencialmente infrator controle 20% ou mais do mercado relevante, conforme art. 36, §2º. Apesar da ausência de previsão expressa, o Código de Processo Civil (que, a partir de 2015, tem aplicação subsidiária aos processos administrativos), permite uma distribuição do ônus da prova de modo alternativo, quando se estiver “*diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo [...] ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*”, nos termos do art. 373, §1º. Importante mencionar os complementos a esse dispositivo, presentes no mesmo parágrafo e no seguinte, de que a decisão caberá ao juiz, de forma fundamentada, dando-se oportunidade para que a parte a quem o ônus foi atribuído possa se desincumbir desse encargo, sem gerar uma situação impossível ou extremamente difícil.

Contudo, é necessário lembrar que a defesa da concorrência, neste país, se consubstancia como uma esfera administrativa. Portanto, diferentemente do processo dos Estados Unidos e da lógica sob a qual foi definida a norma processual citada acima, não há um sistema adversarial, que conta com acusador, defesa e julgador. Ao contrário, o processo administrativo para apuração de infrações contra a ordem econômica é de iniciativa da própria autoridade, mesmo que mediante representação e admissão de terceiros interessados no processo. O contraditório se estabelece, assim, entre acusado e autoridade, a quem compete tanto a instrução como a decisão do caso (ainda que haja divisão de competências entre a Superintendência Geral e o Tribunal do CADE<sup>132</sup>).

Nesse contexto, a inversão do ônus da prova diz mais respeito ao *standard* probatório usualmente aceito pela autoridade na formação de seu convencimento sobre a potencialidade lesiva da conduta em análise do que de fato sobre uma distribuição de deveres entre partes

---

<sup>132</sup> Importante ressaltar que os Conselheiros do Tribunal possuem competência instrutória subsidiária (ou complementar), nos termos do art. 11, III e V da LDC.

equânimes. Trata-se, então, de definir a melhor forma de alocação dos incentivos entre as partes do processo com o objetivo de se buscar a verdade material, considerando as deficiências e necessidades inerentes ao desenho da atuação repressiva da autoridade concorrencial, que se dá no âmbito de processo administrativo e, como visto anteriormente, se vale de tipologia intrinsecamente aberta, baseada no potencial efeito anticompetitivo do ato e na responsabilidade objetiva do agente infrator.

É claro que não se está a defender uma carta branca para que a autoridade possa punir agentes de modo discricionário ou arbitrário, sem provas. Longe disso, o recurso a um mecanismo de realocação no ônus probatório deve ser interpretado restritivamente.

Não é qualquer presunção que pode ser aceita. Não se discute a possibilidade de se estabelecer uma presunção que verse sobre a prova da ocorrência do fato – a condenação de qualquer prática anticompetitiva depende, em primeiro lugar, da comprovação do ato, com base em evidências concretas. Mas a inferência que se admite ao adotar metodologias que se apoiam em presunções (tal como a análise formal, regra da razão truncada e regra da razão estruturada, além da ideia de *continuum*) é a de que a prática, dentro de dadas circunstâncias, tem o potencial de produzir efeitos danosos ao mercado.

Por isso, a consequência prática da adoção dessas abordagens é a possibilidade de inversão do ônus da prova no que diz respeito à não produção de efeitos prejudiciais à concorrência e/ou (a depender do método aplicável) à presença de eficiências ou existência de justificativas econômicas para a licitude da prática, que devem ser apresentadas pela parte investigada. Dessa forma, a autoridade seria incitada a considerar as evidências indicadas na ponderação de efeitos pró e anticompetitivos.

Sob essa perspectiva, é essencial que se saiba, de antemão, quais são essas circunstâncias e a quais condutas elas se aplicam. À luz da garantia da segurança jurídica, não se pode criar uma nova presunção no curso da análise de um caso específico e basear uma eventual condenação em uma presunção não conhecida previamente. Logo, qualquer presunção que venha a ser adotada pela autoridade concorrencial deve ser clara e amplamente divulgada – função que, primordialmente na Europa, mas também nos EUA, ficou a cargo dos guias e regulamentos, conforme abordado no capítulo anterior. Ademais, a definição só pode derivar da experiência prática da autoridade judicante, como forma de permitir a conclusão de que, naquela situação, a prática quase sempre levará a um resultado líquido negativo.

Ainda, a adoção de presunções de licitude ou de ilicitude no processo administrativo de apuração de infrações contra a ordem econômica só pode ser recepcionada se compreendida como regra de instrução e não como regra de julgamento. A autoridade não pode, sob nenhuma hipótese, se socorrer a um pretense direito de inverter o ônus da prova para amparar sua tese condenatória quando, ao final do processo, não tenha conseguido comprovar a configuração da infração.

Assim, interpretando-se sistematicamente, tanto com base no ordenamento jurídico nacional como pelo racional que perpassa a própria política de repressão aos ilícitos concorrenciais, com os elementos estruturantes estudados anteriormente, não se descarta, a princípio, o recurso a presunções, com o efeito prático de distribuição do ônus da prova, desde que: (i) sejam relativas, como regra de instrução, sempre permitindo que o investigado possa se desincumbir desse encargo; (ii) tratem sobre os efeitos (reais ou potenciais) e não sobre os fatos; (iii) sejam construídas com base na experiência adquirida pelo CADE; e (iv) sejam devidamente informadas ao mercado de forma prévia e transparente.

## **2.2. O papel da Resolução nº 20/1999**

Complementando o arcabouço legal que envolve a aplicação de metodologias de análise aos casos antitruste, vale ainda mencionar guia editado no final da década de 1990, ao qual MACEDO atribui a função de fonte normativa, ao lado da Constituição Federal e da LDC<sup>133</sup>.

Em junho de 1999, ou seja, ainda sob a égide da Lei nº 8.884/94, o CADE editou a Resolução nº 20 que dispunha sobre aspectos procedimentais a serem observados no âmbito do processo administrativo. Dentre as regras ali previstas, o art. 1º determinava que os processos deveriam ser devidamente instruídos, com os elementos necessários à formação da convicção do Conselheiro Relator do caso que, para tanto, deveria se guiar pelos Anexos I e II que tratavam, respectivamente, das definições e classificações de práticas restritivas e dos critérios básicos de análise de tais práticas, deixando claro, porém, o caráter meramente orientativo desses anexos.

De início, importa esclarecer que a referida resolução foi expressamente revogada por meio da Resolução nº 45/2007. No entanto, pode-se questionar acerca da vigência de seus

---

<sup>133</sup> Ao tratar, especificamente, do tratamento normativo das restrições verticais no Brasil, Ver: MACEDO, Alexandre Cordeiro. Restrições Verticais no Direito Antitruste Brasileiro à Luz da Análise Econômica do Direito. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense De Direito Público – IDP, Brasília, 2014.

anexos, uma vez que (i) já em sua origem, não eram vinculantes às decisões dos Conselheiros, aplicadores da legislação concorrencial, (ii) como declarado, contribuem para a instrução do público, que se submete às decisões do Conselho, com finalidade educativa; e (iii) não houve, posteriormente à sua edição, qualquer mudança significativa na legislação que ensejasse uma alteração de seu conteúdo, reconhecido guia para a análise de condutas anticompetitivas.

Assim, a princípio, não se vislumbram motivos para refutar o conteúdo dos anexos, mesmo na atualidade, exceto por questões de estrutura organizacional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e de agenda e capacidade institucional, que serão abordadas na sequência. Pelo contrário, estes exerceriam um importante papel enquanto guia orientador, tanto para a autoridade que obteria ganhos em termos de consistência – o que, em tese, reduziria o potencial de reversão de suas decisões no Poder Judiciário –, como para os agentes econômicos que se beneficiam de uma visão mais clara sobre a forma de análise a ser empreendida pelo CADE em caso de uma eventual investigação, com maior sinalização sobre os limites da regularidade concorrencial das práticas comerciais. Mas essa finalidade só pode ser atingida se a prática decisória do Conselho for condizente com as definições e etapas contidas nos guias. O diagnóstico da atividade judicante do CADE apresentado no próximo capítulo, porém, mostrará uma realidade diferente<sup>134</sup>.

Neste momento, todavia, parece válido nos voltar a analisar o que os anexos revelam acerca da metodologia de análise a ser adotada pelo órgão antitruste brasileiro.

Os critérios básicos de análise estabelecidos no Anexo II à Resolução nº 20/99 remetem claramente à metodologia da regra da razão. O primeiro passo consiste na caracterização da conduta, por meio da identificação de sua natureza, enquadramento legal e suficiência das evidências dos autos, seguindo-se à análise da detenção de posição dominante no mercado relevante por parte da empresa investigada, subdividida na delimitação dos mercados relevantes, na estimativa das participações nestes mercados e, ainda, na análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais, tais como a presença de barreiras à entrada e condições

---

<sup>134</sup> Esta mesma constatação é feita por MACEDO: “Essa resolução [20/99] foi promulgada pelo CADE a fim de direcionar a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no controle de restrições verticais e de conferir maior segurança jurídica aos agentes privados que se submetem às suas decisões. A análise das decisões do CADE mostrará, contudo, que apesar de uma aparentemente uniformidade e previsibilidade de entendimento desse Órgão, um exame detalhado dos casos permitirá enxergar certa inconsistência de algumas decisões e até mesmo um julgamento apressado da ilegalidade da conduta, sem efetivamente cumprir rigorosamente o teste previsto na legislação à luz da literatura econômica mais contemporânea”. Ver: MACEDO, Alexandre Cordeiro. Restrições Verticais no Direito Antitruste Brasileiro à Luz da Análise Econômica do Direito. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense De Direito Público – IDP, Brasília, 2014.



institucionais. Na sequência, de acordo com o guia, devem ser avaliados os danos concorrenciais da conduta, os possíveis ganhos de eficiência e demais benefícios gerados e, por último, ponderação entre os efeitos negativos e as eficiências econômicas, visando a obter os efeitos líquidos da conduta.

A consagração da regra da razão é percebida não só na descrição detalhada das etapas de análise, mas é também declarada. Logo na introdução a ambos os anexos afirma-se que a análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas, sendo necessário considerar o contexto específico em que cada prática ocorre, sua razoabilidade econômica, os custos e os eventuais benefícios, para que se apure seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor. Por isso, a Resolução foi vista como uma confirmação, por parte do CADE, do “dogma” doutrinário da inexistência de ilícito *per se* no Brasil.

Relevante observar que, ao longo dos dois documentos, não há qualquer menção à possibilidade de se configurar uma ilicitude por si ou pelo objeto. A referência mais próxima seria a “identificação da natureza da conduta”, indicada como a primeira etapa da investigação, como subitem da caracterização da conduta. Uma leitura atenta do detalhamento, entretanto, revela que se trata da natureza anticoncorrencial da prática, por meio da identificação da autoria, produtos e mercados envolvidos, racionalidade do autor e análise preliminar dos efeitos.

Também o Anexo I é bastante claro sobre a prevalência do princípio da razoabilidade mesmo fazendo distinção entre restrições verticais e horizontais e, para a última, indicando especificamente a prática de cartel como uma de suas situações usuais – portanto, sem indicar nenhuma presunção de que, pelo objeto da conduta ou por sua gravidade, os efeitos sempre serão danosos ao mercado.

### **2.3. Agenda institucional da Política de Defesa da Concorrência no Brasil**

Como já pontuado neste trabalho, é imprescindível que os termos empregados em jurisdições estrangeiras, para sua importação à prática brasileira, sejam compreendidos dentro de um contexto não só legal, mas também institucional, levando em conta a forma como se estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), os objetivos almejados e os desafios enfrentados pelas autoridades dele constituente. Nesse sentido:

“as normas de disciplina da concorrência podem ser influenciadas e moldadas a partir de fatores históricos, de objetivos de política pública, aspectos institucionais e processuais. Tais fatores interagem entre si continuamente, exercem papéis e pressões diferentes em cada momento histórico, inevitavelmente moldando as normas e impactando em sua aplicação a situações concretas”<sup>135</sup>.

A pergunta que se coloca, então, é se haveria objetivos distintos na aplicação da defesa da concorrência no Brasil, considerando seu estágio de país em desenvolvimento, e na Europa e Estados Unidos, onde a política antitruste recai sobre países desenvolvidos. Como aponta RAGAZZO, parece que essa questão não foi suficientemente debatida na época de transplantação das estruturas e normas jurídicas dos modelos estrangeiros, julgando-se, inicialmente, que a racionalidade econômica criada naquelas jurisdições não seria variável em função de contextos econômicos e sociais<sup>136</sup>.

Mais recentemente, porém, essa perspectiva tem sido posta em xeque, voltando-se para a percepção de que a defesa da concorrência nos países em desenvolvimento enfrenta desafios e possui papéis diferentes. Os objetivos do antitruste em países desenvolvidos seriam mais modestos, tendo como norte a garantia do bem-estar do consumidor, visando somente à manutenção de preços em patamares competitivos e ao alcance da eficiência. Já nos países em desenvolvimento, teria como função principal a promoção do aumento do nível de investimento e a maximização do bem-estar da sociedade em um contexto dinâmico, contribuindo para a efetividade das políticas de desenvolvimento<sup>137</sup>, preocupando-se também em reduzir desigualdades, incentivar o empreendedorismo e estimular inovações.

Em primeiro lugar, é preciso compreender a política de defesa da concorrência como política pública<sup>138</sup>, que incide nas relações econômicas, prevalecendo seu caráter residual, reativo e eventual. Segue, portanto, uma lógica não constitutiva de mercados, mas delimitadora

---

<sup>135</sup> VILLELA CORRÊA, Mariana. Abuso de Posição Dominante: Conduas de Exclusão em Relações de Distribuição. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo, 2012. p. 32.

<sup>136</sup> RAGAZZO, Carlos. Pesquisando sobre o Direito da Concorrência. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n.1, jan./abr.2019. p. 83.

<sup>137</sup> PRADO, Luiz Carlos Delorme. Política de Concorrência e Desenvolvimento: Reflexões sobre a Defesa da Concorrência em uma Política de Desenvolvimento. *Cadernos do Desenvolvimento – Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento*, v. 6, n. 9. Rio de Janeiro, 2011.

<sup>138</sup> Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci, como um programa de ação governamental, regulado por um conjunto de processos, que busca coordenar a atividade privada e os meios à disposição do Estado para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Ver: BUCCI, Maria Paula Dallari, *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

de comportamentos<sup>139</sup>, de forma transversal<sup>140</sup>. Igualmente, a defesa da concorrência também pode ser compreendida como mecanismo para a concretização de outras políticas públicas. Desempenhando sua finalidade instrumental, é uma poderosa ferramenta de que dispõe o Estado para implementar políticas públicas<sup>141</sup>.

É dentro desse arranjo que se desenha a agenda do SBDC, composto pelo CADE, que fica a cargo das funções preventiva (por meio do sistema prévio da análise de atos de concentração), repressiva (com a responsabilidade pela investigação e punição dos agentes econômicos que cometem condutas anticompetitivas), e educativa, além da atualmente denominada Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac), com atribuição de promoção da concorrência (*advocacy*)<sup>142</sup>.

Especificamente, o tema das metodologias de análise entra neste debate de agenda institucional como forma de conciliar duas máximas principais: eficiência administrativa, mediante a correta alocação dos recursos de que dispõem as autoridades; e sinalização ao mercado sobre práticas contrárias à ordem econômica, para mitigação de sua ocorrência, quer por meio do efeito dissuasório das decisões, quer pela instrução dos agentes econômicos pela função educativa<sup>143</sup>.

Nesse balanceamento, dissuasão e eficiência do órgão antitruste podem ganhar diferentes pesos a depender do contexto do mercado e do estágio de desenvolvimento em que o país se encontra.

Por exemplo, uma regra baseada em vedação total de certas condutas tende a ser menos permissiva à função instrumental da defesa da concorrência, aumentando a probabilidade de

---

<sup>139</sup> CARVALHO, Vinicius Marques de. Antitruste Under Pressure: Crises Econômicas e Impactos nas Estratégias de Intervenção. *Revista de Direito Público*, v. 18, n. 98. Brasília, mar./abr. 2021. p. 818.

<sup>140</sup> Especialmente, dada a característica de transversalidade da disciplina, a capacitação técnica dos colaboradores não é voltada para o conhecimento de um setor específico, mas demanda o domínio dos métodos de análise e, mais que isso, sobre as hipóteses que ensejam sua aplicação. Ver: CARVALHO, Vinicius Marques de. Antitruste Under Pressure: Crises Econômicas e Impactos nas Estratégias de Intervenção. *Revista de Direito Público*, v. 18, n. 98. Brasília, mar./abr. 2021. p. 818.

<sup>141</sup> FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste, 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. pp. 194-200.

<sup>142</sup> A ação de advocacia da concorrência “envolve a análise e proposição de políticas públicas com o objetivo de se identificar a existência ou a criação de barreiras e entraves desnecessários à concorrência pelo Estado”. Ver: Cartilha de Advocacia da Concorrência – SEAE/SEPEC/ME (2020).

<sup>143</sup> Conforme descrito no sítio eletrônico do governo brasileiro (disponível em <https://www.gov.br/pt-br/orgaos/conselho-administrativo-de-defesa-economica>), o CADE, ao exercer a função educativa, deve “instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas”.

ocorrência de falsos positivos, o que pode levar a barrar práticas pró-competitivas, que poderiam auxiliar no desenvolvimento econômico. Como resposta, a opção por um modelo que tem por fundamento uma regra da razão estrita poderia ter como benefício a diminuição de casos falsos positivos, mas, em contrapartida, pode tornar muito mais custosa e difícil a persecução às práticas ilícitas, resultando num potencial aumento de falsos negativos.

Sobre esse custo de investigação, é notório que o CADE, em especial, possui recursos limitados, motivo pelo qual o trabalho de definir as prioridades de sua atuação (que devem estar alinhadas aos objetivos conjunturais, como econômicos e sociais<sup>144</sup>) e a busca por uma constante eficiência torna-se ainda mais relevante.

Assim, uma redução de custos advinda de uma economia processual, pretendida ao se optar por adotar um *standard* analítico mais próximo de uma ilicitude *per se* tende a ser, naturalmente, bem-vinda. Entretanto, o que se observa na prática, como será detalhado no capítulo seguinte, é que a associação entre a presunção absoluta de ilicitude e economia processual não é necessariamente verdadeira para o caso brasileiro – justamente porque a própria argumentação sobre a metodologia a ser adotada em vista de determinado caso concreto acaba por demandar uma extensa fundamentação por parte dos decisores.

É também essa possibilidade de “escolha” do método a ser aplicado que acaba por dificultar a concretização do segundo aspecto, qual seja, o de se ter uma política de defesa da concorrência capaz de transmitir aos agentes econômicos sinalizações claras sobre a potencialidade infrativa das condutas. É necessário que os administrados compreendam corretamente os limites para diferenciação entre práticas lícitas e ilícitas, em benefício da segurança jurídica.

Desse modo, pode-se cogitar, a princípio, que uma análise *per se* seja mais apta à indicação das práticas que merecem ser reprimidas. Mas não parece ser este motivo suficiente para afastar a aplicação de uma metodologia baseada na razoabilidade, haja vista os efeitos ambíguos que diferentes práticas podem causar aos mercados (estes também, diga-se, devem

---

<sup>144</sup> É nesse sentido, por exemplo, que se defende que o *enforcement* concorrencial deveria focar em setores e práticas relevantes para a consecução desses objetivos. “Argumentos de promoção da livre concorrência seriam utilizados para ‘liberar as amarras’ causadas por fatores sociais, políticos e históricos econômicos (papel justificador), de um lado, e as premissas da defesa da concorrência seriam modificadas para que as decisões facilitem a entrada pequenas empresas ou o foco em cartéis de produtos essenciais para o desenvolvimento humano”. Ver: RAGAZZO, Carlos. Pesquisando sobre o Direito da Concorrência. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n.1, jan./abr.2019. p. 84.

ser examinados à luz dos objetivos da política concorrencial). Isso não pode significar, porém, perda de estabilidade e previsibilidade da análise concorrencial.

É por esse motivo que a atribuição de tecnicidade à tarefa da autoridade antitruste, no que tange aos padrões analíticos, é especialmente importante, para trazer clareza sobre os critérios de análise que serão aplicados à investigação de cada conduta. Ao mesmo tempo, importar conceitos estrangeiros para travesti-los de técnica pode, na realidade, ser ainda mais problemático.

Assim, é verdade que a preferência pela ocorrência de erros tipo 1 ou de erros tipo 2<sup>145</sup>, que tem reflexo imediato na definição das metodologias de análise, é resultado de uma escolha de política de defesa da concorrência, guiada pela agenda institucional das autoridades que integram o SBDC. Porém, não se trata, simplesmente, de uma escolha binária entre permitir tudo e proibir tudo, mas sim, de sopesar adequadamente todos os fatores tratados acima, sempre tendo em mente o contexto fático e político-jurídico em que o país está inserido.

A questão em torno da política concorrencial brasileira, dessa forma, não busca superar uma discussão sobre a prevalência de falsos positivos sobre falsos negativos, ou vice-versa, como modelos ideais, mas dá a ela contornos específicos que não devem ser desconsiderados, que se desdobram a partir de valores econômicos, sociais e políticos de significado local.

#### **2.4. Uma segunda conclusão: é possível conciliar as perspectivas estrangeiras ao arcabouço brasileiro?**

Considerando a primeira conclusão descrita ao final do capítulo anterior, de que os modelos norte-americano e europeu não são equivalentes e tampouco conciliáveis, a opção inicial seria entender qual deles seria possível adotar no Brasil, ainda da perspectiva de um panorama geral (a perspectiva prática ficará para o Capítulo 3).

Nessa toada, de partida, é sabido que o sistema jurídico pátrio se alinha ao *civil law*. Neste quesito, identifica-se com os países europeus, sendo esperado que, por ser fundado em previsões legais, se privilegie a segurança jurídica, buscando clareza e previsibilidade, em detrimento de instabilidade decorrente de mudanças nos posicionamentos das cortes. A

---

<sup>145</sup> Como explicado na Introdução, a ideia de “erros tipo 1” está associada a decisões que podem caracterizar um falso negativo ou *underenforcement*, ou seja, a permissão de práticas que, em verdade, representam atos anticoncorrenciais, enquanto a noção de “erros tipo 2” aponta para decisões que venham a condenar práticas que são pró-competitivas – portanto, um falso positivo ou *overenforcement*.

proximidade com o modelo europeu também é percebida na redação da lei concorrencial brasileira, que teve clara influência no TFEU, fazendo referência expressa aos termos “objeto” e “efeitos”.

Então, caso a pergunta acima fosse obrigatória, seria forçoso admitir que a visão adotada no Brasil tem maior proximidade com a União Europeia. Mas também em relação ao modelo europeu há diferenças relevantes. Como já explorado, trata-se de uma economia em estágio diverso de desenvolvimento e em que se fez necessária uma conformação supranacional – o que, como visto, atribuiu caráter instrumental à matéria concorrencial na União Europeia<sup>146</sup> distinto dos objetivos do antitruste nacional. Ainda, sobre a influência legislativa quase literal, vale lembrar que as estruturas normativas de cada uma das jurisdições se diferenciam, já que aqui não se separou em duas disposições distintas as regras para acordos e práticas concertadas (art.101, TFEU), de um lado, e abuso de posição dominante (art. 102, TFEU), do outro, mas foi adotado um artigo único (art. 36, LDC). Colocando no mesmo barco todas as possíveis infrações à concorrência, abre-se ainda mais espaço para interpretações diversas diante de casos concretos. Além disso, importante destacar, mais uma vez, a função exercida por documentos não regulatórios, enquanto meios informativos, e pelo mecanismo de isenções em bloco.

Também não se pode ignorar que existe um movimento recente de maior aproximação com o sistema de *common law* no Brasil, segundo o qual, mesmo adotando-se o sistema de *civil law*, a observância das decisões judiciais merece ser acolhida – *stare decisis*, termo utilizado para designar o respeito obrigatório aos precedentes, tem fundamento na igualdade, segurança e previsibilidade, não se confundido com o *common law* e não sendo elemento dele exclusivo<sup>147</sup>. Isso se nota, em especial, a partir do Código de Processo Civil de 2015, que introduziu a uniformização da jurisprudência como dever dos tribunais (art. 926). Em matéria concorrencial, em particular, ainda que não se possa adotar um modelo de vinculação necessária aos precedentes, dada a amplitude e tipicidade aberta da norma, aos decisores cabe um papel, senão de criação de novas normas, de conformação da lei às situações postas, ganhando também

---

<sup>146</sup> FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste, 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 186.

<sup>147</sup> Ver, por exemplo: MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, n. 47. Curitiba, 2008.

relevância a experiência e o histórico de decisões da autoridade<sup>148-149</sup>. Como contraponto, vale destacar que a função de informar o mercado e de sinalizar sobre condutas e parâmetros de análise compete não só à jurisprudência, mas também à função educativa do CADE, por meio de guias e de incentivo a atividades de pesquisa.

Por todo o exposto, é nítida a necessidade de se construir um significado verdadeiramente brasileiro para os conceitos objeto desse estudo. É claro que não se pode desconsiderar o uso das expressões derivadas de termos estrangeiros para designar os métodos de análise na prática brasileira. Mas, ainda que se queira adotar a mesma terminologia utilizada alhures, é preciso atribuir a ela significação local, que seja coerente com os contextos jurídico, econômico, político e institucional que se desdobram nas leis e agenda de priorização das autoridades. A esse processo de conhecimento e troca de experiências que permita que cada jurisdição faça uma escolha informada sobre a adesão ou rejeição de certo padrão jurídico, BRAZ DE CASTRO dá o nome de “divergência informada”<sup>150</sup>. Nas palavras do autor, apontar dificuldades na busca por uma convergência internacional em matéria de Direito Concorrencial “*não significa virar as costas à experiência internacional na aplicação do antitruste ao longo da história*”, mas “*analisar criticamente as teorias formuladas sob outras jurisdições e incorporar o que for compatível com a realidade jurídica e econômica do país de destino*”<sup>151</sup>.

Na tentativa de se definir esse sentido próprio, é imprescindível que se volte a estudar como tem sido a prática adotada pela autoridade brasileira na incorporação dos conceitos por

---

<sup>148</sup> Interessante citar, nessa linha, discussões sobre o papel da jurisprudência e a necessidade de atenção aos precedentes travadas no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49. Nos termos do voto vogal do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia: “Outro ponto levantado pelas partes diz respeito à jurisprudência do CADE, seja neste mercado, seja na aplicação de remédios. Sobre esse aspecto, a proposta de ACC guarda consistência com os julgados pretéritos, avaliadas as devidas adaptações de contexto econômico e alterações de dinâmica de mercado. Destarte, pareceu-me razoável, também por esse prisma jurisprudencial, a aceitação da espinha dorsal do ACC, evitando-se, também com a possível reprovação, uma ruptura súbita e abrupta com a linha decisória adotada nas deliberações passadas, levando a uma indesejável sensação de insegurança jurídica. Não é demais salientar que a jurisprudência não está engessada e o julgador não está premido pelo que o Conselho decidiu no passado, mas a alteração nas suas linhas mestras deve ser feita com parcimônia, sobretudo quando a nova linha a ser seguida traz o endurecimento nas exigências anticoncorrenciais e, conseqüentemente, um maior intervencionismo estatal e um ônus desarrazoado ao setor privado”.

<sup>149</sup> Esse pensamento também pode ser observado em autores europeus. MENDES cita a visão de Liza Gormsen, para quem, pela inerente vagueza dos termos “dominância” e “abuso”, o artigo 102 representaria uma previsão-quadro (*framework provision*), que teria seu significado atribuído pela jurisprudência e prática da Comissão Europeia e das cortes comunitárias; e de Wouter Wils, que afirma que a proibição prevista no artigo 102 é tão vaga e aberta que a especificação do seu conteúdo só pode ser feita por meio da aplicação a casos concretos. Ver: MENDES, Francisco Schertel. O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: características e especificidades. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2012.

<sup>150</sup> BRAZ DE CASTRO, Bruno. Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 6, n. 2, 2018.

<sup>151</sup> BRAZ DE CASTRO, Bruno. Finalidades da Política Concorrencial e Promoção da Rivalidade em Países em Desenvolvimento: Argumentos em Prol de um Foco Renovado no Combate a Abusos de Posição Dominante. Revista do IBRAC, vol. 24, n. 1, 2018.

trás dos termos “*per se*”, “regra da razão”, “por objeto” e “por efeito” na análise de casos concretos. É por isso que o próximo capítulo busca traçar um diagnóstico sobre como tem se aplicado a questão das metodologias de análise na atividade do CADE, para que eventuais mudanças propositivas possam partir do estado da arte em que se encontra atualmente.



### **CAPÍTULO 3: A INCORPORAÇÃO DOS PARES DICOTÔMICOS À PRÁTICA JUDICANTE DO CADE**

Embora os conceitos objeto do presente estudo não encontrem previsão expressa na legislação concorrencial brasileira, os termos “regra da razão”, “regra *per se*”, “ilícito por objeto” e “ilícito por efeitos” integram a prática jurisprudencial do CADE desde sua constituição. Isso não significa, porém, que sua incorporação à prática nacional tenha se dado de forma uniforme, tampouco resultado em uma construção sólida. Mesmo após anos de experiência da autoridade antitruste no Brasil, ainda há campo para discussão e reflexão sobre os usos, significados e consequências da aplicação de cada um desses termos<sup>152</sup>.

O objetivo deste capítulo é estabelecer um diagnóstico sobre como os conceitos aqui discutidos são utilizados para embasar decisões do CADE, adotando-se uma perspectiva crítica. Para tanto, partem-se de algumas impressões iniciais:

- (i) Adota-se, em dados momentos, os termos “*per se*” e “objeto” de forma indistinta, como se tivessem exatamente o mesmo significado, causando uma confusão terminológica;
- (ii) Para além da confusão meramente de terminologia, há também uma confusão conceitual, consistente no tratamento da regra *per se* e da caracterização do ilícito pelo objeto de forma indissociável, sem se atentar para as particularidades de cada método – ou, ainda que se esclarecendo suas diferenças, assumindo-se que ambos levam a um mesmo resultado prático;
- (iii) Falta clareza na definição dos critérios utilizados para se determinar qual metodologia deve ser utilizada na investigação de um caso concreto;
- (iv) A análise de condutas do mesmo tipo ou categoria é inconsistente, o que causa não só insegurança jurídica como também aumento dos recursos gastos pela autoridade com discussões sobre a definição do método a ser adotado.

Cada uma dessas afirmações será abordada de forma específica em seções deste capítulo, em que se busca apresentar e analisar, de forma ilustrativa, algumas passagens

---

<sup>152</sup> SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo. BAQUEIRO, Paula. A jurisprudência do Cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. *Mulheres no Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2018. p. 143.

extraídas de votos exarados pelos Conselheiros do CADE nos últimos 10 anos (período que coincide com a vigência da Lei nº 12.529/11, em vigor desde maio de 2012), bem como de pareceres e notas técnicas da Superintendência Geral da autoridade antitruste brasileira (“SG”), da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (“ProCADE”) e do Ministério Público Federal (“MPF”)<sup>153</sup>.

Especificamente sobre a quarta hipótese, acerca dos resultados práticos decorrentes da aplicação das metodologias, serão revisitados casos brasileiros que tenham versado sobre investigações de condutas que se encontram numa “zona cinzenta”, ou seja, em relação às quais já houve discussão sobre qual forma analítica deveria ser adotada – a lista de práticas selecionadas para esse propósito contém cartel difuso, cartel de compra e cartel de exportação, troca de informações concorrencialmente sensíveis, negociação coletiva, tabelamento de preços e fixação de preço de revenda.

Antes disso, no entanto, importante destacar que a prática atual (e suas aparentes contradições) não se deu sem que houvesse, já em décadas anteriores, reflexões acerca da sistematização da aplicação dos pares dicotômicos ao cenário brasileiro. Por tal razão, a primeira seção deste capítulo apresentará, também de forma crítica, as contribuições trazidas pelo Conselheiro Luis Fernando Schuartz, pioneiro neste debate.

### **3.1. Primeiros pensamentos: os votos do Conselheiro Luis Fernando Schuartz**

Durante o período em que ocupou o cargo de Conselheiro no Tribunal do CADE, de 2005 a 2007, Luis Fernando Schuartz foi responsável por introduzir relevantes reflexões sobre o que chamou de “métodos de conhecimento”, utilizados para determinar se um ato configurava infração à ordem econômica, nos termos do art. 20 da Lei nº 8.884/94, vigente à época, em diversos votos<sup>154-155</sup>. Sua contribuição sobre a matéria objeto deste estudo – que, ao que é de conhecimento após as pesquisas realizadas, foi pioneira na prática antitruste brasileira –, é

---

<sup>153</sup> Neste ponto, vale uma nota metodológica: a pesquisa aqui empreendida não buscou esgotar a jurisprudência sobre os temas tratados e, portanto, não possui representatividade quantitativa. Trata-se de estudo de casos que são exemplificativos das percepções iniciais apontadas.

<sup>154</sup> Cita-se, como exemplo: Processo Administrativo nº 08000.022994/1997-79; Processo Administrativo nº 08012.004599/1999-18; Processo Administrativo nº 08012.005669/2002-31; Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16.

<sup>155</sup> CRISTOFARO destaca, em especial, trecho do voto-vista apresentado por Luis Fernando Schuartz no caso Coopanest (Processo Administrativo nº 08012.007042/2011-33). Ver: CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. *A Categorização dos Ilícitos Concorrenciais e o Direito Concorrencial Brasileiro. Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018. p. 960.

salutar, em especial por buscar estabelecer as bases teóricas e fundamentos para a aplicação de tipos de metodologias diferentes na análise de condutas potencialmente anticompetitivas, que encontrassem guarida na legislação concorrencial pátria, sem fazer referência expressa à importação dos pares dicotômicos (embora tenha registrado alusão ao direito norte-americano<sup>156</sup>).

A argumentação de Schuartz parte da concepção de que há uma dualidade no plano do conceito jurídico de infração à ordem econômica: ou é marcada pelo propósito “objetivamente visado” pelo agente (para a produção dos efeitos anticompetitivos listados na lei), predominando o caráter intencional para a realização de uma finalidade por meio da conduta, ou pela elevada probabilidade de que esses efeitos ocorram, destacando-se o risco objetivo de produção dos efeitos. A ilicitude estaria, assim, caracterizada por uma dentre estas duas possibilidades.

Em seguida, afirma que haveria, então, duas formas distintas de se verificar se uma conduta violaria ou não a legislação concorrencial, dois “métodos de conhecimento” diferentes: um primeiro voltado a apurar se, no momento da decisão pela implementação da prática, o agente tinha por objetivo e intenção específicos prejudicar a concorrência; no segundo, também deveria retroceder-se à época da conduta para investigar se a probabilidade de que se produzisse o dano concorrencial seria maior ou menor do que a probabilidade de que este não fosse produzido (ou seja, se a conduta incrementa significativamente o risco de produção de um dano à concorrência), independentemente da motivação do agente. Em resumo, Schuartz defendia que o procedimento correto para o julgador, em qualquer dos dois casos, seria partir da “posição” do agente econômico ao tempo em que adotou a conduta investigada, mas que, nos passos seguintes, as questões a serem respondidas e os meios apropriados para respondê-las, difeririam em sua quase totalidade.

Continua o Conselheiro argumentando que, para os dois métodos acima, poderá haver *standards* probatórios diferentes, podendo operar de forma simplificada a depender de se estar buscando a prova de um fato (necessária para a decisão condenatória) ou indício da ocorrência de um fato (necessário para a instauração de um processo investigativo). Haveria, assim, um grau de certeza apto a satisfazer o padrão de prova vigente nos processos administrativos.

---

<sup>156</sup> No voto no Processo Administrativo nº 08012.004599/1999-18, encontra-se nota de rodapé que revela que a dualidade apresentada é tributária da distinção feita, nos Estados Unidos, entre “*objectively intended purpose*” e “*likely effect*”.

Para o método baseado na atribuição de intencionalidade (ou “em razão do objeto”), haverá prova da infração se (i) se comprovar a motivação das pessoas responsáveis pela decisão de adotar a conduta; ou (ii) se puder excluir, como pouco plausíveis ou economicamente irracionais, as explicações que decorram de intenções alternativas à finalidade anticompetitiva. É possível ainda se identificar indícios da infração caso seja racionalizável pressupor a inexistência de motivações alternativas, o que dependeria ainda de indícios de poder de mercado.

Já para a metodologia de investigação de infração “em razão dos efeitos esperados” associados à conduta, a prova demandaria a rigorosa observância às seguintes etapas: definição precisa do mercado relevante, cálculo das participações dos agentes envolvidos, verificação das demais condições estruturais do mercado para a produção de um resultado prejudicial ao bem-estar social e identificação dos possíveis ganhos de eficiência resultantes da conduta – o que chamou de “*metodologia convencional de análise utilizada pelas autoridades de defesa da concorrência para identificação de seus custos e benefícios esperados*”. A constatação de um indício de prática desta natureza poderia ser feita com base apenas em algumas dessas etapas, notadamente, a de verificação das condições estruturais favoráveis à produção do resultado socialmente danoso.

Nesse ponto, a despeito da já mencionada relevância dessas contribuições, breves comentários acerca da posição expressa por Schuartz podem ser apresentados.

Primeiramente, tanto a ideia de que a lei demanda uma interpretação necessariamente dual, como a da definição do método de análise a partir da intencionalidade do agente supostamente infrator, são passíveis de críticas, já apontadas no capítulo anterior.

Em segundo lugar, pode-se dizer que a sistematização “à brasileira” proposta por Schuartz parece permitir a escolha, por parte do julgador, pela aplicação de um ou outro método diante do caso concreto. Nesse sentido, ao avaliar, por exemplo, o rompimento unilateral de contrato com a Montecitrus, pela Cargill, como criação de dificuldades ao funcionamento de uma empresa, no âmbito do Processo Administrativo nº 08000.022994/1997-79, o então Conselheiro coloca como alternativas para se averiguar a prática infrativa as hipóteses de que tivesse havido intenção subjetiva específica da Cargill em produzir efeitos anticompetitivos e a de que a empresa soubesse ou devesse saber da possibilidade da ocorrência de tais efeitos como consequência de sua decisão.

Não há, contudo, nada de discricionário ou arbitrário nessa “escolha”, que deve ser baseada em fundamentos técnicos e na probabilidade da reprovação dos efeitos concorrenciais da conduta, demonstrada a partir da experiência da corte<sup>157-158</sup>, além do respeito à efetividade da política de defesa da concorrência, à tecnicidade das decisões do CADE e à segurança jurídica de seus administrados.

Terceiro, em complemento ao comentário imediatamente acima, apesar de a construção de Schuartz revelar que o tema do *standard* probatório e das metodologias de análise de condutas anticompetitivas guardam relação íntima, o que é positivo, essa perspectiva acaba por confundir método e mérito. Em outras palavras, ao deixar que a escolha do método se dê de acordo com os elementos de prova colhidos ao longo do processo, cria-se um dilema circular, no melhor estilo “ovo-galinha”, em que ambas as análises são mutuamente dependentes.

Como observado, essa crítica também se estende, em certa medida, ao modelo europeu, especificamente à avaliação realizada para se definir se uma conduta pode ser considerada uma restrição por objeto, ao se perquirir sobre o contexto jurídico e econômico que envolve a prática. A definição da metodologia a ser utilizada não pode se confundir com discussões de mérito ou depender da análise das provas constantes dos autos do processo, já que infringiria os dois pilares que se pretende proteger ao se verificar a necessidade de padrões analíticos distintos. De um lado porque, se se faz necessário estudar todo o conteúdo probatório para se definir qual método utilizar para, posteriormente, aplicá-lo, parece haver um nítido retrabalho ou, ao menos, duplicação de esforços da autoridade antitruste, tornando-se regra de julgamento e não de instrução. De outro, porque implica dizer que uma mesma conduta ou espécie de infração concorrencial pode ser analisada de formas diferentes.

Em conclusão, os ensinamentos trazidos pelo Conselheiro Schuartz foram de extrema valia por introduzir o debate acerca dos métodos de análise no contexto brasileiro e muitas de suas ponderações ainda se fazem presentes nos dias atuais, inobstante as críticas que podem ser apontadas, após décadas de evolução do estudo do antitruste. Por isso, por ser tema em relação

---

<sup>157</sup> Nesse sentido, VERÍSSIMO ensina que o guia europeu (Guidelines on the Application of 101(3) TFEU) deixa claro que a presunção de ilicitude que acompanha as condutas anticompetitivas pelo objeto é baseada na experiência, no conteúdo do acordo e na sua alta probabilidade de prejudicar o bem coletivo protegido pela lei. Ver: VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A “regra da razão” e o controle de condutas anticompetitivas pelo CADE. Evolução do antitruste no Brasil. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018. p. 919.

<sup>158</sup> Da mesma forma, no direito norte-americano, extrai-se de HOVENKAMP que “(g)eralmente, a regra *per se* é apropriada apenas depois que juízes já adquiriram uma longa experiência em relação à determinada conduta, concluindo que a mesma produz resultados lesivos e praticamente nenhum benefício à concorrência”. Ver: HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy. 3<sup>rd</sup> ed. St. Paul: Thomson West, 2005, p. 276.

ao qual ainda paira considerável nebulosidade, busca-se aqui adentrar a pesquisa sobre a natureza e os elementos das contradições existentes.

### 3.2. Primeira hipótese: confusão terminológica

BURNIER DA SILVEIRA revela ser frequente a utilização de modo similar das classificações – objeto/efeitos, de um lado; e *per se*/razão, do outro lado –, embora suas origens e fundamentos não sejam coincidentes, havendo muitos precedentes do CADE que tratam da regra *per se* e da regra da razão, ainda que inexista essa distinção formal no Direito brasileiro<sup>159</sup>.

Dessa forma, apesar das primeiras conclusões resultantes da pesquisa empreendida no Capítulo 1, de que as noções do direito norte-americano e europeu não são exatamente equiparáveis, na prática brasileira, o que se observa é o emprego das expressões “ilícito *per se*” e “ilícito pelo objeto” de forma intercambiável, como se sinônimos fossem. É o que se verá ao longo desta seção.

Inicialmente, observam-se os seguintes excertos extraídos de pareceres da ProCADE:

“a infração à ordem econômica não necessita gerar efeitos concretos no mercado, podendo figurar como uma **conduta por objeto, cuja ilicitude *per se*** decorre da presunção dos efeitos restritivos à concorrência, por conta da constatação pelas autoridades concorrenciais de que esse tipo de conduta não gera efeitos positivos à sociedade, ao contrário, tem gerado efeitos negativos” (grifos próprios, Processo Administrativo nº 08700.004455/2016-94, Parecer nº 15/2020)

“ressalta-se que não se está considerando a conduta em análise como anticoncorrencial **pelo seu objeto, ou seja, uma conduta *per se***, mas sim pelos seus efeitos concretos e potenciais restritivos da concorrência” (grifos próprios, Processo Administrativo nº 08700.011835/2015-02, Parecer nº 5/2021)

Fica, portanto, evidente a aproximação feita pela Procuradoria entre o que chamou de conduta ou ilícito *per se* e conduta anticoncorrencial por objeto, que não expressa haver qualquer diferença ou particularidade na adoção de uma ou de outra terminologia.

---

<sup>159</sup> BURNIER DA SILVEIRA, Paulo. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 64.

De mesma sorte, diferentes Conselheiros do Tribunal da autarquia, ao longo dos últimos anos, adotaram a premissa de que as expressões “ilicitude *per se*” e “ilicitude por objeto” possuem o exato mesmo significado, sem qualquer distinção. Mais que isso, as metodologias foram mencionadas até mesmo como apostas explicativas uma da outra, denotando a notável semelhança de sentidos que se atribui a elas:

“a infração é grave, por se tratar de cartel *hard core*, que constitui infração considerada pelo Cade como **por objeto (ou “*per se*”)**” (grifos próprios, Processo Administrativo nº 08012.002812/2010-42, voto da Conselheira Relatora Cristiane Alkmin, 2018)

“Note-se que o cartel difuso, assim como o cartel clássico, é **ilícito concorrencial por objeto, *per se***, não se aplicando o padrão probatório com base na regra da razão” (grifos próprios, Processo Administrativo nº 08012.007011/2006-97, voto do Conselheiro Relator Luis Henrique Bertolino Braidó, 2020)

Tal estrutura sintática também se verifica em relação a citações à “regra da razão” e à “análise por efeitos”, buscando indicar afinidade semântica entre os termos:

“Desta forma, enquanto a lógica econômica e o que faz a comunidade internacional antitruste em geral relacionam análise *per se* (ou por objeto, de acordo com a Lei nº 12.529/2011) a cartéis *hard core*; a análise de casos de *soft* cartéis devem ser feitas pela **regra da razão (ou por efeitos)**, de acordo com a Lei nº 12.529/2011)” (Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50, voto-vista do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2018)

“Há grande divergência entre os países acerca de como lidar com a prática [de fixação de preço de revenda], a qual é tratada como ilícito por objeto (*per se*) em algumas jurisdições e como **ilícito por efeitos (regra da razão)** em outras” (grifos próprios, Consulta nº 08700.004460/2021-64, voto da Conselheira Relatora, Paula Farani de Azevedo Silveira, 2021)

Essa visão foi mais claramente sumarizada pela Conselheira Cristiane Alkmin, para quem “*se uma infração é compreendida ‘por objeto’ é porque ela é ‘per se’*”. Indo adiante, Cristiane explica que se o CADE entende que o efeito ao bem-estar é sempre negativo, como consequência lógica, não há necessidade de se fazer um balanço entre custo e benefício, por economia processual. Assim, não haveria qualquer ganho em diferenciar “*per se*” e “objeto”:

para não haver confusão e incerteza jurídica, as formas de análise precisam ser disjuntas, não sendo admissível que uma análise “por objeto” fique no meio do caminho. Nas palavras da conselheira:

“Ou é uma coisa ou é outra. Não se deve ter interseção nos entendimentos. Dito isso, se é *per se*, é porque o Cade não precisa demonstrar os efeitos. Se é regra da razão, é porque o Cade precisa demonstrá-los. Tão simples quanto isso” (Consulta nº 08700.001540/2018-62, voto da Conselheira Cristiane Alkmin, 2018).

Para além de revelarem o emprego indistinto dos pares dicotômicos, também não são raras, no histórico do CADE, passagens que atribuem a mesma consequência prática para as análises que seguem cada uma das metodologias, como nos exemplos:

“(…) ressalto que, em se tratando a presente conduta de um **ilícito per se**, a presença de elementos de **autoria e materialidade** da conduta já são suficientes para uma condenação” (grifos próprios, Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64, voto vista da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, 2020)

“[o cartel] é tido como um **ilícito por objeto**, sobre o qual recai presunção de potencialidade lesiva, bastando comprovação da **materialidade e autoria** do acordo” (grifos próprios, Processo Administrativo nº 08700.008751/2015-83, voto vogal da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, 2021)

Não obstante as constatações anteriores, uma segunda questão terminológica gira em torno da tentativa de aproximar os pares dicotômicos, não como sinônimos, mas como duas faces da mesma moeda. Para tanto, parte-se da noção de que o primeiro binômio representa modalidades de análise, enquanto o segundo revela espécies de ilícitos concorrenciais. Seriam, assim, classificações distintas, mas indissociáveis. De um lado, condutas ilícitas pelo seu objeto ensejariam uma análise *per se*. De outro, infrações por efeitos, deveriam ser analisadas pela regra da razão. Essa perspectiva vem sendo adotada sistematicamente pela SG<sup>160</sup>:

---

<sup>160</sup> Esse mesmo trecho foi encontrado nos autos de ao menos 30 processos, dos quais citam-se alguns: (i) **Processo Administrativo nº 08012.001255/2006-66** (cartel de compra no mercado de suco de laranja concentrado congelado – SLCC); (ii) **Processo Administrativo nº 08012.000773/2011-20** (suposto cartel no mercado asiático de fabricação de Elastômeros Termoplásticos (TPE), especialmente o Estireno de Butadieno Estirênico); (iii) **Processo Administrativo nº 08012.002812/2010-42** (cartel no mercado de distribuição de recarga eletrônica para telefones celulares pré-pagos); (iv) **Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79** (cartel no mercado



O que se tem, portanto, é que **uma conduta é anticompetitiva se: (i) tiver objeto lícito, mas possuir potencialidade lesiva; ou (ii) tiver objeto ilícito.** A interpretação desta estrutura normativa permite, pois, que se possam classificar as condutas em dois tipos: condutas por objeto e condutas por efeitos.

O resultado prático e útil desta classificação na aplicação da lei antitruste é evidente. **Quando uma conduta for considerada anticompetitiva porque possui objeto ilícito, ou seja, sua mera existência a torna ilícita já que dela nunca decorreriam efeitos positivos concorrenciais, existe uma presunção de ilegalidade, aplicando-se aquilo que se convencionou chamar de regra *per se*.** (grifos próprios)

Portanto, sob essa visão, ao se classificar condutas anticompetitivas em por efeitos e por objeto, o que se está a fazer é indicar quais devem ser analisadas pela regra *per se* e aquelas apuradas seguindo-se a regra da razão.

Esta é, aliás, a tese defendida por FRAZÃO para conciliar os conceitos transpostos dos direitos norte-americano e comunitário europeu à prática concorrencial brasileira. Segundo a autora, seria perfeitamente possível associar as infrações por objeto à metodologia da regra *per se* e as infrações por efeitos à metodologia da regra da razão. À primeira espécie de infrações, seria aplicado um padrão probatório simplificado, visando à redução dos custos de exame quando a probabilidade de sua licitude ser extremamente remota. Em todo caso, defende FRAZÃO, sempre seria possível a contraprova, já que não existe presunção absoluta de ilicitude nem mesmo para as infrações por objeto. Já à segunda espécie, seria imprescindível para a caracterização da infração um juízo probatório mais complexo e sofisticado<sup>161</sup>.

Também compartilham desse entendimento SILVEIRA e BAQUEIRO, que indicam que o par conceitual regra da razão e regra *per se* funcionam como regimes de análise, ao passo que ilícito pelo objeto e ilícito por efeitos constituem categorias ou modalidades de ilícito e que

---

de componentes de vidro para tubos de raios catódicos - CRT); (v) **Processo Administrativo nº 08012.001127/2010-07** (cartel internacional, com efeitos no Brasil, no mercado de mangueiras marítimas); (vi) **Processo nº 08700.000763/2018-11** (suposta prática de condutas anticompetitivas no mercado nacional de componentes eletrônicos para o setor de telecomunicações); (vii) **Processo Administrativo nº 08700.005789/2015-02** (cartel em licitações públicas para aquisição de sacos de lixo, nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul).

<sup>161</sup> FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 292 e 294.

a utilização de regimes de análise distintos seria resultado da diferenciação entre as categorias<sup>162</sup>.

Apesar de as distinções feitas pelas autoras serem precisas e oportunas, ao revelar as diferentes naturezas dos termos empregados, enquanto caracterizadores de práticas anticompetitivas ou enquanto formato analítico para investigá-las, deve-se fazer algumas observações relevantes.

Em primeiro lugar, é válido mencionar o uso das expressões *effects-based* e *objects-based* também como abordagens para a análise antitruste. Em outras palavras, ainda que os termos mais comumente utilizados na Europa não tratem propriamente de métodos de análise concorrencial, mas de adjetivações da “restrição à concorrência”, há outras expressões que designam as metodologias utilizadas para se investigar infrações por objeto e por efeito, que apresentam suas próprias características, sem ser necessário recorrer ao binômio norte-americano.

De igual sorte, também se nota, mesmo no Brasil, a utilização de termos como “conduta *per se*” e “ilícito *per se*”, aptos a denotar a prática investigada e não o padrão de análise aplicado à sua apuração, e o inverso para “análise por efeitos”. Veja-se, nesse sentido, o seguinte trecho:

“Ressalto, nesse ponto, que a implementação de programas, atos ou contratos, *prima facie*, não seria uma **conduta *per se* ilícita** e, por isso, demandaria uma **análise sobre os seus efeitos**” (grifos próprios Consulta nº 08700.007296/2018-41, voto da Conselheira Polyanna Vilanova, 2019)

Assim, apenas a regra da razão, por ter em sua própria essência a ideia de regra, acaba por escapar à função de adjetivar o tipo de infração, o que não parece ser fundamento suficiente para sustentar a justificativa, até certo ponto simplista, de atribuir classificações diferentes para conciliar as concepções desenvolvidas nos Estados Unidos e na União Europeia – e, tampouco, para se admitir, no Brasil, o emprego indistinto dos conceitos. Isso justamente porque, como já visto ao longo desta pesquisa, há significativas diferenças entre os padrões analíticos adotados

---

<sup>162</sup> SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo. BAQUEIRO, Paula. A jurisprudência do Cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. *Mulheres no Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2018. p. 144.

em uma e noutra jurisdição, que tornam imprecisa a importação desses conceitos de tal maneira para a prática antitruste brasileira.

Em que pese o esforço, por parte da doutrina e da jurisprudência nacionais, de tentar acomodar a aplicação dos termos europeus e estadunidenses, ao cair nesta armadilha, as particularidades de cada método são deixadas de lado – ou, mesmo nas situações em que são reconhecidas as diferenças, a conclusão a que se chega é que ambas impõem o mesmo resultado acerca do padrão analítico a ser adotado para a apuração de uma dada conduta, o que também se mostra impreciso.

Dessa forma, por tudo o que se analisou nesta seção, tem-se que, mais do que se confirmar a primeira hipótese acerca da existência de um desacerto entre termos, pode-se ir além e perguntar se não haveria também um equívoco conceitual, resultado, ao que tudo indica, de uma transposição assistemática e acrítica das expressões. Ou seja, ainda que se ignorassem as origens de cada uma delas e se admitisse um significado puramente brasileiro às locuções (que as considerasse equivalentes), estas não encontrariam na experiência da autoridade antitruste pátria a clareza, consistência e coerência necessárias. Daí se revela o segundo questionamento a ser discutido neste trabalho.

### 3.3. Segunda hipótese: confusão conceitual

Para ilustrar o aparente descompasso existente na atividade da autoridade concorrencial brasileira, destacam-se, inicialmente, dois excertos retirados de documentos oficiais do CADE:

Desse modo, **os ilícitos por objeto prescindem de uma análise por meio da regra da razão, e são analisados pela regra *per se***, que impõe exame menos aprofundado em vista da presunção de que a conduta não possui propósito ou efeitos legítimos. (grifos próprios, Consulta nº 08700.001540/2018-62, voto da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, 2018)

Dessa forma, é razoável concluir que, mesmo um ilícito concorrencial por objeto, pode ser analisado, em determinadas situações, sob o prisma da regra da razão, ponderando-se, portanto, os efeitos líquidos do mesmo ao mercado. Em outras palavras, **a adoção da regra da razão na análise de ilícitos concorrenciais por objeto não é algo essencialmente incompatível.** (grifos próprios, Procedimento Preparatório nº 08700.008318/2016-29, Nota Técnica SG nº 26/2018, 2018)

Já de início percebe-se que as afirmações acima se contrapõem diretamente. Enquanto a primeira citação segue a perspectiva, já amplamente analisada na seção anterior, acerca da acomodação entre as concepções de ilícito pelo objeto e regra *per se* e ilícito por efeitos e regra da razão, inseparáveis entre si, a segunda revela posicionamento diferente. Aqui, vale-se do reconhecimento de que tratar uma conduta como infração pelo objeto significa uma presunção apenas relativa de sua ilicitude (o que se aproxima de sua concepção original retirada do direito europeu), para, no entanto, indicar que há compatibilidade entre a regra da razão e ilícitos pelo objeto. Por um lado, pode-se afirmar que, de fato, seria possível em tese prosseguir com uma análise mais aprofundada, mesmo nos casos em que se tivesse identificado objeto anticompetitivo da conduta, esperando-se chegar ao mesmo resultado, já que a lógica por trás da aplicação da metodologia por objeto seria apenas antecipar conclusões que seriam alcançadas de toda forma. De outro lado, porém, os valores de reduzir recursos administrativos e garantir segurança jurídica se esvaem, comprometendo fortemente a eficiência administrativa da autoridade e a função repressiva do antitruste como um todo. A contradição está até mesmo na utilidade das classificações, ao derogar a finalidade normalmente atribuída para que os conceitos existam, em primeiro lugar.

O que poderia ser admitido, como já se observou nas metodologias que envolvem um *continuum*, é compreender que licitude *per se* e ilicitude *per se* seriam pontos opostos da mesma escala, mas esse não parece ter sido o fundamento presente no trecho acima – que utilizou a “regra da razão” e “ilicitude pelo objeto”, reforçando, mais uma vez, a miscelânea que se faz na importação dos termos para a prática brasileira.

Também no intuito de demonstrar a imprecisão conceitual verificada, interessa retomar as diversas Notas Técnicas da SG em casos que investigavam práticas de cartel<sup>163</sup>.

Quando uma conduta for considerada anticompetitiva porque possui objeto ilícito, ou seja, sua mera existência a torna ilícita já que dela nunca decorreriam efeitos positivos concorrenciais, existe uma presunção de ilegalidade, aplicando-se aquilo que se convencionou chamar de regra *per se*. Neste caso, repise-se, a mera existência de uma conduta com determinado objeto é anticompetitiva, **não sendo necessárias análises posteriores** sobre efeitos ou detalhadas sobre o mercado.

Por outro lado, quando o que torna uma conduta anticompetitiva são seus potenciais efeitos, é necessário que a decisão sobre a existência ou não da conduta

---

<sup>163</sup> Ver nota de rodapé nº 160.

perpasse algumas **etapas relacionadas a estes potenciais efeitos**, considerando-se, por exemplo, **variáveis como eficiências geradas, racionalidade econômica ou justificativa para a conduta, entre outras**. Na doutrina tradicional, diz-se que as condutas cuja ilicitude se define pela potencialidade de efeitos devem ser analisadas sob o jugo da regra da razão. (grifos próprios)

Sob esta ótica, não só se define que ilícitos pelo objeto ensejam a aplicação da regra *per se*, como também que é numa análise posterior, desnecessária nesta hipótese, que reside a etapa de identificação das eficiências, racionalidade ou justificativa econômica. Por tudo que já se discutiu neste trabalho, não se coaduna com essa visão. Ainda que seja acertado dizer que há uma presunção de ilegalidade, faltou esclarecer que esta é relativa podendo ser afastada justamente quando se percebe um racional econômico que justifique a prática.

Ademais, prima-se por uma classificação entre condutas, indicando-se os tipos em que podem se enquadrar sem, contudo, deixar claro quais condutas se encontram dentro de cada tipo. Veja-se trecho encontrado mais adiante nestas mesmas Notas Técnicas:

Assim, os cartéis clássicos (*hardcore*), os cartéis em licitação e as condutas de influência de conduta uniforme traduzidas em tabelas de preços elaboradas por associações comerciais e destinadas ao consumidor final, consistem nos principais exemplos de condutas anticompetitivas por objeto.

Em outras palavras, essa sugestão de classificação parece buscar aproximar o conceito de conduta anticompetitiva por objeto ao de conduta coordenada horizontal, valendo-se de categorizações distintas, quais sejam, as que separam práticas anticoncorrenciais em unilaterais e colusivas, podendo estas serem ainda verticais ou horizontais<sup>164</sup>. Esse não parece ser, porém, o fundamento para a divisão objeto/efeitos, que vai além da constatação de ser uma prática que envolve apenas uma empresa de um dado mercado ou várias delas. São diferentes as espécies de conduta que já geraram (ou ainda geram) discussão acerca de seu enquadramento enquanto

---

<sup>164</sup> De acordo com PEREIRA NETO e CASAGRANDE: “A classificação usualmente adotada pela literatura antitruste para a análise de condutas anticoncorrenciais tem por critério inicial a caracterização da conduta como uma *prática coordenada* entre empresas distintas (i.e., *acordo*) ou como uma prática unilateral de apenas uma empresa. Condutas coordenadas ou unilaterais, por sua vez, podem ser classificadas como: (i) horizontais, quando envolvem empresas que atuam num mesmo mercado (i.e., se envolve concorrentes diretos) ou (ii) verticais, quando afetam elos distintos de uma determinada cadeia produtiva (i.e., empresas com relação cliente-fornecedor)”. Ver: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91-92.

ilícito por efeitos ou ilícito por objeto, independentemente de serem colusivas ou unilaterais, verticais ou horizontais.

### **3.4. Terceira hipótese: falta de clareza nos critérios utilizados**

Se é verdade que, como se defende ao longo deste estudo, a metodologia de análise a ser seguida perante a investigação de determinada conduta não é uma escolha arbitrária do julgador, mas regra que se impõe diante da presença de dadas circunstâncias, faz-se imprescindível saber quais circunstâncias são essas.

A primeira questão que se coloca, então, é se uma mesma conduta poderia ser entendida ora como sujeita à análise de seus efeitos anticompetitivos, ainda que potenciais, ora pelo seu objeto – ou se, ao contrário, deveria haver uma maior definição, *a priori*, sobre o método a ser aplicado a cada tipo de conduta anticoncorrencial.

É necessário que se abra parêntesis. É claro que as classificações adotadas para se referir a tipos de práticas anticoncorrenciais não são conceitos fechados – inclusive, tampouco a noção de “práticas ou condutas anticompetitivas” é óbvia. É justamente por esse motivo que se previu, na LDC, um tipo aberto (tópico que já foi objeto do último capítulo), sendo sabido que as práticas de que se tem conhecimento – tais como o cartel, venda casada, influência à adoção de conduta uniforme, preço predatório, fixação de preço de revenda, açambarcamento de matéria prima, cláusula de raio, recusa de contratar, discriminação de preços, entre outras – não esgotam o universo de infrações à ordem econômica<sup>165</sup>.

Contudo, também é importante reconhecer que a existência de uma convenção sobre os principais tipos de condutas observados na prática tem sua utilidade na busca por sistematização das decisões concorrenciais (e até mesmo de convergência internacional). Em qualquer caso concreto, há um esforço, pela autoridade, para o enquadramento da conduta sob investigação em ao menos uma das formas conhecidas, o que facilita a análise por partir de potenciais efeitos e teorias do dano já conhecidas e largamente estudadas pela doutrina antitruste. Daí a importância de nomear e classificar os atos que são objeto de análise do Direito Concorrencial.

---

<sup>165</sup> Cf. redação do Anexo da Resolução CADE nº 20/1999.

Sob essa perspectiva, vale menção ao levantamento revelado pela Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira em seu voto no âmbito da Consulta nº 08700.001540/2018-62:

Quanto ao **método de análise do ilícito, se por objeto ou por efeito**, a jurisprudência recente deste Tribunal revela que a prática [de tabelamento de preços por entidades de classe] vem sendo **reiteradamente tratada como ilícito por objeto**. De 2014 até então, dos 25 processos envolvendo tabelas de preços adotadas por associações ou sindicatos, todos foram condenados, sendo que 14 foram decididos por meio do tratamento da prática como ilícito por objeto.

Em outras palavras, mesmo nos casos em que se seguiu uma análise baseada nos efeitos da conduta, a conclusão reiterada pela sua lesividade e caráter anticompetitivo justificaria a adoção de método de análise que dispensasse a necessidade de avaliar os efeitos quando diante de investigação sobre prática similar.

Ainda sobre o excerto acima, podem ser ressaltados dois aspectos principais<sup>166</sup>. Em primeiro lugar, a deferência à análise de casos já julgados, não meramente como importação do modelo norte-americano, baseado no sistema da *common law*, mas como forma de sinalizar ao mercado o padrão analítico a ser adotado nesses casos, conferindo maior coerência à prática da autoridade e segurança jurídica aos administrados, em linha com o que foi debatido no Capítulo 2. Sobre isso, inclusive, a própria SG reconhece que a aplicação da regra *per se* (aqui entendida como método de análise aplicável a infrações por objeto, conforme construção e fundamentação expressa na Nota Técnica) decorre de uma evolução jurisprudencial. Ou seja, valer-se da “simplicidade” de análise só seria possível “*em razão da experiência adquirida a partir da análise de diversos casos, os quais foram capazes de concluir a respeito dos efeitos lesivos de determinadas práticas à concorrência*”<sup>167</sup>.

Em segundo lugar, vê-se a busca de uma organização em torno de um “tipo” de conduta. Além do exercício elaborado pela Conselheira sobre a prática de tabelamento de preços, esse esforço para consolidar os critérios jurídicos e etapas cabíveis à análise de um tipo de conduta específico foi feito também em relação a, ao menos, duas outras práticas: cláusula de raio e exclusividade, mais genericamente. Embora ambas sejam reiteradamente tratadas

---

<sup>166</sup> Um terceiro apontamento também merece ser feito, ainda que já tenha sido indicado neste trabalho por repetidas vezes, quanto ao uso dos termos “por efeitos” e “por objeto” para denotar o método de análise (e não a espécie ou categoria de ilícito, como defendem alguns autores ser a distinção entre os pares dicotômicos – o que, porém, não encontra respaldo na prática da autoridade concorrencial brasileira).

<sup>167</sup> Nota Técnica SG nº 26/2018, emitida no âmbito do Procedimento Preparatório nº 08700.008318/2016-29.

como condutas que ensejam a avaliação com base na regra da razão, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a percepção de que os parâmetros adotados no exame dos diferentes casos não eram harmônicos levou o CADE a explorar e sugerir testes direcionados.

Acerca da conduta conhecida como cláusula de raio, no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46, referente à investigação de prática empreendida por *shoppings* localizados na cidade de em Porto Alegre, a SG, com base em processos decididos anteriormente, buscou estabelecer padrões de análise específicos para a apuração da razoabilidade da cláusula, baseados em sua extensão material (limitada aos controladores da locatária, não sendo extensível a seus sócios, e a marca sujeita à exclusividade), temporal (adstrita a um prazo de 5 anos) e territorial (presumidamente lícita se atingir um raio inferior a 2 quilômetros e presumidamente ilícita se superior a 5 quilômetros, valendo-se da regra da razão e análise casuística se o raio tivesse extensão intermediária entre esses dois limites). Neste caso, no entanto, o Conselheiro Relator, Márcio de Oliveira Júnior, apesar de afirmar expressamente que faria, de maneira conservadora, uma análise pela regra da razão, pugnou pela inversão do ônus da prova, para que os *shoppings* demonstrassem a razoabilidade das dimensões das cláusulas adotadas. Já a Conselheira Cristiane Alkmin entendeu que a prática deveria ser considerada ilícita *per se*, por não identificar quaisquer externalidades positivas, independentemente do prazo, do raio e do escopo pretendido<sup>168</sup>.

Por seu turno, a proposição feita acerca da conduta de exclusividade foi apresentada pelo Conselheiro Victor Oliveira Fernandes no Recurso Voluntário nº 08700.007547/2022-74. Destacou o Conselheiro que, se analisados mais atentamente os precedentes do CADE sobre a matéria, seria possível perceber que são adotadas “presunções de ilicitude bastante fortes”, tal como a inferência de que há potencial dano anticompetitivo a partir da extensão da prática (ou grau de cobertura do fechamento de mercado) e o elevado ônus da prova de eficiências que recai sobre os investigados, com entendimento da autoridade bastante restritivo sobre a aceitação de alegações de eficiências. Assim, entende que os parâmetros utilizados não são típicos de um teste do competidor igualmente eficiente ou de bem-estar do consumidor, afastando-se de uma regra da razão em sentido estrito e aproximando-se mais da “abordagem truncada de efeitos” ou de regra *quasi per se*. Complementa ainda que, de modo geral, o debate sobre o tratamento de condutas unilaterais baseado no binômio regra *per se* (ou de ilegalidade

---

<sup>168</sup> Ver: DELUCA, Patrícia Serson. Cláusula de Raio em Contratos de Locação por Shopping Centers como Conduta Anticompetitiva. *Revista do IBRAC*, vol. 22, n. 2, 2016.



*prima facie*) vs. regra da razão (ou de análise de efeitos) tem se mostrado pouco útil no direito brasileiro.

Por tudo isso, o Conselheiro indica que as práticas de exclusividade são apreciadas de acordo com os critérios a seguir sumarizados: (i) posição dominante no mercado de origem; (ii) características da exclusividade (prazo e condições comerciais); (iii) características estruturais do mercado (barreiras à entrada); (iv) análise do grau de cobertura no mercado alvo; (v) existência de alternativas igualmente eficientes disponíveis no mercado; e (vi) justificativas baseadas em eficiências.

Em nada obstante, saindo dos exemplos pontuais supracitados, a definição de métodos específicos por tipo de conduta não é uma constante na prática da autoridade brasileira. Observe-se trecho do voto do Conselheiro Sergio Ravagnani no Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73:

Por derradeiro, explicito que qualquer dos atos elencados nos incisos do § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 é suscetível de enquadramento como ilícito por objeto ou como ilícito por seus efeitos, a depender do quanto o conjunto probatório revelar sobre vontade manifestada pelo agente na prática do ato.

Revela-se, assim, faltar clareza nos critérios adotados pela autoridade para justificar o emprego de um ou outro método analítico, ao se admitir que uma mesma prática seja investigada ora como ilícito por efeitos, ora por objeto: seria a forma do ato? A vontade do agente?

Nesse contexto, importante observar, no entanto, o seguinte excerto constante do parecer da ProCADE emitido no âmbito da Consulta da Presidência que tratou de analisar requerimento da União Nacional das Instituições de Autogestão de Saúde (“Unidas”) para que fosse declarada a nulidade de condenação em processo anterior, em vista de decisão posterior do CADE que considerou que a negociação coletiva realizada pela empresa não configurava infração concorrencial:

O que há são decisões adotadas segundo a análise do contexto probatório e que permitiram acolher regras distintas de análise da conduta – regra da razão e regra *per se* –, aplicadas às infrações por efeitos e por objeto, respectivamente. Assim, o conjunto probatório demonstra que a conduta objeto de condenação nos presentes autos dificilmente teria outro propósito que não a restrição da

concorrência, ao contrário do que fora verificado naquele processo administrativo, em que se possibilitou afastar a presunção de ilegalidade e proceder à análise da conduta segundo a regra da razão e afastar o seu caráter ilícito. Em síntese, **foram as provas carreadas aos autos que determinaram o critério de análise da conduta a ser aplicado** e a conclusão pela prática ou não de infração contra a ordem econômica.

Sob essa ótica, para se identificar qual o método de análise antitruste adequado para guiar uma dada investigação, deve-se adentrar no mérito do caso, avaliando o contexto probatório. Conforme já pontuado, essa dinâmica leva a um círculo vicioso, indesejável para a tecnicidade que se busca com a conceituação dos métodos de análise. Aliás, esse é um dos motivos pelos quais adotou-se, no presente estudo, o termo “método”, justamente porque pressupõe a existência de uma lógica procedimental, que seja coerente não só com a ideia de segurança jurídica como também de eficiência administrativa.

Essa ideia também se faz presente na Nota Técnica da SG em investigação acerca de conduta concertada no mercado de prestação de serviços médico-hospitalares em Fortaleza – CE (Processo Administrativo nº 08012.007011/2006-97), em que se sustentou que “*um mesmo ato, uma conduta, pode ser ilícita por objeto ou por seus efeitos*”, explicando-se, ainda, que como uma conduta pode ter formas diferentes de ocorrência, esta poderá ser considerada um ilícito por objeto ou por efeitos a depender da sua forma<sup>169</sup>. Ao menos à primeira vista, parece contraditório dizer que o meio empregado para se perpetrar uma dada conduta seja capaz de alterar o método de análise a ser adotado, uma vez que o objeto – critério no qual deveria se basear essa escolha – permanece o mesmo.

Ainda, outro critério que poderia se cogitar empregar para a definição do método de análise é o do “objeto” como “objetivo”, como aprofundado ao tratar da proposta feita pelo Conselheiro Schuartz. Sobre a vontade do agente, é sempre importante lembrar que a própria legislação pátria afasta o caráter subjetivo na avaliação concorrencial, ao trazer expresso que as infrações contra a ordem econômica se perfazem independentemente da culpa do agente. Em outras palavras, o elemento volitivo não apresenta relevância para a caracterização do ilícito

---

<sup>169</sup> Ao se referir a diferentes formas de se operacionalizar uma mesma conduta, imagina-se que se esteja a pensar nos tipos de cartel, clássico ou difuso, que será objeto de estudo mais aprofundado na seção subsequente.

antitruste – e, portanto, não deveria ser esse o elemento definidor da regra de análise. Essa questão, inclusive, parece superada na doutrina concorrencial nacional<sup>170</sup>.

Exemplo da relevância de desconsideração das intenções do agente para a imposição do método de análise (e até mesmo para a condenação de dada prática) é a hipótese de tentativa de acordo anticompetitivo. Embora possa soar bastante contraintuitivo ou ilógico pela perspectiva econômica que agentes que se reúnam para combinar condições comerciais a serem praticadas no mercado não levem a cabo os efeitos deletérios ao ambiente competitivo usualmente associados ao cartel, situações como essa já foram objeto de julgamento pelo CADE. Destaca-se trecho do voto do Conselheiro Luiz Braido no Processo Administrativo nº 08012.007011/2006-97:

**O objetivo precípua do cartel** foi o de buscar impor um percentual de reajuste dos preços dos serviços prestados às operadoras de planos de saúde. Entretanto, é possível entender que **a finalidade pretendida sofreu óbices**, uma vez que os Representados negociavam com comprador com substancial poder de mercado (a Unimed). A meu ver, a tese de poder compensatório, acolhida pela Conselheira Cristiane Alkmin em voto-vogal discordante (SEI 0327058) – apresentado no primeiro julgamento deste caso na 103ª SOJ – não afasta o caráter ilícito da conduta nem sua caracterização de infração por objeto (*per se*), mas serve sim como atenuante na dosimetria da pena, quando **se constata que o efeito econômico negativo da conduta não tenha ocorrido**. A meu ver, o ônus probatório compete à defesa, vez que o CADE, ao considerar o cartel um ilícito por objeto, não investiga seus efeitos.

Neste caso, especificamente, parece se tratar menos de uma análise de poder compensatório (tese que será aprofundada adiante nesse estudo) e sim da ocorrência ou não da prática. A qual finalidade assistiria punir um ato que não produziu qualquer efeito, quer positivo, quer negativo, ainda que o objetivo dos agentes tenha sido causá-los? É um contrassenso decorrente de uma interpretação circular dos pares dicotômicos e sua aplicação no contexto brasileiro.

---

<sup>170</sup> De acordo com CRISTOFARO: “A ilicitude ‘por objeto’ não se relaciona com as intenções subjetivas das partes (daí por que a imprecisão na utilização do termo em português ‘objetivo’), mas sim com os propósitos e significados objetivos do acordo, levando-se em conta o contexto econômico em que será aplicado”. CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. A Categorização dos Ilícitos Concorrenciais e o Direito Concorrencial Brasileiro. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018. p. 955.

Assim, verifica-se que, mesmo assumindo que há clareza nas metodologias passíveis de serem aplicadas ao Direito Concorrencial no Brasil – o que, como se viu, não encontra respaldo na prática da autoridade –, não há rigor técnico na definição dos critérios e circunstâncias que levariam à aplicação de um dado padrão analítico, resultando em um grau de arbitrariedade maior que permite a escolha pelo julgador e não a subsunção da norma aos fatos, como se esperaria na investigação de casos que, pela sua natureza, produzem efeitos ambíguos ao ambiente competitivo. Não por outro motivo, acredita-se que essa abertura tenda a gerar resultados práticos que não são consistentes entre si. Ou seja, supõe-se que a decisão do CADE acerca de condutas com características, senão iguais, muito semelhantes, possa ter variado ao longo do tempo, ora se aproximando da legitimidade ora sendo tratadas como ilícitas. É o que se analisará no próximo tópico.

### **3.5. Quarta hipótese: inconsistência nos resultados práticos**

Partindo-se da premissa de que a metodologia de análise seria apenas o caminho a se percorrer, que pode ser mais curto, justificado pela presença de dadas circunstâncias que permitem inferir, com certo grau de certeza, sobre sua anticompetitividade, ou mais longo, quando ausentes tais requisitos, seria razoável acreditar que, independentemente da análise empreendida, sempre levariam a uma mesma conclusão sobre a regularidade concorrencial de determinada conduta.

Pode-se pensar, a título figurativo, na ilicitude *per se* (ou em outras metodologias que se conceituam em presunções) como um atalho, um desvio de rota, mas que conduziria ao mesmo local a que se chegaria pela via principal. Imagine-se um motorista em uma estrada com destino ao ponto A, passando pelo ponto B. O que o leva a pegar um atalho que passe pelo ponto C ao invés de B? Muito provavelmente, a garantia de que chegará ao mesmo local, com segurança, e de que o itinerário pelo ponto C tomará menos tempo (e conseqüentemente, menos custos). Tal garantia só é percebida à medida que se tem ciência de que outros carros já percorreram essa trilha com êxito.

Em outras palavras, as presunções estabelecidas só o são porque já foram confirmadas pela prática da corte, em evolução que, espera-se, seja linear. Ocorre, no entanto, que esse movimento muitas vezes é pendular, estando sujeito a revisões.

Na presente seção, serão indicadas condutas que se encontram numa “zona cinzenta” – podendo ser argumentado que se aplicam a elas metodologias de análise mais rigorosas (regra *per se* e ilícito pelo objeto) ou a necessidade de se seguir todas as etapas de uma avaliação concorrencial plena, ou seja, perseguindo uma análise de efeitos ou uma regra da razão completa e a ponderação entre os impactos positivos e negativos à concorrência – e qual o tratamento que tem sido dado pelo CADE na investigação de tais práticas anticompetitivas, com o objetivo de se verificar se (i) pode-se extrair um caráter evolutivo; e (ii) se, ainda que haja um movimento pendular, as decisões da autoridade concorrencial produzem consequências práticas coerentes.

### 3.5.1. Cartel difuso, cartel de compra e cartel de exportação

É digno de nota que, ao se tentar explicar o que seriam condutas ilícitas pelo objeto, doutrinadores e julgadores quase sempre fazem referência ao cartel clássico (ou *hardcore*)<sup>171</sup>. No debate acerca das metodologias de análise antitruste, essa parece ser a única questão em torno da qual existe certo consenso: a de que o cartel *hardcore* enseja a aplicação de um padrão analítico mais rígido, haja vista a conclusão de que dele nunca (ou quase nunca) advirão efeitos pró-competitivos<sup>172</sup>.

Não é incomum que a própria definição do que é um ilícito *per se* ou pelo objeto seja feita pelo exemplo<sup>173</sup>. Dito de outro modo, é curioso que a definição de quais são as condutas

---

<sup>171</sup> Veja-se passagem extraída da Nota Técnica SG nº 13/2018: “(a) configuração do ilícito antitruste se dá a partir de pressupostos teóricos e legais próprios do microsistema de Defesa da Concorrência. Nesse contexto, compreende-se a qualificação de determinados ilícitos antitrustes como ilícito por objeto e não por seu efeito, como é o caso do cartel”.

<sup>172</sup> De acordo com estudo promovido pela International Competition Network - ICN: “There is widespread agreement among jurisdictions that the essence of hard core cartel conduct is that the consumer believes he or she is making a purchase in a competitive market when, in reality, conspirators secretly agreed not to compete. There is also widespread agreement that prosecution of such activity should be a top enforcement priority because hard core cartels, “the most egregious violations of competition law,” raise prices, restrict supply, reduce innovation, and can lead to artificially concentrated markets, waste, and inefficiency”. Ver: ICN Working Group on Cartels, Defining Hard Core Cartel Conduct – Effective Institutions – effective Penalties. Vol. 1 – Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes. ICN 4<sup>th</sup> Annual conference. Bonn, Germany, 6-8 June 2005. p. 15.

<sup>173</sup> Passagens como esta encontram-se tanto da literatura norte-americana como europeia. Nesse sentido, veja-se: (i) Estados Unidos: “O padrão *per se* presume que a conduta é ilícita por definição, já que prescinde de qualquer propósito competitivo justificável; o padrão *per se*, portanto, considera a conduta ilícita “sem uma perquirição elaborada sobre o dano concreto que tenha causado ou da justificativa de negócio para sua prática” – *N. Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958). **Cartéis hard-core** – *i.e.*, fixação de preço, cartel em licitação e divisão de clientes e mercado – **são claras violações concorrenciais** e foram descritas pela Suprema Corte como “o mal supremo do antitruste” – *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 395, 408 (2004). Tradução livre de: “The *per se* standard presumes the conduct to be unlawful by definition, as the conduct lacks any redeeming competitive purpose; the *per se* standard therefore deems conduct unlawful “without elaborate inquiry as to the precise harm they have

que sempre serão anticompetitivas por sua mera existência se prenda a um ou muito poucos exemplos. Ora, parece estar-se diante muito mais de uma exceção à regra (da razão) do que de um fundamento claro para uma metodologia distinta. Apresentar o cartel clássico como forma de justificar a necessidade de uma regra *per se* peca por não aprofundar a discussão em volta de práticas localizadas em pontos intermediários.

A máxima de ser o cartel a conduta anticompetitiva mais gravosa pode encontrar freio na percepção de que há diferentes tipos de cartel ou, ao menos, que esta conduta pode assumir características distintas, a depender da forma em que se organiza internamente, do modo de atuação perante o mercado e dos agentes a serem diretamente impactados pelo ato anticoncorrencial. Em outras palavras, a noção de cartel adotada no Brasil é ampla e pode abranger práticas que resultem em efeitos diferentes ao mercado.

Em primeiro lugar, importante esclarecer algumas distinções sobre as classificações usualmente adotadas para diferenciar tipos de cartel. Na prática antitruste nacional, é bastante comum que aproximemos as definições de cartel *hardcore* e de cartel clássico. A definição de cartel *hardcore* vem da experiência internacional e normalmente se baseia na recomendação da OCDE de 1998 (no documento intitulado “Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels”<sup>174</sup>):

a “hard core cartel” is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce.

Valendo-se da sistematização feita pela International Competition Network - ICN, a caracterização de um cartel *hardcore* dependeria de três componentes – um acordo; entre

---

caused or the business excuse for their use” – *N. Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958). **Hard-core cartel offences** – i.e., price fixing, bid rigging, and market and customer allocations – **are clear *per se* antitrust violations** and have been described by the Supreme Court as “the supreme evil of antitrust” – *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 395, 408 (2004)”. Ver: ROSMAN, Mark. VANHOOREWEGHE, Jeff. WILLIAMS, Christopher A. USA. In: Global Legal Insights. Cartels – Enforcement, Appeals & Damages Actions – Third Edition. Londres, 2015. p. 337; (ii) União Europeia: “Acordos que envolvam fixação de preços, limitação de produção ou divisão de mercados ou clientes normalmente restringem a concorrência por objeto”. Tradução livre de: “Agreements which involve price fixing, output limitation or market or customer sharing normally restrict competition by object”. Ver: VAN BAEL, Ivo. BELLIS, Jean-François. Competition Law of the European Union. Sixth Edition, 2021. Kluwer Law International.

<sup>174</sup> Vale mencionar que tal documento foi atualizado e substituído em 2019, passando a prever a seguinte redação: “Hard core cartels refers to anticompetitive agreements, concerted practices or arrangements by actual or potential competitors to agree on prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by, for example, allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce”.

concorrentes; para restringir a concorrência – e decorreria de quatro categorias de conduta – fixação de preços; restrições de produção; divisão de mercado; e acordo em licitações<sup>175</sup>.

Como se observa, essa definição de cartel *hardcore* é coincidente, na verdade, com a nossa noção de cartel, simplesmente, mas não necessariamente de cartel clássico. Nesse ponto, acertada a constatação feita pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani, em voto no Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73, de que a distinção que a jurisprudência faz entre cartel clássico e cartel difuso é interna ao conceito mais amplo de cartel, conforme definido pela legislação brasileira.

Ainda de acordo com a recomendação da OCDE, não seriam considerados cartéis *hardcore* acordos ou práticas concertadas de três tipos: (i) aqueles razoavelmente relacionados a um fim legítimo de redução de custo ou de eficiências via melhorias na produção; (ii) que fossem direta ou indiretamente excluídos do conceito de cartel adotado pela legislação do país; e (iii) que sejam autorizados pela lei. Ademais, o documento deixa claro que esses três casos devem ser vistos com cautela, afirmando que qualquer exclusão ou autorização deve ser revista periodicamente para avaliar se a medida é indispensável e se sua extensão não é maior do que o necessário para atingir seu objetivo principal.

Ou seja, identifica-se que há arranjos entre concorrentes que podem ter efeitos positivos ao mercado, mas que estes possuem caráter excepcional e, assim, deveriam ser previstos em lei – deixando um espaço ainda mais restrito para acordos pró-competitivos não expressamente autorizados, conforme item (i) acima. Apenas estes poderiam ser considerados cartéis “*soft*”, em oposição ao tipo de conduta qualificada como *hardcore*, ainda que tal expressão não encontre guarida na prática estrangeira.

Essa foi a interpretação adotada pela Conselheira Cristiane Alkmin, ao afirmar que:

O soft cartel (nome para contrapor ao hard core), desta forma, seria o conjunto de condutas concentradas disjunto (isto é, sem interseção) ao conjunto das condutas do hard core (aquele que tem definição precisa dada pela OCDE). Esta nova definição não tem como objetivo ir contra a literatura antitruste internacional, mas aclarar que há casos de ações concertadas que não têm os objetivos traçados pela OCDE em 1998, não se encaixando, assim, na definição de hard core. A consequência é que a análise *per*

---

<sup>175</sup> ICN Working Group on Cartels, Defining Hard Core Cartel Conduct – Effective Institutions – effective Penalties. Vol. 1 – Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes. ICN 4<sup>th</sup> Annual conference. Bonn, Germany, 6-8 June 2005. p. 2.

*se* não deve ser feita, uma vez que pode haver eficiência (como poder compensatório).

Desta forma, enquanto a lógica econômica e o que faz a comunidade internacional antitruste em geral relacionam análise *per se* (ou por objeto, de acordo com a lei nº 12.529/2011) a carteis *hard core*; a análise de casos de *soft* carteis devem ser feitas pela regra da razão (ou por efeitos, de acordo com a lei nº 12.529/2011)<sup>176</sup>.

Embora passível de muitas críticas, as quais serão abordadas na sequência, o excerto acima revela que a ideia de um *soft cartel* em nada se assemelha ao chamado cartel difuso, que se convencionou adotar na prática nacional.

A literatura pátria costuma apontar a figura do “cartel difuso” como aquela que se contrapõe ao cartel clássico, uma vez que ausentes os elementos de institucionalidade e fiscalização. Tal distinção foi feita, inicialmente, pelo então Conselheiro Luiz Delorme Prado, em seu voto no caso conhecido como “Cartel das Britas” (Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14), para quem, indicando tratar-se de uma adaptação do conceito de *cartel hardcore* à realidade brasileira, os cartéis clássicos ou integrais seriam:

“acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar-preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir entrada de novas empresas no mercado. Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser através de reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento, etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas de construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos”.

No lado oposto, “[cartel difuso] é um ato de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao Cartel Clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado [...], muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente”.

Entende-se, portanto, que, para além do acordo entre concorrentes, para que um cartel clássico reste caracterizado devem estar presentes os elementos de institucionalidade – tais como reuniões periódicas, manuais de operação do cartel e/ou princípios de comportamento – e de mecanismos de monitoramento (isto é, instrumentos que permitam o acompanhamento da

---

<sup>176</sup> Voto no Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31.



conduta de cada um dos participantes do acordo e a punição de eventuais desviantes<sup>177</sup>, assegurando que a conduta perdure ao longo do tempo).

Em conclusão, a classificação que distingue cartel clássico e cartel difuso tem como fundamento o grau de institucionalização e perenidade da conduta anticompetitiva, elemento que não está presente na definição de cartel *hardcore*, tal como reconhecida internacionalmente. É possível afirmar, assim, que todo cartel clássico é um cartel *hardcore*, mas nem todo cartel *hardcore* é clássico.

Em todo caso, tanto no cartel clássico como no difuso, o que se vê é um acordo entre concorrentes com objeto determinado<sup>178</sup> – qual seja, a finalidade de fixar preços e condições de venda; dividir mercados; acordar níveis de produção; impedir entradas no mercado; e/ou definir os vencedores de licitações.

Ora, se adotado o critério de “fim objetivamente visado”<sup>179</sup> para definir a metodologia de análise aplicável, deve-se reconhecer que, em que pese serem operacionalizadas por meios distintos, cartel clássico e cartel difuso possuem os mesmos objetivos, não parecendo se justificar um tratamento diferente. De acordo com a SG (conforme apontado repetidas vezes, em grande parte das notas técnicas citadas acima), o caráter de ilicitude pelo objeto da conduta tipificada como cartel se mantém independentemente das formas de ocorrência que a conduta possa assumir, podendo apenas alterar o grau de elementos necessários para comprovar sua existência. Esse mesmo entendimento vem sendo adotado pelo Tribunal do CADE, em decisões recentes<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> Cf. Nota Técnica SG nº 52/2016, emitida no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.002821/2014-09, em 08 de junho de 2016, p. 13.

<sup>178</sup> Importa pontuar que, na doutrina e jurisprudência nacional, também se encontram referências a cartéis difusos como sendo “mera troca de informações concorrencialmente sensíveis” (cf. MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013, p. 16) ou “relacionados a configurações específicas e conjunturais decorrentes de crises setoriais ou sistêmicas – a influência de conduta uniforme – normalmente praticada por associações por meio da edição de tabelas” (cf. voto do Conselheiro Relator Luis Henrique Bertolino Braido no Processo Administrativo nº 08012.007011/2006-97). Para fins do presente estudo, trata-se de práticas distintas, como analisado neste item 3.5.1 e no próximo (3.5.2).

<sup>179</sup> Conforme expressão utilizada por PEREIRA NETO e CASAGRANDE em “de outro lado, em caráter excepcional, o CADE vem apontando que algumas condutas podem ser consideradas ilícitas em virtude de terem por fim ‘objetivamente visado’ os efeitos anticoncorrenciais previstos nesses dispositivos - i.e., seriam infrações por objeto, que se aproximam do tratamento *per se* conferido a certos ilícitos em outras jurisdições”. Ver: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 95.

<sup>180</sup> A exemplo do voto da Conselheira Polyanna Vilanova no Processo Administrativo nº 08012.004422/2012-79 (“A depender da forma assumida pelo cartel, o standard de prova de sua verificação será distinto, o que não retira o caráter de ilicitude pelo objeto da conduta, mas sim modula o grau de elementos necessários para a sua comprovação. No caso do cartel difuso, a principal diferença na análise é que não haverá continuidade

Por outro lado, se o critério utilizado na definição do método analítico residir no grau de potencialidade lesiva que pode ser presumida dos efeitos gerados pela prática, seria possível atribuir padrões distintos a tipos diferentes de cartel. Na perspectiva puramente dicotômica, todavia, essa visão forçaria a admissão de que existem tipos de cartel que deveriam ser analisados pela regra da razão “completa”.

Vale, neste ponto, retomar o posicionamento defendido pela Conselheira Cristiane Alkmin (por exemplo, nos votos exarados no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31, já citado acima, e também de maneira mais alongada no Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51, que tratou sobre alegado cartel no mercado de distribuição de gás liquefeito de petróleo no Pará), em que se argumentou pela distinção entre *hardcore* e *soft cartel*, com consequente emprego de formas de análise distintas – *per se* para o primeiro e regra da razão para o segundo. A principal crítica trazida pela Conselheira é a de que há práticas coordenadas e estratégias que podem ser realizadas conjuntamente entre empresas, agentes ou entidades de um mesmo setor que podem apresentar algum tipo de eficiência, a exemplo do poder compensatório e, havendo possibilidade de eficiência, “não há que se falar em condenação *per se* (ou por objeto)”. Tal ponto de vista foi recebido com desaprovação pelos demais Conselheiros. Nesse sentido, Márcio de Oliveira Júnior afirmou que:

Se for entendido que alguns cartéis são menos graves que outros, por qualquer razão, dever-se-ia fazer essa distinção apenas na dosimetria (especialmente no critério gravidade da infração) e não criar padrões de análise diferentes para práticas anticompetitivas subsumidas a um mesmo dispositivo legal, ou seja, a distinção deve ser na sanção e não no padrão probatório. Nesse raciocínio, divirjo da Relatora, pois entendo que todos os cartéis devem ser avaliados sob a mesma regra – regra *per se* –, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

---

(perenidade) e institucionalidade”) e do voto do Conselheiro Sérgio Ravagnani no âmbito do julgamento do Processo Administrativo nº 08700.001486/2017-74 (“Desde logo, afasto o argumento de que o cartel difuso demandaria a comprovação de efeitos lesivos à concorrência, ou seja, de que seria analisado mediante a regra da razão. Embora possa ser reconhecido o seu menor potencial lesivo se comparado ao cartel clássico, a presunção legal deva ser aplicada para a infração de cartel independentemente do seu nível de institucionalização, havendo possibilidade, dependendo de elementos do caso concreto, de ponderação sobre a gravidade da conduta na dosimetria da multa a ser aplicada. Trata-se, portanto, de ilícito pelo objeto, não estando sujeito à análise por efeitos”). De forma ainda mais explícita, cita-se o voto do Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido no Processo Administrativo nº 08700.001094/2016-24: “Note-se que o cartel difuso, assim como o cartel clássico, é ilícito concorrencial por objeto (*per se*), não se aplicando o padrão probatório com base na regra da razão”.

Alguns apontamentos merecem ser feitos acerca desse debate. Se, por um lado, a crítica sobre a necessidade de se analisar a conduta de cartel pela mesma regra, como forma de resguardar a legalidade e segurança jurídica, parece positiva, no sentido de atender à lógica de um critério de objetivo da prática<sup>181</sup>, a constatação de que o método aplicado a todo tipo de cartel deve ser o da regra *per se*, no entanto, é passível de críticas, como vem sendo explorado ao longo deste estudo.

Em nada obstante, como já afirmado, é importante lembrar que o *soft cartel*, tal qual apresentado por Cristiane Alkmin, não guarda correspondência com o cartel difuso. A tese por ela criada, na verdade, apenas indica haver uma categoria de práticas concertadas<sup>182</sup> que não se enquadram na definição de cartel *hardcore* – e que, como tais, poderiam produzir efeitos positivos à concorrência<sup>183</sup>. A confusão parece estar, então, não na necessidade de separação entre tipos diferentes de cartel, mas na utilização da regra *per se* no contexto brasileiro. Ora, se adotada uma presunção relativa de ilicitude, como sugere o método de análise pelo objeto, por exemplo, sempre haveria a possibilidade de se alegar as eficiências, independentemente da espécie de cartel que se está a investigar.

---

<sup>181</sup> Essa não é, todavia, a posição que vem sendo adotada pela SG que, na Nota Técnica N° 97/2019 (Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73), defendeu que tipos diferentes de troca de informações sensíveis e tipos diferentes de influência de conduta uniforme mereceriam tratamentos distintos, a depender de seu objeto: “também outras condutas concertadas entre concorrentes (e.g. trocas de informações sensíveis, influência de conduta uniforme) que tenham por objeto aquilo que é presumido como ilícito pela legislação e que, portanto, traduzem-se apenas em outra maneira de se chegar ao mesmo resultado que se teria mediante um cartel do tipo tradicional, são consideradas condutas puníveis pela sua mera ocorrência, devendo ser analisadas segundo a chamada *regra per se*. Não se quer dizer com isso que não seja possível existirem outras condutas concertadas, como, por exemplo, determinadas trocas de informações entre concorrentes ou tipos de influência de conduta uniforme, ou mesmo formas diversas de coordenação entre concorrentes para as quais a presunção de ilegalidade acima mencionada seja mitigada ou afastada, mas apenas que, a depender do objeto destas condutas, as mesmas devem receber o mesmo julgamento destinado aos cartéis tradicionais, segundo a *regra per se*”.

<sup>182</sup> A Conselheira Cristiane Alkmin indica como exemplos de *soft cartéis*: “(1) conduta para promover ou influenciar uma conduta de terceiros concertada entre concorrentes (inciso II, do parágrafo 3º do artigo 36); (2) conduta concertada entre concorrentes para enviar cartas de descredenciamento (ex: por hospitais a planos de saúde); (3) conduta concertada entre concorrentes para expulsar *players* do mercado via preço predatório conjunto; (4) conduta concertada entre concorrentes para contratar uma firma de consultoria (contabilidade, publicitária, jurídica, econômica, etc.) para fazer análises, com o objetivo de diminuir o custo de cada um dos concorrentes; etc”.

<sup>183</sup> Essa visão se alinha ao posicionamento das autoridades norte-americanas, expresso no Guia Concorrencial para Arranjos entre Concorrentes (Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors, 2000), em que se distinguem acordos investigados como ilegais *per se* e arranjos analisados pela regra da razão. No primeiro grupo estariam “agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce” – o que se aproxima muito da definição de *hardcore cartel* aprofundada acima. Na segunda categoria, estariam acordos de um “type that otherwise might be considered *per se* illegal, provided they are reasonably related to, and reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from, an efficiency-enhancing integration of economic activity”. Portanto, lá também se reconhece a existência de acordos entre rivais que podem gerar efeitos benéficos ao mercado (e que, por isso, deveriam ser avaliados pela regra da razão), mas sem que isso implique a necessidade de se incluir tais acordos dentro de um conceito geral de cartel.

Para ser considerado cartel, em qualquer de suas variáveis, deve-se estar diante de um acordo entre participantes de um mesmo mercado com objetivo anticompetitivo. Portanto, independentemente de ser um cartel clássico ou difuso, a princípio, não se identificam objetos distintos.

O mesmo poderia ser dito em relação a outros tipos de cartéis. De acordo com SANTOS, ao referir-se à classificação sugerida por Ana Paula Martinez, a distinção entre cartel clássico e cartel difuso seria um “tipo principal” de categorização para a conduta de cartel. Mas também haveria outras formas de classificação, acessórias e cumulativas ao principal e entre si, quais sejam: (i) explícitos ou tácitos; (ii) nacionais ou internacionais; (iii) cartéis de compra ou de venda; e (iv) cartéis de importação ou de exportação<sup>184</sup>. Seria, portanto, perfeitamente possível dizer que um dado cartel é clássico, nacional, explícito e de compra, enquanto outra prática poderia ser classificada como cartel difuso e de exportação, por exemplo.

Estes dois tipos serão focados no presente estudo: cartel de compra e cartel de exportação, já analisados, ainda que não extensivamente, na jurisprudência do CADE.

Cartéis de compra se caracterizam por envolver acordos entre agentes que concorrem para a aquisição de um mesmo insumo ou matéria-prima, que combinam entre si as condições em que estão dispostos a pagar por aquele determinado fator produtivo – afetando, assim, os fornecedores de dada cadeia de produção.

Em relação a estes, o primeiro caso a ser julgado pela autoridade brasileira tratou do “Cartel dos Frigoríficos” (Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16), que teve decisão exarada em 2007 – sendo, portanto, analisado ainda sob o regramento da Lei nº 8.884/94. Em breve síntese, investigava-se a combinação acerca de valores (incluindo descontos) e condições a serem adotadas na compra de gado bovino abaixo de 16 arrobas, com a criação de tabela de classificação que deveria ser aplicada pelos frigoríficos participantes da prática a diversos produtores nas diferentes regiões do Brasil.

O voto condutor do julgamento deste caso foi dado pelo Conselheiro Luis Fernando Schuartz e teve fundamentação baseada na lógica apresentada na Subseção 3.1 acima. Neste, o Conselheiro concluiu que o cartel de compras em análise seria uma infração à ordem econômica

---

<sup>184</sup> SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 25.

em razão do objeto, com base nas evidências constantes nos autos<sup>185</sup>, não tendo sido dispensada, contudo, a análise de existência de poder de mercado coletivo por parte dos frigoríficos participantes da conduta, o que incluiu as etapas de definição de mercado relevante e as respectivas participações percentuais no total de compras de gado para abate.

É ainda relevante informar que o processo resultou na condenação de alguns dos investigados e no arquivamento em relação a outros, por consequência de uma análise do material probatório que revelou o caráter complementar entre dois conjuntos de elementos: a existência de tabelas com a classificação das carcaças e descontos ou deságios a elas aplicáveis, idênticas ou muito semelhantes, editadas simultaneamente ou com datas muito próximas, por diferentes agentes (paralelismo) e a participação em uma reunião que teria envolvido a discussão sobre este e demais temas (*plus factor*). Apenas foram condenadas as pessoas jurídicas (e respectivas pessoas físicas) em relação às quais havia provas de ambas as naturezas.

Como desdobramento do Cartel dos Frigoríficos, importante destacar a instauração do Processo Administrativo nº 08012.008215/2006-45, para analisar a conduta da empresa Independência Alimentos Ltda. e de José Batista Júnior, que não haviam sido incluídos no primeiro processo. Esse segundo só veio a ser julgado em 2018 (logo, após a edição da Lei nº 12.529/11 e já decorridos alguns anos de seu uso). Adotou-se o mesmo *standard* probatório (*paralelismo plus*), sem maiores debates sobre a metodologia de análise aplicável à conduta.

O caso mais conhecido, todavia, versou sobre o “Cartel das Laranjas” (Processos Administrativos nº 087010.000729/2016-76, 08700.000738/2016-67 e 08700.000739/2016-10), também julgado em 2018, após quase 20 anos de investigações, e encerrado com a celebração de Termos de Compromisso de Cessação – TCC por parte de seis empresas e da associação do setor e com o arquivamento por falta de provas em relação às demais representadas. Em tal precedente, apurava-se a existência de um conluio entre fabricantes de suco de laranja concentrado congelado na aquisição de laranjas de produtores da fruta.

Sobre a metodologia de análise adotada, importante observar o quanto afirmado pelo Conselheiro Relator do caso, Paulo Burnier da Silveira, que entendeu que, uma vez se tratando de cartel, enquanto ilícito pelo objeto, e comprovada a materialidade da conduta, não seria necessário analisar elementos adicionais como os efeitos, sendo sua potencialidade lesiva

---

<sup>185</sup> Ou seja, apenas após avaliação das provas disponíveis foi que o Relator pode definir se tratar de um ou do outro “método de conhecimento”. Aqui se revela mais uma crítica sobre a análise empreendida, como já apontada em 3.1, quanto a uma confusão entre a escolha do método e o mérito do caso.

presumida. O apontamento parece adequado à luz dos objetivos da prática empreendida pelos investigados que, de acordo com o voto, teria se materializado pelo ajuste de preço de compra da laranja, divisão de mercado e troca de informações sensíveis concorrencialmente. Não houve maiores debates acerca da possibilidade de se analisar de modo menos rígido a conduta por se tratar de prática voltada ao mercado de aquisição de um dado produto e não de venda, como usualmente observado na jurisprudência do Conselho.

Mais recentemente, a ocorrência de prática de cartel de compras voltou a ser objeto de investigação pelo CADE em processo que apurou a conduta no mercado regional de resíduos animais (graxarias e transporte de cargas relacionadas), mais especificamente no estado do Rio Grande do Sul, entre 2009 e 2018 (Processo Administrativo nº 08700.004404/2016-62). Havia indícios de divisão dos pontos de coleta e fornecedores (abatedouros e frigoríficos), com monitoramento feito via anotações e planilhas, além de trocas de informações sensíveis e dificuldade no desenvolvimento de concorrentes. Em 2021, houve a celebração de TCCs, com as oito empresas e 12 pessoas físicas investigadas, que somaram R\$ 18,7 milhões em contribuições pecuniárias.

Embora não tenha havido análise do mérito do caso pelo Tribunal do Conselho, em vista da celebração dos acordos, a SG teceu maiores comentários acerca de sua avaliação na Nota Técnica em que determinou a instauração do Processo Administrativo. Ainda que não tenha afirmado expressamente qual seria a metodologia de análise aplicada à investigação, buscou-se analisar a situação daquele mercado em específico, a fim de constatar se as representadas reuniam poder de compra na forma de poder de barganha ou de poder de oligopsônio/monopsônio – dando-se margem à interpretação de que, ausentes características de poder de monopsônio, poder-se-ia haver justificativas econômicas para a composição entre os concorrentes, a exemplo da existência de poder compensatório.

Quanto ao cartel de exportação, este se caracteriza pelo arranjo entre concorrentes para a oferta – tratando-se, então, de cartel de venda –, de produtos ou serviços ao exterior. Em diversas jurisdições, combinações desse tipo não são punidas ou são até mesmo incentivadas, uma vez que os efeitos potencialmente anticompetitivos decorrentes de tal conduta não são observados dentro daquele território.

No Brasil, o único caso de que se teve notícia versando sobre um cartel de exportação foi o Processo Administrativo nº 08012.008881/2010-60, que investigava se a American Natural Soda Ash Corp - ANSAC, associação constituída nos Estados Unidos para a exportação

de carbonato de sódio (barrilha), poderia ser considerada um arranjo anticompetitivo com efeitos no mercado doméstico. A ANSAC tem por finalidade a atuação conjunta das empresas produtoras no mercado internacional, em conformidade com a legislação do país de origem.

Embora trate de uma conduta de cartel, a prática foi analisada pela regra da razão, por entender-se que essa figura é geralmente revestida de publicidade, uma vez que lícita em seu país de origem, distanciando-se dos acordos secretos que marcam os cartéis clássicos, e que há eficiências de escala no uso de estruturas desse tipo, com redução de custos, como de logística e transporte, *marketing* e padrões de qualidade. Para tanto, o voto condutor da decisão, do Conselheiro Paulo Burnier, se apoia na literatura de Daniel Sokol, para quem “não se pode fazer uma afirmação categórica de que cartéis de exportação são anticompetitivos”, e de Eduardo Kruegel, que evidencia o papel de fortalecimento e competitividade das empresas nacionais no mercado internacional. O Conselheiro revela ainda preferir o uso da expressão “associação de exportação” ao termo “cartel”, que traria uma carga negativa intrínseca, embora defina a conduta como um tipo de colusão horizontal.

Sob tal metodologia, à autoridade cumpriu, então, analisar os efeitos da prática no mercado brasileiro, tendo-se concluído pela ausência de evidências de que tivessem ocorrido efeitos anticompetitivos no país, em preço e qualidade. Dessa forma, o procedimento foi arquivado.

Sem entrar no debate sobre o caráter nacionalista envolvendo a prática e a necessidade ou não de se perseguir um bem-estar global, esse caso joga luz, uma vez mais, às discussões sobre o “fim objetivamente visado” com certo ato ou conduta como critério para a definição da abordagem metodológica para a apuração de sua licitude concorrencial. Segundo MARTINEZ, o principal objetivo das associações de exportação, conforme indicado em estudos, seria a fixação de preço e alocação de licitações internacionais<sup>186</sup>. Então, ao se olhar puramente para o objeto desse tipo de arranjo, se está distante dos cartéis *hardcore*, tão caros aos defensores da adoção da regra *per se* nos moldes que se tem aplicado na realidade brasileira. Igual circunstância se aplica aos cartéis de compra.

---

<sup>186</sup> A autora faz referência a estudo da OCDE intitulado “Obstacles to trade and competition” (1993), em que se concluiu que, das 94 associações de exportação dos Estados Unidos, 37 fixavam preços, 36 coordenavam licitações internacionais e 14 alocavam consumidores, o que gerava prejuízos em especial aos países em desenvolvimento. Ver: MARTINEZ, Ana Paula. Isenção antitruste para cartel de exportação: qual o caminho? *Revista do IBRAC*, n. 17, jan.-jul./2010, pp. 38-67.

Portanto, a partir dos casos de cartel difuso, de compra e de exportação citados, podem se extrair duas possibilidades: ou bem se considera que o fundamento para a definição da metodologia de análise é, de fato, o objeto da conduta (e, assim, independeria o tipo de cartel em questão, todos deveriam ser tratados com o mesmo padrão analítico); ou bem se entende que o critério corresponde a uma medida de potencialidade dos efeitos negativos gerados, admitindo métodos distintos para tipos diferentes de cartel.

Na primeira perspectiva, seria imperioso reconhecer que a metodologia mais adequada seria a análise pelo objeto (mas não *per se*). Se a justificativa para ao menos se cogitar a permissão de práticas como essas é a existência de justificativas econômicas, a análise baseada em presunções relativas de ilicitude, com a possibilidade de demonstração das eficiências geradas pelos investigados, parece dar conta dessas situações – não como exceções à regra de que cartéis são ilícitos *per se* ou sendo necessário traçar objetivos distintos para as diferentes classificações à conduta de cartel.

Já a segunda perspectiva só parece se sustentar se admitidas gradações em relação às presunções assumidas sobre a potencialidade lesiva dos efeitos da prática. Caso contrário, se for necessário enquadrar entre *per se* e regra da razão, seria forçoso admitir que certos tipos de cartel deveriam ser avaliados pela regra da razão, aumentando os esforços e recursos despendidos pela autoridade para sua avaliação. A adoção de posições intermediárias poderia, assim, servir como suporte para encontrar um ponto de equilíbrio entre o custo do processo e a efetiva punição de práticas que causem efeitos deletérios ao mercado.

### **3.5.2. Troca de informações sensíveis**

Uma segunda categoria de conduta anticompetitiva que tem gerado debates acerca da necessidade de se adotar regras de análise mais rigorosas é o que se tem chamado de infração autônoma de troca de informações concorrencialmente sensíveis.

A origem desta adjetivação vem da percepção de que, historicamente, a troca de informações entre concorrentes estaria inserida num contexto mais amplo de cartelização, como forma de fiscalização do cumprimento das regras acordadas entre seus membros. Haveria também preocupação com as informações trocadas entre agentes de mercado quando da existência de uma operação em curso que configure ato de concentração econômica obrigatoriamente submetido à aprovação prévia do CADE – nesse caso, as partes devem se



manter independentes até o trânsito em julgado da decisão da autoridade, motivo pelo qual, na hipótese de reprovação da operação, deverão ser mantidas as condições de concorrência anteriores à negociação. A não observância resulta em infração conhecida como *gun jumping*, prevista na Lei nº 12.529/11, art. 88, §3º.

Ao se falar em infração ou conduta autônoma, porém, o que se está a investigar é se a mera troca de informações entre competidores, fora das situações citadas acima, poderá caracterizar uma infração à ordem econômica, nos termos do art. 36 da Lei nº 12.529/11. Isso porque se tem a noção de que o compartilhamento de informações que carreguem consigo sensibilidade comercial – a exemplo de dados relativos a preços, custos, qualidade, quantidade, capacidade, estratégias de inovação e publicidade – pode bastar para que os efeitos decorrentes sejam próximos ao de um cartel, com paralelismo e uniformização de práticas no mercado. Aponta-se, ainda, a redução de incertezas, com a diluição dos riscos inerentes à competição e impacto direto no apetite competitivo entre as empresas, como razões para se admitir que, mesmo sem a existência de um acordo anticompetitivo propriamente dito, a troca de informações entre concorrentes seja considerada um ilícito concorrencial. CORDOVIL e SAITO explicam que a preocupação antitruste está na redução ou eliminação de vetores de concorrência no mercado, tais como preço e qualidade, podendo diminuir a independência das empresas na tomada de decisões estratégicas<sup>187</sup>.

No voto do Conselheiro João Paulo de Resende em investigação que tratou de cartel no mercado de unidades de discos ópticos (Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00) encontra-se a seguinte passagem:

Ainda que os *players* de um mercado não fixem um preço ou dividam um mercado expressamente, há certos tipos de informações que, uma vez compartilhadas, têm o mesmo efeito de um cartel, sendo essa, inclusive, a racionalidade por trás da troca. Por exemplo, numa cotação eletrônica de preços conhecer o valor piso de um concorrente bem como qual a sua posição almejada (para efeitos da quantidade a ser fornecida) impacta diretamente na decisão da outra empresa dos lances/propostas que irá apresentar, prejudicando, sem sombras de dúvidas, a concorrência. Não deixa, pois, de ser um ajuste, uma manipulação do mercado, entre concorrentes, na medida em que as informações deste tipo são compartilhadas justamente

---

<sup>187</sup> CORDOVIL, Leonor. SAITO, Carolina. Troca de Informações entre Concorrentes como Conduta Autônoma: Parâmetros de Análise. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018, p. 1102.

para que possam adequar seus lances/propostas aos interesses ilícitos comuns.

Nesse sentido, poder-se-ia cogitar a inserção da prática de troca de informações como ilícito por objeto, em razão de sua aproximação a acordos colusivos. PAULA e SANT'ANA apontam que, apesar de não haver uma correspondência perfeita, haveria prevalência da associação entre ilicitude por efeitos e condutas unilaterais, de um lado, e ilicitude por objeto e condutas colusivas, de outro. Segundo as autoras, é justamente nessa “correlação eminentemente empírica – mas não necessariamente acurada na perspectiva legal ou dogmática” que reside a dificuldade “em definir se à troca de informação sensível aplica-se a regra da razão ou a regra *per se*”<sup>188-189</sup>.

Por outro lado, o intercâmbio de dados entre empresas do mesmo setor pode ter caráter pró-competitivo, ao reduzir a assimetria de informações, permitindo que o mercado se torne mais eficiente<sup>190</sup>.

Com efeito, a prática analisada na presente subseção localiza-se na zona cinzenta entre os pares dicotômicos comumente utilizados, o que é referenciado na atividade do CADE.

O primeiro caso de que se tem notícia sobre a troca de informações sensíveis como conduta autônoma busca investigar supostas condutas no mercado independente de peças automotivas de reposição (Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53), ainda em fase

---

<sup>188</sup> PAULA, Ana Paula Aparecida Guimarães de. SANT'ANA, Raquel Mazzuco. Novos Paradigmas na Análise da Troca de Informações Concorrencialmente Sensíveis: para além da Análise *Per Se* v. Regra Da Razão. *Revista do IBRAC*, n. 1 - 2021, p. 443.

<sup>189</sup> O estudo mencionado possui ainda fundamental importância por trazer uma análise quantitativa dos casos envolvendo troca de informações sensíveis no CADE. A pesquisa revelou que, dos 70 processos administrativos encontrados que enfrentaram o tema, 49 estavam dentro do contexto de um cartel; 19 associados à influência à conduta comercial uniforme; 1 caso de cartel conjugado com tabelamento de preços e 1 caso de ocorrência simultânea de cartel e conduta comercial uniforme. Ou seja, até setembro de 2020, não houve nenhum caso julgado pela autoridade brasileira que tratasse o compartilhamento de informações sensíveis como conduta anticompetitiva autônoma.

<sup>190</sup> CORDOVIL e SAITO, citando NITSCHKE e HINTEN-REED, indicam que “Em relação aos agentes de mercado, os principais benefícios decorrentes da troca de informações são (a) a possibilidade de se obter maior compreensão do mercado de atuação, o que permite um melhor desenvolvimento de estratégias comerciais; (b) a possibilidade de facilitar a entrada e saída em uma indústria, pois o impacto que tem nas variáveis de entrada pode reduzir o custo de insumos e de pesquisas para todas as empresas, levando a preços mais baixos que beneficiam os consumidores finais; (c) uma melhor otimização da oferta dos produtos, pois, ao ter uma melhor previsão sobre os níveis de demanda, os agentes podem estruturar melhor seus estoques; (d) a possibilidade de comparação de desempenho em relação aos concorrentes, levando a uma melhor estratégia comercial e consequente eficiência; ou seja, como um mecanismo de descoberta em uma economia de mercado, a troca de informações pode evitar que empresas atuem na “tentativa e erro”, investindo em erros que não são eficientes e, consequentemente, pode aumentar os investimentos nas tentativas e a disponibilidade das informações, inclusive pode encorajar a entrada de novos agentes de mercado; e (e) também pode melhorar as decisões de investimento em alguns mercados, principalmente em mercados definidos pela inovação – que são reconhecidamente caracterizados por altos investimentos em pesquisa”. Para o original, ver: NITSCHKE, Dr Rainer; HINTEN-REED, Nils von. *Competitive Impacts of Information Exchange*.

instrutória. A Nota Técnica de instauração da investigação, no entanto, é bastante dúbia em relação à metodologia de análise que será aplicada. Se, por um lado, a SG reconhece que “esse tipo de interação entre concorrentes pode produzir tanto efeitos positivos quanto negativos” e indica que fará uma análise dos efeitos concorrenciais no caso concreto, por outro, há ao menos dois momentos que indicam a opção por entender a conduta como ilícita pelo objeto: (i) ao incluir, logo no início da Nota, um item sobre “aspectos gerais do combate a cartéis”, em que aponta para os efeitos líquidos à sociedade sempre negativos, e (ii) ao se desincumbir da etapa de definição do mercado relevante, fazendo novamente referência ao cartel como conduta ilícita pelo seu próprio objeto e, assim, afirmando que a abrangência geográfica e do produto se confundiria com o próprio mercado afetado pelo acordo.

No Tribunal, embora mais uma vez tratando de caso que tinha por objeto a investigação da troca de informação no contexto mais amplo de cartel, é possível observar certa inclinação para a análise por objeto (em seu sentido defendido neste estudo, que se diferencia fundamentalmente da regra *per se*), em voto proferido pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani no bojo do Processo Administrativo nº 08700.001486/2017-74, para quem, para a configuração do ilícito administrativo de compartilhamento ou troca de informações concorrenciaismente sensíveis, é necessário verificar a ausência de explicações plausíveis que justifiquem outra finalidade (que não a combinação de preços, aumentos artificiais ou divisão de mercado). Não se fala em ponderação de efeitos, mas em justificativas para o objeto anticompetitivo.

Mais recentemente, em investigação instaurada no início de 2021, acerca do mercado de trabalho em empresas farmacêuticas, mais precisamente de *health care*, maior atenção foi dada à caracterização e à regra de análise a ser empregada à infração autônoma de troca de informações concorrenciaismente sensíveis (Inquérito Administrativo nº 08700.004548/2019-61 – “Caso RH”).

De forma positiva, vale destacar o comentário inicial feito pela SG reconhecendo as diferenças entre as metodologias *per se* e pelo objeto aplicadas no contexto brasileiro:

Inicialmente, cumpre destacar que o ilícito por objeto adotado no Brasil se assemelha à regra *per se* adotada nos Estados Unidos quanto à **dispensa de prova de efeitos anticompetitivos** para a conduta que tem como finalidade única restringir competição. Distingue-se daquela, porém, na medida em que é possível que as partes justifiquem a prática demonstrando **ganhos de eficiência** suficientes e que tais benefícios não poderiam ser atingidos por outro meio menos danoso.

Mesmo partindo de conceitos mais alinhados aos significados atribuídos aos termos em suas jurisdições de origem, a construção desenvolvida pela SG a partir daí merece ser analisada.

Nesse caso, a SG destacou que há uma pluralidade de condutas abarcadas nesta definição e que, portanto, as particularidades de cada uma dessas formas influiriam na definição como ilícito por objeto ou por efeitos. Ou seja, dentro da mesma categoria de infração, poderia ser aplicada uma ou outra metodologia, tendo a SG concluído que tratar-se-ia de infração por objeto apenas nos casos em que a informação, desagregada, é trocada entre concorrentes e se relaciona a intenções futuras de atuação da empresa ou a dados atuais que permitam eliminar as incertezas quanto ao comportamento das empresas participantes da prática. Nas demais situações, devem ser analisados os efeitos caso a caso, com base em certos elementos, tais como: quem são os participantes da prática, qual a natureza da informação, quão recentes os dados são, seu nível de desagregação, sua disponibilidade pública ou não, a estrutura do mercado a frequência dos compartilhamentos, entre outros.

Em se tratando da regra da razão, baseando-se nos parâmetros internacionais<sup>191</sup>, os fatores a serem observados na análise da potencialidade da produção de efeitos negativos à concorrência seriam: (i) a natureza da informação; (ii) a estrutura do mercado afetado; (iii) a forma como ocorre a troca de informações.

Note-se que os critérios elencados pela SG no Caso RH para definir se a metodologia a ser adotada será por objeto ou não são, em verdade, revelados no decorrer da análise dos fatores citados acima, principalmente nas fases (i) e (iii). É dizer, para se constatar se a informação trocada é agregada ou desagregada, se trata de planos atuais ou futuros e se dá-se entre concorrentes, deve-se adentrar na perquirição sobre a natureza e escopo do dado e o modo de compartilhamento. Uma vez mais, o que se percebe é que não há clareza na distinção entre análise do método e de mérito da conduta.

Essa constatação leva à pergunta sobre qual a real utilidade da definição do padrão analítico, se não é estabelecer, *a priori*, as etapas que deverão ser superadas para se chegar à conclusão quanto à licitude ou ilicitude da conduta investigada. O que parece acontecer em alguns casos (talvez excepcionadas apenas investigações de cartel), na prática, é o deslocamento

---

<sup>191</sup> Além de serem referenciados em guias internacionais – OCDE (2015), COFECE (2016) e FTC (2000) –, CORDOVIL e SAITO (2018) citam dois casos em que tais aspectos foram considerados na jurisprudência estrangeira: *Asnef-Equifax vs. Ausbanc* e *UK Agricultural Tractor Registration Exchange vs. European Commission*.

da discussão sobre metodologia para a fase de convencimento do julgador – isto é, o uso do argumento de se tratar de infração por efeitos ou pelo objeto como vinculado ao padrão de prova necessário para a condenação. Isso esbarra na ideia de que ter métodos distintos reduziria os esforços empreendidos pela autoridade para decidir sobre casos em que a probabilidade de impactar o mercado negativamente é tão elevada que pressuposta. Ora, se é necessário ao órgão antitruste perpassar por todas ou quase todas as etapas independentemente da abordagem eleita ao caso concreto e ainda “gastar tinta” para justificar a opção, parece haver certo contrassenso na máxima de eficiência administrativa e redução de custos processuais.

Não é à toa que PAULA e SANT’ANA, olhando especificamente para a prática de troca de informações sensíveis, sugerem o afastamento do paradigma das dicotomias tradicionais e exploram novas perspectivas de se abordar o tema, indicando que possíveis caminhos seriam o do reconhecimento da licitude circunstanciada e a análise dos efeitos para os agentes envolvidos e para a coletividade.

Por fim, vale ainda um último comentário sobre a análise feita pela SG no Caso RH, em que se buscou novamente a aproximação entre a regra da razão e conduta unilateral. Nesse sentido, indica-se que, caso a prática seja a mera disponibilização de informações a terceiros por um agente, seria imperiosa a comprovação dos efeitos anticoncorrenciais, ainda que potenciais, para a condenação antitruste.

Em resumo, não obstante análises sobre os efeitos concorrenciais de trocas de informações sensíveis serem herdadas de casos de cartel e outras práticas colusivas, a investigação como conduta autônoma é ainda recente, não tendo acumulado, até o momento, base jurisprudencial significativa, no contexto brasileiro, para que se possa determinar qual a metodologia aplicável, dentre os pares dicotômicos, ou ainda quais presunções específicas podem ser adotadas. Os casos deveriam, portanto, seguir uma regra da razão completa, a fim de avaliar todos os potenciais efeitos decorrentes da conduta, não sendo adequado estabelecer, diante de um caso concreto e sem histórico de decisões que as fundamentem, proibições absolutas ou presunções de ilicitude genéricas.

### **3.5.3. Negociação coletiva**

A conduta de negociação coletiva ou negociação em bloco pode ser definida como a prática de reunir, normalmente dentro de uma entidade associativa, representantes de um dado

segmento para que possam, em conjunto, negociar com fornecedores e/ou clientes, com o objetivo de estabelecer preços e outras condições comerciais mais vantajosas. Muitas vezes, a negociação coletiva também está associada a outras práticas usualmente imputadas a associações de classe, como o tabelamento de preços, sendo ambas compreendidas dentro do alcance da “influência à adoção de conduta comercial uniforme”<sup>192</sup>. Para fins didáticos, a edição de tabelas de preços e honorários como conduta anticompetitiva será tratada no próximo subitem, de forma autônoma.

Como se verá, a definição da metodologia aplicável à investigação de práticas de negociação coletiva é questão bastante controversa na jurisprudência do CADE.

De início, importante observar o tratamento atribuído à análise de grupos de compras submetidos à autoridade sob a forma de ato de concentração, no âmbito de sua atuação no controle de estruturas. A instituição de tais grupos já foi notificada consoante regra aplicável a *joint ventures* ou, no passado, a contratos associativos, antes da entrada em vigor da Resolução nº 17/2016, quando ainda não se tinha clareza dos requisitos caracterizadores dessa figura. Nesses casos, a avaliação da SG baseou-se nos efeitos para determinar se autorizaria ou não a criação dos grupos, identificando a potencialidade de geração de impactos negativos e, ao mesmo tempo, reconhecendo possíveis eficiências ao mercado. As etapas de análise observadas foram: (i) presença de compradores dos insumos alternativos suficientes para evitar que o grupo de compra abusasse de sua posição; (ii) caso a estrutura de mercado permitisse a atuação abusiva, existência de incentivos para que o grupo de compra de fato impusesse condições comerciais abusivas; e (iii) se presentes os critérios (i) e (ii), identificação se o exercício de poder de monopólio pelo grupo de compra afetaria negativamente a concorrência – em especial, se teria potencial efeito exclusionário, via aumento dos custos dos rivais não participantes do grupo (*waterbed effect*). Ainda que inexistentes essas três condições, o CADE deveria também avaliar a adoção de medidas para evitar a troca de informações

---

<sup>192</sup> Sobre o que configuraria a prática anticompetitiva de influência à adoção de conduta comercial uniforme, cita-se o voto do Conselheiro Márcio de Oliveira no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.011042/2005-61: “A prática de influência à adoção de conduta uniforme ocorre quando o agente infrator induz outros agentes a adotarem comportamento semelhante/coordenado entre si. A influência pode ser praticada por pessoas naturais, jurídicas, entidades de classe ou entes sem personalidade jurídica. Dessa forma, o agente infrator que atua como influente à adoção de conduta uniforme não precisa, necessariamente, estar no mesmo mercado/setor que as pessoas envolvidas na conduta e não precisa ser concorrente desses agentes. Assim, é possível que a influência à adoção de conduta uniforme seja caracterizada tanto como conduta horizontal quanto como conduta vertical, pois sua realização não presume relações comerciais específicas entre o infrator e o agente que sofre com o ilícito”.

concorrencialmente sensíveis entre os participantes, a independência das partes e a possibilidade de que outras empresas participem do grupo em termos não discriminatórios.

No controle de condutas propriamente dito, no entanto, o CADE já decidiu no sentido de que a negociação coletiva pelo lado da demanda seria ilícita pelo seu próprio objeto, sendo os casos mais elucidativos sobre o assunto os que versaram sobre o setor de serviços médico-hospitalares, em especial da prática promovida pela Unidas<sup>193</sup>.

Em síntese, a conduta da Unidas consiste na deliberação sobre pontos importantes dos contratos e convênios de prestação de serviços médicos a serem firmados pelas operadoras de planos de saúde, realizando negociações coletivas e formando um bloco coeso com o fim de pressionar os profissionais médicos a acatarem preços menores, impedindo que suas filiadas propusessem, aos médicos, reajustes diferentes daqueles negociados pela própria entidade associativa.

Na análise dos mais de dez casos envolvendo a associação, houve divergência significativa sobre a metodologia a ser adotada. Na visão da SG, “a formação de blocos de negociação de compradores deve ser analisada segundo a regra da razão”, uma vez que, em certas circunstâncias, a compra conjunta no mercado de saúde poderia gerar eficiências e efeitos positivos no mercado, a exemplo de ganhos de escala na avaliação de informações sobre custo e qualidade, o que é relevante, em especial, na compra de serviços complexos. Nesse sentido, a SG sugeriu a condenação da Unidas apenas nos casos em que foi verificado seu poder de mercado<sup>194</sup>. Nos demais casos, recomendou-se o arquivamento do processo em face da Unidas

---

<sup>193</sup> De maneira não exaustiva, citam-se os casos em que a Unidas foi condenada pela prática de negociação coletiva: Processo Administrativo nº 08012.005135/2005-57 (Rio Grande do Norte), nº 08012.005374/2002-64 (Paraíba), nº 08012.002381/2004-76 (Mato Grosso do Sul), nº 08012.005004/2004-99 (Espírito Santo), nº 08012.006969/2000-75 (Distrito Federal), nº 08012.009381/2006-69 (Rio de Janeiro), nº 08012.003422/2004-41 (Mato Grosso), nº 08012.002874/2004-14 (Mato Grosso do Sul). No Processo Administrativo nº 08012.013467/2007-77 decidiu-se pelo arquivamento do processo em relação à Unidas, por insuficiência de provas. A Unidas foi também condenada em outros processos por imposição de tabela de coeficiente de honorários médicos, prática a ser analisada no próximo subitem.

<sup>194</sup> No Processo Administrativo nº 08012.003422/2004-41, as entidades filiadas à UNIDAS-MT representavam 30-40% dos beneficiários de planos de saúde médico hospitalares residentes nesse estado, concluindo que, dada a participação de mercado superior aos 20% presumidos na Lei nº 12.529/11, a Unidas teria capacidade de impor, aos prestadores credenciados, valores de serviços médicos abaixo do valor de mercado de forma a justificar uma atuação conjunta dos demais ofertantes de serviços. O mesmo se deu no Processo Administrativo nº 08012.006969/2000-75, quando se constatou que a Unidas representava 38,5% do total de beneficiários no mercado relevante.

justamente por entender que não detinha considerável poder de compra<sup>195</sup> que pudesse por si disciplinar, unilateralmente, pelo lado da oferta, a concorrência por serviços médicos.

Entretanto, no Tribunal, embora tenha havido visões contrárias entre os próprios Conselheiros, o entendimento prevalecente até 2017 foi o de que a análise deveria seguir a abordagem pelo objeto<sup>196</sup>, concluindo que bastaria a comprovação da conduta para que fosse demonstrado o potencial de lesividade do ilícito.

Aspecto importante do debate acerca da prática de negociação coletiva é a tese do poder compensatório, que pode representar uma excludente de ilicitude, em especial no mercado de saúde suplementar. A ideia é simples: poderia se admitir a licitude de práticas que envolvam a reunião de agentes econômicos caso houvesse desequilíbrio negocial<sup>197</sup> – nesse sentido, a formação de um bloco de negociação capaz de se contrapor minimamente ao poder de barganha da outra parte seria uma eficiência, por gerar aumento de bem-estar social. Segundo FRAZÃO, a ideia é de empoderar o contratante mais fraco, a fim de lhe conferir maior poder de barganha e, conseqüentemente, tornar a negociação menos desigual<sup>198</sup>.

No entanto, como já apontava ALMEIDA, não é toda ação coletiva que tenha por finalidade contrabalançar assimetrias de poder na negociação entre dois elos de determinada cadeia produtiva que pode ser considerada compensatória, listando as condições que devem estar presentes para que o resultado seja o incremento do bem-estar<sup>199</sup>. No Conselho, discussões

---

<sup>195</sup> A SG entendeu dessa forma mesmo em casos em que a participação de mercado da Unidas era superior a 20%. Para ilustrar, os percentuais identificados nos respectivos processos administrativos foram: 11,75% no Rio Grande do Norte; 23,35% na Paraíba; 8,32% no Mato Grosso do Sul; 10-15% no Espírito Santo; 9,86% no Rio de Janeiro e 8,2% no Mato Grosso do Sul.

<sup>196</sup> Ao justificar a análise pelo objeto, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo aproximou a prática da Unidas a um cartel de compra: “cartéis de compra têm como objetivo reduzir o preço pago por insumos a níveis inferiores ao que se verificaria em mercados competitivos. Essa prática colusiva pode ser implementada através de diversas formas, como, por exemplo, tabelamento de preços ou coação. Quando uma ação não tem efeitos benéficos sobre o mercado, mas apenas prejudiciais, como no caso das políticas de fixação de preços, de condições de negociação, de divisão geográfica ou de limitação artificial da oferta, ela deve ser considerada ilegal, visto que o seu objetivo é tão somente restringir a livre concorrência. Por isso, o CADE possui entendimento de que no caso de formação de cartel, tanto por parte de compradores como por parte de vendedores, a conduta é reprovável por si só, sem a necessidade de comprovação de efeitos. Assim, a mera existência do cartel já é algo ilícito, visto que dele nunca decorreriam efeitos positivos concorrenciais” (voto no Processo Administrativo nº 08012.006969/2000-75, julgado em 2015).

<sup>197</sup> Veja-se, por exemplo, trecho do voto da Conselheira Ana Frazão: “o mero fato de as OPSs [operadoras de planos de saúde] se organizarem coletivamente, independentemente da imposição de tabelas, já cria inequívoca disparidade de poder frente aos médicos, caso a estes seja negado o direito de também negociarem coletivamente. Por outro lado, mesmo que não haja a negociação coletiva por parte das OPSs, é inequívoco que, diante dos médicos individualmente considerados, mesmo OPSs pequenas apresentam-se em posição de evidente assimetria, situação que se reforça ainda mais diante das grandes OPSs”.

<sup>198</sup> FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 364.

<sup>199</sup> ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. Tese (Doutorado) – Escola de Economia de São Paulo,



foram travadas no sentido de se entender quais seriam esses requisitos necessários para admitir a tese do poder compensatório e afastar a ilicitude da conduta, normalmente empreendida por cooperativas médicas.

O que é relevante de se destacar para o presente estudo, porém, é que o reconhecimento ou não de poder compensatório não deveria ser justificativa suficiente para alterar a metodologia de análise adotada, uma vez que, por representar uma eficiência econômica, ainda que aplicado o método pelo objeto, seria admitido como argumento de defesa, desde que demonstrado pelos investigados – divergindo, portanto, da ilicitude *per se*, como aqui já amplamente defendido.

Não obstante, em precedentes mais recentes, o posicionamento consolidado do Conselho em relação ao uso da ilicitude por objeto para análise da conduta de negociação coletiva foi colocado em dúvida. No Processo Administrativo nº 08012.002874/2004-14, o então Conselheiro Alexandre Macedo Cordeiro declarou que seu entendimento ia no sentido de que a negociação conduzida conjuntamente por agentes com baixa participação de mercado (naquele caso, de 8%) poderia ter o condão de gerar eficiências – distanciando, assim, tal conduta de um cartel *hardcore* ou de mera elaboração e publicação de tabela, quando não haveria qualquer eficiência potencial –, o que deveria ser considerado na análise da autoridade antitruste por meio da regra da razão. Em que pese essa constatação, o Conselheiro se rendeu à jurisprudência do Tribunal, em atenção ao princípio da segurança jurídica, e considerou a prática da Unidas infração contra a ordem econômica, sendo essa a decisão final do CADE, por maioria.

Já no Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-71 (“Caso Unidas”), decidido em 2018, reverteu-se o posicionamento anterior, tendo sido determinado o arquivamento do processo em relação à Unidas por ausência da comprovação de posição dominante, nos termos do voto da Conselheira Relatora Cristiane Alkmin, sendo vencidos os votos de João Paulo de Resende, Paulo Burnier e Paula Farani de Azevedo Silveira.

Em breve resumo, a Relatora defendeu que um agente sem poder de mercado (a Unidas, neste processo, congregava associados que, juntos, representavam 15% do mercado)

---

Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 18. Para que o resultado seja positivo em termos de bem-estar, algumas condições são necessárias sendo que, em linhas gerais, três elementos devem estar presentes: (i) existência de poder de mercado “original”; (ii) não ocorrência de inversão de assimetria de poder na negociação e; (iii) existência de interdependência entre os agentes.

não mimetizaria uma situação de monopólio, de modo que a teoria econômica não seria capaz de sustentar que da prática de negociação coletiva só decorreriam efeitos negativos, motivo pelo qual seria imperioso seguir uma análise pela regra da razão – o que, segundo ela, vai além de apenas se observar se a condição necessária (de haver poder de mercado) se faz valer ou não, mas envolve avaliar a probabilidade de exercício de poder de mercado e as eficiências. Particularmente, acerca do poder compensatório, defende que a possibilidade de se avaliar sua existência no âmbito concreto se daria no bojo de uma análise pela regra da razão, apenas.

O Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia, nesta e em outras ocasiões posteriores, defendeu haver especificidades do mercado de saúde suplementar que permitem uma flexibilização da interpretação tradicional do CADE, no sentido de ser possível se considerar a utilização do poder compensatório a partir da regra da razão.

Os votos vencidos foram mais diretos em afirmar que a prática da Unidas representa um ato de restrição pura à concorrência, atraindo para si a presunção de potencialidade lesiva que recai sobre os ilícitos pelo objeto.

Importante lembrar, por fim, como já indicado na última seção, que a partir do julgamento deste caso, a Unidas opôs embargos de declaração em diversos processos anteriores em que havia sido condenada pela prática de negociação coletiva com base na análise pelo objeto, tendo deixado de pagar as multas a ela impostas.

Portanto, a partir desta subseção dedicada a estudar as abordagens adotadas na análise de condutas de negociação coletiva pelo CADE, nota-se não só uma alternância de posicionamento no Conselho sobre as metodologias cabíveis na investigação dessa prática, não podendo ser enxergado um caráter evolutivo, mas também os efeitos desse movimento pendular para a estabilidade das decisões da autoridade, gerando consequências práticas muitas vezes incoerentes.

#### **3.5.4. Tabelamento de preços**

As consequências indesejadas, sob a perspectiva concorrencial, decorrentes do estabelecimento de tabelas de preços em mercados competitivos vêm sendo reiteradamente destacadas pelo CADE.

No âmbito da advocacia da concorrência, a autoridade tem se posicionado nesse sentido na análise de efeitos concorrenciais de marcos regulatórios<sup>200</sup>. Em manifestação acerca a ADI nº 5.956, que versava sobre a instituição de política de preços mínimos no transporte rodoviário de cargas por meio da Medida Provisória nº 832/2018, editada após a conhecida greve dos caminhoneiros ocorrida naquele ano, o CADE afirmou serem “*reconhecidamente públicos os problemas concorrenciais (e econômicos deles decorrentes) causados*” pelo tabelamento de preços, de forma abstrata, registrando os efeitos nocivos desta prática, resumidos em seis principais pontos. São eles: (i) a mitigação da liberdade contratual; (ii) o risco de aumento de custo na cadeia de formação dos preços do produto/serviço em questão; (iii) a diminuição da competitividade entre agentes que concorram entre si; (iv) o risco de queda de incentivos à inovação, pelo congelamento da expectativa de lucro; (v) o risco de redução da qualidade do produto ou serviço; e (vi) o potencial de desvio de demanda para outros serviços (substituibilidade), por vantajosidade criada por superprecificação ou subprecificação artificial.

No âmbito do controle de condutas, o CADE tem ampla jurisprudência de condenação de agentes privados pela implementação de tabelas de preços, tanto fixos como mínimos ou máximos. Geralmente, tal prática é caracterizada como influência à adoção de conduta uniforme, infração concorrencial prevista no inciso II do § 3º do art. 36, da Lei nº 12.529/11. O tabelamento de preços é considerado prática lesiva à concorrência “por reduzir a competitividade entre agentes ao suprimir a liberdade de fixar preços próprios e ao afetar o mecanismo de equilíbrio de preços do mercado, importando em prejuízos aos consumidores finais”<sup>201</sup>.

Por conta disso, na mesma linha da investigação da conduta de negociação coletiva, a prática de elaboração de tabelas de preços ou de honorários por parte de entidades associativas e cooperativas também é objeto de extensa discussão sobre a metodologia de análise a ser adotada<sup>202</sup>, bem como de debates sobre a aplicação da tese do poder compensatório. Durante a

---

<sup>200</sup> Exemplo disso é encontrado na Nota Técnica nº 20/2020, exarada pelo Departamento de Estudos Econômicos, que contém análise sobre os impactos da nova legislação do município de São Paulo sobre a concessão de serviços funerários, cemiteriais e de cremação. Nos termos do parecer: “O tabelamento de preços, via de regra, distorce o mecanismo de preços do mercado deixa de ser um sinalizador eficiente para equilibrar (*sic*) as forças de oferta e de demanda. O estabelecimento de preços máximos, por exemplo, inibe investimentos em inovação, dado que a empresa não vislumbra ganhos adicionais decorrentes do seu esforço de inovar. [...] Portanto, a regulação de preços só é admissível em determinados casos de regulação de monopólios naturais, para os quais não haveria uma solução de mercado viável”.

<sup>201</sup> Nos termos do voto da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, no âmbito da Consulta nº 08700.001540/2018-62.

<sup>202</sup> De acordo com a Conselheira Polyanna Vilanova (Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64): “Na jurisprudência desse conselho, os julgamentos de condutas de influência a conduta comercial uniforme têm sido

votação de Consulta julgada pelo CADE em 2018, chegou-se a discutir a possibilidade de edição de uma súmula que tratasse “**tabelas de preços mínimos ou máximos de forma *per se*** (ou por objeto)”<sup>203</sup>, sendo que a principal razão para afastar tal sugestão, segundo a então Conselheira Cristiane Alkmin, seria a falta de uma jurisprudência clara e inequívoca sobre o assunto, já que, ainda que o resultado condenatório em casos de tabelas de preço fosse majoritário, não se confundiria com a forma de análise, que foi adotada de modo distinto pelos Conselheiros.

Estudo de suma importância sobre os padrões analíticos aplicados a essa conduta foi realizado por SILVEIRA e BAQUEIRO que, por meio de pesquisa empírica, categorizaram os casos de tabelas de preços julgados pelo CADE de maio de 2012 (a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.529/11) até julho de 2018 de acordo com a metodologia utilizada em sua análise<sup>204</sup>.

Os resultados apontaram que, dos 47 processos identificados, 44 foram condenados, sendo que, desses, a regra da razão foi adotada em 20 condenações, a ilicitude *per se* foi prevalente em 5 delas e a análise por objeto, em 19 casos. A pesquisa também revelou o posicionamento dos Conselheiros que tiveram seus votos analisados em relação às três vertentes identificadas, apontando-se que: (i) como expoentes da ilicitude *per se* do tabelamento de preços, encontram-se João Paulo de Resende e Gilvandro Araújo, defendendo uma presunção absoluta de ilicitude, com inversão do ônus da prova, admitindo-se somente defesa em relação à materialidade e autoria; (ii) bloco composto pelos Conselheiros Alexandre Cordeiro Machado, Alessandro Octaviani, Ana Frazão e Ricardo Machado Ruiz seria o defensor da ilicitude por objeto, com presunção relativa de ilicitude e inversão do ônus da prova sobre os efeitos líquidos advindos da conduta; e (iii) Cristiane Alkmin, Eduardo Pontual e Márcio Oliveira Junior adeptos à ilicitude por efeitos, demandando a análise pela regra da razão.

Dentre os casos julgados após esse período, destacam-se o Processo nº 08012.008407/2011-19, no qual a então Conselheira Polyanna Vilanova apresentou um desdobramento da discussão da análise por efeitos ou por objeto, especificamente no que diz respeito à análise de tabelas de preços, quando meramente sugestivas ou impositivas. Embora reconheça que na jurisprudência do Conselho há julgamentos que apontam que ambas as formas

---

feitos com distintas metodologias. Das condutas já investigadas, a mais comum tem sido a de tabelamento de preço”.

<sup>203</sup> Nos termos do voto da Conselheira Cristiane Alkmin, no âmbito da Consulta nº 08700.001540/2018-62. Grifos do original.

<sup>204</sup> SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo. BAQUEIRO, Paula. A jurisprudência do Cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. *Mulheres no Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2018. p. 149-156.

seriam ilícitas por objeto, Polyanna defende que há particularidades entre os dois tipos que permitem que sejam analisados sob metodologias distintas, principalmente no mercado de saúde, devendo a tabela sugestiva ser analisada por seus efeitos. Nesse sentido, as tabelas se tornam abusivas quando envolvem algum tipo de coerção, como a possibilidade de punição dos médicos não aderentes à tabela ou ameaça de descredenciamento em massa. Por esse motivo, entendeu que a tabela de honorários da Sociedade Brasileira de Cirurgia Torácica (“SBCT”), por prescindir de tais mecanismos, seria meramente sugestiva e, assim, presumidamente lícita, votando pelo arquivamento do processo em relação a essa representada. Entretanto, a decisão final do Tribunal seguiu o voto da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, que concluiu pela condenação da SBCT, argumentando que a potencialidade lesiva de uniformizar condutas e restringir a concorrência se consubstancia na própria divulgação da tabela, sendo condenadas pelo CADE mesmo aquelas consubstanciadas em mera sugestão de preços.

Também merece destaque o Processo Administrativo nº 08700.009858/2015-49, em que é feita uma distinção entre o tratamento conferido ao tabelamento e à conduta de declaração unilateral de informações<sup>205</sup>, que não deveria ser presumidamente ilícita, dados os efeitos ambíguos que dela podem advir. Os debates travados no Conselho buscaram afastar a aproximação da segunda prática à primeira, conforme havia indicado os pareceres da SG, MPF e ProCADE. No caso concreto, investigava-se se a comunicação, por parte do presidente do sindicato representativo dos revendedores de combustíveis no Estado de São Paulo, a jornais de grande circulação, de informações detalhadas sobre reajustes de preço da gasolina, deveria configurar conduta anticompetitiva. Ao final, o processo foi arquivado.

Assim, observando-se os casos que trataram da investigação de práticas de tabelamento de preços por entidades associativas, fica nítida a falta de previsibilidade e insegurança jurídica causadas pela alternância dos posicionamentos sobre a metodologia de análise a ser adotada. Também se observa a existência de elementos específicos que já foram considerados pelos Conselheiros para justificar a aplicação de uma forma analítica distinta.

---

<sup>205</sup> Nos termos do voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier: “verifica-se que os precedentes do CADE em matéria de conduta comercial uniforme envolvem geralmente o uso de tabelas sugestivas ou impositivas de preço. Além dos casos de tabelamento, há precedentes de condenação com base no envio de ofícios aos associados ou mesmo a partir da emissão de comunicados que têm por intuito coagir os agentes de mercado à adoção de estratégias comerciais comuns. Definitivamente, não é disso que se trata o presente caso.”

### 3.5.5. Fixação de preço de revenda

Antes de adentrar na análise dos precedentes que investigaram práticas enquadradas como fixação de preço de revenda (“FPR”), importante destacar que, diferentemente das condutas (ou categorias de condutas) objeto dos subitens anteriores, a FPR não tem um caráter colusivo<sup>206</sup>. Ao contrário, a prática é tida como uma conduta unilateral, mais especificamente dentro das chamadas restrições verticais. Ou seja, trata-se da exigência, por parte de um agente econômico no mercado *upstream*, de um dado comportamento pelo agente em mercado subsequente da cadeia.

Essa primeira observação é relevante pois vai de encontro à noção, já mencionada neste trabalho e muitas vezes utilizada pelas autoridades de defesa da concorrência, que associa regras *per se* e por objeto a condutas colusivas e regra da razão e análise por efeitos a condutas unilaterais<sup>207</sup>.

Em linhas gerais, os principais efeitos anticoncorrenciais associados à prática de fixação de preços de revenda são: (i) a diminuição do grau de concorrência intramarca no nível da distribuição, em razão não só da uniformização dos comportamentos dos distribuidores participantes, como também, a depender das condições estruturais do mercado e da abrangência da conduta, da possibilidade de funcionar como ponto focal de preço, levando à redução da concorrência no mercado como um todo; (ii) a facilitação de práticas coordenadas; e (iii) o risco de dominação pelo fornecedor do mercado de distribuição.

Além da fixação propriamente dita, há outras gradações de práticas relacionadas à manutenção do preço de revenda. Em regra, o estabelecimento de preços máximos ou sugeridos são práticas menos gravosas à concorrência (desde que a sugestão seja claramente mera recomendação e não esteja associada a mecanismos de coação). Já a fixação de preços rígidos ou mínimos é, no mais das vezes, vista como anticompetitiva porque limita (ou exclui) a habilidade de o revendedor oferecer descontos ou de vender a preços mais baixos do que os impostos pelo agente infrator.

---

<sup>206</sup> No âmbito da Consulta nº 08700.002055/2021-10, a Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira pontuou a distinção entre a prática de manutenção de preços de revenda e a de tabelamento de preço, revelando que a principal diferença recai sobre o fato de que o tabelamento de preços não se dá no âmbito de uma relação vertical, entre atacado e varejo, mas em contextos horizontais.

<sup>207</sup> Aliás, a FPR não é a única restrição vertical que gerou discussões acerca de uma possível aplicação de padrões de análise mais rigorosos, como visto em relação à cláusula de raio e, mais recentemente, sobre práticas de exclusividade em geral – ver item 3.3.

Paradigma na análise da conduta de fixação de preços de revenda como ilícito pelo objeto foi estabelecido no Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44 (“Caso SKF”). Desde então, pode-se se citar mais três processos que buscaram investigar práticas de fixação ou manutenção de preços de revenda e que merecem ser aqui apresentados para colocar a avaliação de tal conduta em perspectiva evolutiva, com especial destaque às metodologias aventadas em cada caso.

(i) *Caso SKF*

Nas palavras de SILVA, “o caso SKF pode ser considerado um divisor de águas na política de defesa da concorrência brasileira”<sup>208</sup>. Isso porque “representa uma ruptura com a interpretação da autarquia acerca da tipificação administrativa das infrações econômicas previstas na LDC”. Com efeito, o debate envolvendo o julgamento deste caso foi a fundo em questões sobre o modo de se analisar esse tipo de conduta, sendo reconhecidamente paradigmático neste aspecto<sup>209</sup>.

Em breve síntese, tratou-se de investigação sobre a prática adotada pela empresa SKF do Brasil Ltda., líder no mercado de rolamentos para reposição, que consistia em definir *mark-ups* mínimos a serem observados pelos distribuidores exclusivos na revenda de suas peças automotivas. Tais margens eram aplicadas sobre uma tabela uniforme de preços, o que implicava, indiretamente, a fixação dos preços ofertados aos consumidores, por toda a rede de revendedores. Além do estabelecimento dos preços, a prática ainda estava associada a mecanismos de monitoramento e ameaças de retaliação em caso de descumprimento por parte dos distribuidores.

Os argumentos de defesa apresentados pela fabricante se baseavam em quatro aspectos principais, a saber: (i) a não observância, na prática, das penalidades descritas no documento que havia sido enviado aos distribuidores, ainda que estes não cumprissem os preços e margens pré-estabelecidas – embora houvesse previsão formal de sanções como aumento do preço de aquisição das peças pelos distribuidores e descredenciamento da rede autorizada, apenas a

---

<sup>208</sup> SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. A falácia das infrações por objeto e suas consequências para a persecução de condutas unilaterais. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 7, n. 1, maio/2019. p. 70.

<sup>209</sup> Nos termos do voto do Conselheiro Relator Vinicius Marques de Carvalho: “considero que este precedente representa um marco extremamente relevante e traz consigo um questionamento que ultrapassa as fronteiras específicas desta infração, nos levando a pensar, de forma generalizada, sobre a forma como o SBDC irá se posicionar a respeito da conduta de fixação de preços de revenda em situações futuras”.

advertência teria sido aplicada; (ii) o pedido para fixação de preços teria se dado por iniciativa dos próprios revendedores, e não unilateralmente pela SKF, como uma forma de evitar uma “guerra de preços” no mercado secundário; (iii) a ausência de poder de mercado; e (iv) as eficiências geradas por sua política comercial, tais como redução de custos de distribuição, viabilização de economias de escala, prevenção ao efeito carona, e limitação da concentração entre distribuidores. Ao final, a empresa foi condenada, em janeiro de 2013, ao pagamento de multa no valor de R\$ 2,7 milhões<sup>210</sup>.

A divergência em relação aos parâmetros de análise a serem empregados no Caso SKF surgiu a partir do voto-vista do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho, que emitiu posição contrária à expressa pelo Relator e pela então Secretária de Direito Econômico (“SDE”) pelo arquivamento do feito.

Partindo de uma análise de direito comparado, observando as regras e precedentes existentes nas jurisdições norte-americana e europeia, além de fazer referência ao tratamento dado à conduta de fixação de preços de revenda pela China, Coréia do Sul e México, Carvalho indica haver rico e grande debate internacional em torno de sua ilicitude *per se* e que, portanto, uma sinalização próxima de uma presunção de licitude, como defendida pelo Conselheiro Cesar Mattos, seria ousada. Em vista da possibilidade de se admitir eficiências associadas à conduta, bem como pela inconsistência na interpretação conferida nos Estados Unidos, concluiu que a visão europeia, inclinada à existência de uma ilicitude pelo objeto, seria mais adequada à análise do caso concreto<sup>211</sup>. Como consequência, pugnou pela inversão do ônus da prova em desfavor da SKF, a quem caberia demonstrar a inexistência do risco anticompetitivo decorrente de sua conduta. Dessa forma, segundo o Conselheiro, ao mesmo passo em que se resguarda o CADE e a sociedade diante da dificuldade de se realizar este tipo de prova, tal orientação teria a função de desestimular práticas de fixação de preços que não estivessem vinculadas a justificativas robustas – o que ocorreria de forma excepcional e marginal.

Ponto de especial relevância na abordagem adotada por Carvalho diz respeito à existência de poder de mercado por parte do agente infrator, já que sua ausência foi um dos (senão o principal) fundamentos utilizados pelos órgãos pareceristas e pelos votos vencidos,

---

<sup>210</sup> FERRAZ, Murilo Machado Sampaio. Fixação de Preço de Revenda no E-Commerce: uma Análise à Luz da Jurisprudência Nacional e Internacional. *Revista do IBRAC*, vol. 23, n. 2, 2017, pp. 448-464.

<sup>211</sup> Note-se que a escolha da abordagem de análise não teve por justificativa a aproximação da legislação brasileira com a europeia, ou qualquer avaliação da influência de um texto legal sobre o outro, mas decorreu tão somente da percepção de que o método adotado naquela jurisdição, permitindo-se a apresentação de prova em contrário da ilicitude da conduta pelo investigado, representava o formato mais adequado para a apuração da fixação de preço de revenda.



incluindo o do Relator, para afastar a ilicitude da conduta da SKF. A posição adotada no voto-vista foi a de que a detenção de baixo *market share* por uma dada empresa não é elemento que, por si só, afasta a possibilidade de cometimento de prática anticompetitiva. Ademais, no Caso SKF especificamente, o Conselheiro identificou haver indícios de que a empresa teria poder de mercado, unilateral ou coordenado.

Em outras palavras, o que se defendeu foi ser um equívoco tratar poder de mercado como se fosse sinônimo de *market share*, devendo ser consideradas ainda outras variáveis, como elasticidade e margem de lucro unitária. O argumento de que o olhar sobre a participação de mercado sequer seria relevante para a análise da conduta de fixação de preços, sendo citado o caso da Suíça como exemplo, foi utilizado de maneira acessória, não se dispensando a avaliação sobre a estrutura do mercado e a caracterização do poder do agente infrator como etapas da análise concorrencial<sup>212</sup>.

Essa visão, todavia, foi alvo de duras críticas, por se entender que o precedente possibilitava ao CADE se eximir de “demonstrar a existência de poder de mercado pelos agentes que praticaram infrações por objeto, assim como fica dispensada qualquer tipo de análise da estrutura e condições de mercado”<sup>213</sup>. Com efeito, a ideia de que a etapa de definição de mercado relevante e da presença de poder de mercado podem ser afastadas na avaliação de condutas investigadas como infrações pelo objeto passou a ser constante na prática da autoridade brasileira<sup>214</sup> – mas, importante dizer, não constava da posição adotada por Vinicius

---

<sup>212</sup> Admite-se, porém, que o voto do Conselheiro tenha possibilitado a inversão do ônus da prova também sobre essa questão, indicando ser ônus da SKF demonstrar a ausência de poder de mercado: “Todas estas questões fáticas fazem parte do ônus probatório de quem realiza uma conduta arriscada como FPR, sendo que a SKF não conseguiu trazer aos autos provas robustas de sua falta de poder de mercado”.

<sup>213</sup> SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. A falácia das infrações por objeto e suas consequências para a persecução de condutas unilaterais. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 7, n. 1, maio/2019. p. 84. Ainda de acordo com o autor, “ponderando-se as opiniões dos Conselheiros Vinicius Marques de Carvalho e Marcos Paulo Veríssimo, bem como os recentes votos do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, pode-se dizer que, na interpretação do artigo 36, caput, da LDC, o CADE adota o entendimento de que: (i) há, no direito brasileiro, infrações por objeto e infrações por efeitos; (ii) as infrações por objeto comportam presunção sobre sua ilegalidade; (iii) as infrações por objeto são aquelas que têm como objetivo produzir quaisquer dos resultados elencados no artigo 36, §3º, da LDC; e (iv) o CADE não precisa demonstrar a existência de poder de mercado pelos agentes que praticaram infrações por objeto, assim como fica dispensada qualquer tipo de análise da estrutura e condições de mercado”.

<sup>214</sup> Veja-se, nesse sentido, as diversas Notas Técnicas da SG emitidas no contexto de investigações em casos de cartel, em que se dispensa a etapa de definição de mercado relevante, por se entender que o próprio escopo da suposta atuação ilícita dos representados auxiliaria a autoridade a delimitar a área afetada pela conduta. Também é ilustrativo o trecho do voto do Conselheiro João Paulo de Resende no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-71: “Em outras palavras, entendo que, por se tratar de conduta coordenada entre concorrentes, estamos diante de uma conduta ilícita por objeto pela Lei Concorrencial brasileira, da qual basta a prova de acordo sobre variáveis comerciais relevantes para que se conclua pela condenação, sendo outras questões como o dano causado, o tamanho do agente, o grau de imposição etc., considerados na dosimetria da

Marques de Carvalho no Caso SKF. Exemplo desta aparente confusão se encontra na descrição feita pela Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira sobre o mesmo caso em voto emitido mais recentemente<sup>215</sup>:

O voto que inaugurou a divergência e conduziu a decisão da maioria do Plenário pela condenação da SKF tomou uma abordagem intermediária entre regra *per se* e regra da razão, se aproximando da metodologia europeia de inversão de ônus da prova. Isso porque, **embora o voto defenda a categorização da conduta como um ilícito por objeto, houve ponderação quanto ao poder de mercado da SKF**, a avaliação de potenciais eficiências da conduta e a existência ou inexistência de risco anticompetitivo associado. (grifos próprios)

No âmbito do julgamento do Caso SKF, outro voto que jogou luz ao debate sobre metodologias de análise concorrencial em investigação de práticas de fixação de preço de revenda, tendo empreendido ainda esforço adicional no sentido de sistematização do tema, foi o do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo<sup>216</sup>, para quem inexisteria uma dicotomia clara entre as regras *per se* e da razão. Haveria, na verdade, uma escala de presunções absolutas e relativas, cujos extremos seriam, de um lado, a regra *per se*, aproximando a uma presunção de ilegalidade, e de outro, a regra da razão, mais próxima de uma presunção de legalidade, havendo, porém, diversas posições intermediárias. O Direito Concorrencial deveria, assim, lançar mão dessa escala ao examinar o leque de condutas anticompetitivas, implicando diferentes arranjos de

---

multa. Nesse sentido, acredito ser **desnecessária a análise da existência de poder de mercado ou de posição dominante para determinar a condenação (...)** (grifos próprios). Na mesma linha, posicionou-se a Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12: “Em casos como o ora em tela, no qual o objeto da investigação se revela um conluio organizado entre concorrentes cuja única finalidade é elevar artificialmente os preços cobrados do consumidor, tenho que a prova da conduta e de suas especificidades traz consigo automaticamente a demonstração da potencialidade lesiva que a Lei Antitruste brasileira exige para configuração da infração à ordem econômica, **sendo dispensável a análise de outros elementos – como mercado relevante, barreiras à entrada e poder de mercado** – que podem se mostrar necessários na investigação de outros tipos de condutas” (grifos próprios).

<sup>215</sup> Voto proferido no âmbito da Consulta nº 08700.002055/2021-10, que versou sobre política de precificação inteligente desenvolvida pela Ipiranga Produtos de Petróleo S.A..

<sup>216</sup> Nas palavras do Conselheiro: “O que pretendo esclarecer é que, a meu ver, trata-se de um importante equívoco procurar apartar, a partir de suas próprias naturezas, aquilo que normalmente chamamos de regras ‘*per se*’ e ‘da razão’, procurando assim definir contornos específicos, rígidos e únicos para uma e para outra e defender, a partir daí, que o sistema jurídico nacional adota uma e não a outra, ou ambas, ou nenhuma delas no trato das condutas anticompetitivas”. Ele ainda complementa afirmando que tais contribuições seriam “a mais importante tarefa de que este tribunal especializado é incumbido, traduzindo sua missão última que é a de tomar, como dito, operativo e algo mais estável um ramo do direito particularmente árido, principiológico e de difícil operação como é o direito antitruste, especialmente no âmbito do controle de condutas”.

distribuição de ônus da prova compatíveis com o tipo de conduta, sua gravidade e a frequência com que produz efeitos deletérios<sup>217</sup>.

Veríssimo defende que o papel do CADE não é definir qual lado do debate teórico tem razão, em se tratando de uma prática que possui caráter ambíguo, mas decidir como traduzir essa questão em uma política de interpretação e *enforcement* antitruste que se revele em racionalidade para a Administração, justiça para o administrado, e razoabilidade aos incentivos para os agentes do mercado.

Tratando especificamente da prática de fixação de preço de revenda, o Conselheiro também realiza uma análise de direito comparado, perpassando mais de 25 jurisdições<sup>218</sup>, com destaque para a oscilação no posicionamento na prática dos tribunais estadunidenses, o caráter particularmente suspeito com que a legislação europeia e dos países-membro trata tal conduta – com a imposição de ônus da prova ao próprio investigado, ainda que formalmente marcada pela regra da razão –, e a rigorosidade com que diversas outras autoridades antitruste ao redor do mundo analisam a prática, indicando tratar-se de uma restrição *hardcore*. As conclusões dessa revisita vão em dois sentidos: um primeiro, de se perceber que as diferentes jurisdições analisam a FPR dentro de um regime jurídico intermediário entre a ilegalidade *per se* e a legalidade, cabendo à administração provar o contrário; e um segundo, de que não haveria motivos para que o Brasil adotasse um posicionamento diverso.

Inclusive, na sequência, apresenta a questão dentro do contexto brasileiro, relembrando tanto a Resolução nº 20/1999 que, embora indicasse uma análise baseada na “regra da razão cheia” para a investigação de restrições verticais, possuía caráter não vinculante, como a jurisprudência do CADE até então envolvendo casos de práticas restritivas via preços – ou seja, olhando para as condutas de sugestão e de fixação de preços de revenda, rígidos, máximos ou mínimos, inseridas ou não dentro de um conjunto maior de práticas imputadas aos investigados.

---

<sup>217</sup> Como mencionado anteriormente, voto mais recente editado pelo Conselheiro Victor Fernandes (Recurso Voluntário nº 08700.007547/2022-74), ao tratar da prática de exclusividade, trouxe de novo à tona uma proposta de análise que se afasta do binômio entre ilegalidade *prima facie* e análise de efeitos: “Sob essa ótica, os regimes ‘per se’ e ‘regra da razão’ são apenas pontos extremos de uma escala de teses legais que envolvem diferentes regimes de presunção de ilicitude, diferentes alocações de ônus de prova e diferentes standards probatórios que podem ser aplicados pelas autoridades antitruste”. Mais que isso, Victor defende a adoção de testes jurídicos distintos, “[s]e cada prática tem um potencial distinto de gerar danos à concorrência”.

<sup>218</sup> No voto, foram analisados os tratamentos conferidos à FPR nas seguintes jurisdições: Estados Unidos, União Europeia, Áustria, Bélgica, França, Alemanha, Irlanda, Itália, Espanha, Reino Unido, Lituânia, Bulgária, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Grécia, Hungria, Portugal, Romênia, Eslováquia, Austrália, Canadá, China, Colômbia, Israel, Japão e Coreia.

É também analisada a proposta de adoção de uma escala de presunções à luz do ordenamento pátrio, argumentando-se pela compatibilidade com a Lei nº 8.884/94 (vigente à época da conduta) em razão da expressa dualidade de “categorias de condutas” que configuram infração à ordem econômica: por objeto – que o Conselheiro interpreta como sendo aquelas que têm por propósito principal a restrição à concorrência – e em seus efeitos – compreendida como atos que restringem a competição de maneira indireta e acessória.

Neste ponto, importante notar que, ao mesmo passo em que o voto discorre sobre a configuração de uma única escala gradual, o que decorreria da percepção de que análise *per se* e regra da razão não são distintas em essência, e sim em grau – não denotando categorias rígidas, opostas e estanques, mas “uma mesma tentativa de adaptar a regra da razão (exigência de irrazoabilidade para a detenção de condutas anticompetitivas) a circunstâncias muito diferentes umas das outras” –, ao analisar o regime jurídico da legislação concorrencial pátria, indica haver práticas infrativas de naturezas distintas – por objeto e por efeitos.

Isso revela que, mesmo no extenso voto apresentado por Marcos Paulo Veríssimo, que em muito colaborou para a questão ora debatida, não se vê uma distinção precisa entre as particularidades de cada um dos pares dicotômicos, adotando-se a ideia de *continuum* da regra da razão, elaborada em vista da jurisprudência norte-americana, à classificação contida na lei brasileira, que privilegia a influência europeia. Ao buscar endereçar a pergunta “existem ilícitos *per se* no Brasil?”, Veríssimo deixa entender que não se tem clareza sobre o que se entende por *per se* em nosso país, respondendo afirmativa ou negativamente a depender de seu significado. Em todo caso, extrai-se que toda e qualquer conduta anticompetitiva, para ser objeto de punição pelo CADE, deve necessariamente ser irrazoável (embora não haja óbices para que irrazoabilidade seja presumida).

A conclusão, para o Conselheiro, é de que a interpretação mais sensata para a definição sobre qual a categoria adequada para restrições verticais seria a de se distinguir entre aquelas baseadas em preços e as que afetam outros elementos da distribuição – e, entre as primeiras, caberia o uso de uma presunção de ilicitude às que estabelecessem a imposição (em contraposição à mera sugestão) de preços fixos ou mínimos (e não máximos). Essa presunção seria uma expressão da incidência da regra da razão, e não uma ilegalidade *per se* e funcionaria de acordo com as seguintes etapas:

## QUADRO 7 – METODOLOGIA PROPOSTA PELO CONSELHEIRO VERÍSSIMO NO CASO SKF

Etapa	Ônus probatório
1. Ocorrência material do fato: ato ou acordo, tácito ou expresso, de determinação de preços ou margens mínimas de revenda	Autoridade concorrencial
2. Inexistência de poder de mercado unilateral ou coordenado	Investigado
3. Existência de meios menos restritivos para se alcançar as eficiências pretendidas	Investigado
4. Eficiências superam os riscos concorrências	Investigado
5. Repasse de benefícios ao consumidor	Investigado

Fonte: elaboração própria a partir do voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Caso SKF

Neste caso em concreto, votou pela condenação da SKF, em vista de a empresa deter poder de mercado suficiente conforme a presunção legal de 20% de participação de mercado, de não terem sido demonstradas, por parte da empresa investigada, qualquer tipo de eficiência não atingida por meios menos restritivos e pelo fato de a iniciativa pela fixação de preços ter partido dos distribuidores, acompanhando o voto de Vinicius Marques de Carvalho.

Em resumo, a profundidade e o rigor técnico empregados no esforço de sistematização do tratamento conferido por diferentes jurisdições e de sua interpretação à realidade brasileira, bem como a preocupação com que a solução proposta se preste a ser operativa (possibilitando à Administração desenhar políticas de *enforcement* antitruste a partir de escolhas pragmáticas), orientativa (aos administrados) e progressiva (que avance a partir das decisões de novos casos)<sup>219</sup>, são valiosas contribuições do julgamento do Caso SKF ao debate acerca das metodologias de análise de condutas anticompetitivas no Brasil.

Por outro lado, até mesmo pelo caráter paradigmático da decisão, o Caso SKF foi alvo de críticas por parte da comunidade antitruste brasileira, das quais destacam-se duas que mais

---

<sup>219</sup> O seguinte trecho constante do voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo sintetiza tais preocupações: “Ausente uma verdadeira e efetiva orientação jurisprudencial anterior acerca do tema, é a partir deste caso (e dos próximos casos que chegarem ao Conselho versando efetivamente a fixação de preços fixos ou mínimos de revenda) que se irá construir uma jurisprudência capaz, de fato, de servir de orientação aos jurisdicionados”.

interessam ao tema discutido neste trabalho: a extensão da presunção de ilegalidade aplicada e o nível de segurança jurídica garantido.

Quanto ao primeiro ponto, CRISTOFARO defende não ser possível considerar ilícita uma conduta sem se demonstrar os efeitos reais ou potenciais líquidos negativos da conduta investigada sobre o mercado, demonstração essa que caberia ao CADE, enquanto autoridade administrativa responsável pela aplicação da penalidade<sup>220</sup>. É também ilustrativa a explicação de PASCHOALINI:

Mesmo em jurisdições que conferem tratamento jurídico mais rigoroso para práticas dessa natureza, como é o caso da União Europeia, as autoridades procuram demonstrar a potencialidade de dano à concorrência, por meio da análise das condições estruturais do(s) mercado(s) afetado(s) pela prática e do poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos: atribui-se, ao investigado, o papel de demonstrar que a prática pode produzir eficiências econômicas e trazer benefícios ao consumidor que não poderiam ser alcançados de outra forma. No CASO SKF, o CADE foi além e atribuiu, à empresa investigada, o ônus de provar que não detinha poder de mercado suficiente para pôr em risco à concorrência<sup>221</sup>.

Em outras palavras, caso seja admitida a ideia de espectro de presunções de licitude e de ilicitude dentro do contexto legal brasileiro, é necessário que se tenha clareza sobre quais delas são possíveis e, mais que isso, pertinentes ao *enforcement* antitruste nacional.

É também nesse sentido que MARRARA, ao elaborar estudo destinado a apresentar parâmetros para a superação da insegurança jurídica no Direito Administrativo da Concorrência, afirma que considerar puníveis algumas práticas mais graves a despeito da comprovação dos efeitos nocivos ou a potencialidade de sua ocorrência representa postura indevida do CADE, que prescindiria de suporte normativo, servindo apenas para aliviar seu ônus probatório. Isso porque a lei concorrencial brasileira se baseia na valorização do dano, não havendo que se falar em comportamento por si só infrativo ou de dano presumido, o que decorreria de interpretação distorcida do tipo do art. 36 da Lei nº 12.529/11. Para o autor, o

---

<sup>220</sup> CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. A Categorização dos Ilícitos Concorrenciais e o Direito Concorrencial Brasileiro. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018. p. 966.

<sup>221</sup> PASCHOALINI, Ana Paula. Fixação e Sugestão de Preços de Revenda: Principais Efeitos Concorrenciais e Distribuição do Ônus de Prova. *Revista do IBRAC*, vol. 22, n. 2, 2016, p. 63

incremento da eficiência administrativa não pode se dar às custas da invenção de infrações não previstas em lei<sup>222</sup>.

Ainda sob o aspecto de segurança jurídica, em que pese a busca de se estabelecer uma orientação mais clara aos administrados sobre quais serão as condutas mais rigorosamente investigadas e punidas pela autoridade, é relevante observar que a decisão do Caso SKF foi inovadora, evidenciando uma ruptura em relação à análise empreendida pelo CADE até então. Esse fator levou à judicialização do caso, sendo que, em 2015, foi proferida sentença de primeiro grau da Justiça Federal do Distrito Federal favoravelmente à SKF, sob o argumento de que a decisão da autoridade concorrencial feria o direito da empresa à segurança jurídica em decorrência da mudança brusca de posicionamento.

#### (ii) *Casos posteriores*

Entre 2013 e 2015, foram analisados pelo Tribunal do CADE processos administrativos que investigaram, em desfavor da Shell Brasil Ltda. e de seus executivos, acusações de prática anticoncorrencial consistente na fixação de preço de revenda de combustível e influência de adoção de conduta uniforme, nas cidades paulistas de Marília e Bauru (Processo Administrativo nº 08012.011042/2005-61) e de São Carlos (Processo Administrativo nº 08012.004736/2005-42).

A prática investigada versava sobre política de sugestão – associada a ameaças de retaliação – de preço de revenda de combustível a postos de gasolina embandeirados, com os quais a Shell mantinha contrato de franquia ou de locação de ativos para desenvolvimento da atividade de revenda, sendo entendido que a própria utilização desses instrumentos contratuais seria uma forma de coação dos revendedores para seguirem decisões tomadas por distribuidores, restringindo a autonomia da vontade dos postos. Sem adentrar nos pormenores de cada um dos julgamentos, importante destacar que, nos dois casos, houve divergência quanto à metodologia de análise a ser aplicada, com consequências ao resultado final da investigação, conforme se depreende dos quadros a seguir<sup>223</sup>:

---

<sup>222</sup> MARRARA, Thiago. Infração contra a ordem econômica: parâmetros para a superação da insegurança jurídica no direito administrativo da concorrência. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018. p. 938.

<sup>223</sup> Vale a ressalva de que, em ambos os casos, foi feita uma distinção entre a prática de fixação de preço de revenda e de influência à adoção de conduta comercial uniforme, que seria mais ampla e se daria para além da primeira,

**QUADRO 8 – ANÁLISE DOS VOTOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.011042/2005-**

61

<b>Conselheiro(a)</b>	<b>Metodologia adotada à FPR</b>	<b>Conclusão</b>
Marcos Paulo Veríssimo	-	Arquivamento (por prescrição)
Alessandro Octaviani	Pelo objeto <sup>224</sup>	Condenação
Eduardo Pontual Ribeiro	Análise de efeitos (ausência de posição dominante)	Arquivamento em relação à FPR / Condenação por influência à adoção de conduta uniforme
Márcio de Oliveira Júnior (voto vencedor)	Regra da razão, com inversão do ônus da prova <sup>225</sup>	Condenação
Ana de Oliveira Frazão	Não se posicionou <sup>226</sup>	Condenação

Fonte: elaboração própria.

identificando-se não apenas a imposição de preços aos agentes subordinados à empresa investigada, mas também a capacidade de incitar agentes do mercado como um todo. A Conselheira Ana Frazão resume que a influência à conduta uniforme é “mais ampla do que a FPR, pois, além da inexigência da relação vertical e da coação, pode se consubstanciar de outras formas que não apenas pela fixação de preços, como o incentivo à divisão de mercados, a instigação de boicotes a concorrentes, etc”.

<sup>224</sup> Octaviani afirma que sua análise se baseia no espectro de presunções definido pelo Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Caso SKF, de modo que recairia, sobre a fixação de preço de revenda, uma presunção relativa quanto à sua ilicitude. A construção do voto sobre esse ponto, no entanto, parece ir além da reprodução do julgamento anterior. Para o Conselheiro Alessandro Octaviani, o representado teria a oportunidade de demonstrar que “a restrição vertical atribuída a seu comportamento seria mera conduta acessória, necessária, proporcional e essencial ao atendimento de um objeto principal lícito”. Em se provando isso, o processo passaria a ser investigado por uma análise de efeitos e não pelo objeto.

<sup>225</sup> Márcio de Oliveira Júnior aponta que adotará a regra da razão para a análise da FPR a partir de um ponto de vista conservador, muito embora reconheça a divergência jurisprudencial quanto à adoção da regra *per se* ou da regra da razão e, por conseguinte, a vertente econômica que utiliza o padrão *per se*.

<sup>226</sup> Ana de Oliveira Frazão entendeu que, no caso concreto, em vista do conjunto probatório produzido, sequer seria necessário invocar a inversão do ônus da prova. De acordo com a então Conselheira: “Isso é suficiente para que eu acompanhe as conclusões dos votos dos Conselheiros mencionados, sem precisar me posicionar, neste momento, quanto ao fato de a fixação de preço de revenda estar sujeita à regra *per se* ou à regra da razão”.



**QUADRO 9 – ANÁLISE DOS VOTOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.004736/2005-**

42

<b>Conselheiro(a)</b>	<b>Metodologia adotada à FPR</b>	<b>Conclusão</b>
Alessandro Octaviani	Pelo objeto	Condenação pela prática de FPR e de influência à adoção de conduta comercial uniforme
Eduardo Pontual Ribeiro	Análise de efeitos (ausência de posição dominante)	Condenação apenas pela prática de influência à adoção de conduta uniforme
Márcio de Oliveira Júnior	Regra da razão, com inversão do ônus da prova	Condenação apenas pela prática de influência à adoção de conduta uniforme (em vista da ausência de coercitividade na FPR)
Ana de Oliveira Frazão (voto vencedor)	Análise de efeitos	Condenação apenas pela prática de influência à adoção de conduta uniforme (em vista da ausência de coercitividade na FPR)

Fonte: elaboração própria.

O voto da Conselheira Ana Frazão no primeiro caso deixa claro quais foram os pontos de divergência e de convergência dos Conselheiros Alessandro Octaviani Luis e Márcio de Oliveira Júnior, ao afirmar que, embora cada um tenha partido de premissas distintas, ambos acolheram o efeito de inversão de ônus da prova.

Posteriormente ao julgamento dos casos envolvendo a Shell, a fixação de preço de revenda voltou a ser objeto de análise do CADE, não no âmbito de investigação de práticas potencialmente anticompetitivas, mas na forma de consultas direcionadas ao Conselho. Isso, por si só, já aponta para uma consequência interessante da perspectiva de *enforcement*: um aumento do número de agentes econômicos que optaram por questionar a autoridade sobre a viabilidade de práticas envolvendo o estabelecimento de preços, antes de implementá-las. Não se observa a utilização do instrumento de consulta na mesma quantidade para outras condutas,

especialmente para aquelas que não tenham sido apontadas como ilícito por objeto em julgamentos anteriores.

Em 2018, a empresa Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda., atuante no mercado de reposição de pneus, formulou consulta ao CADE acerca de sua política de preços mínimos anunciados (Consulta nº 08700.004594/2018-80). O Relator, Conselheiro Paulo Burnier, sobre a metodologia de análise, destacou que tal debate tem relevância teórica, mas que, do ponto de vista prático, mais de aproximaria de uma discussão sobre *standards* probatórios e regimes de presunção de dano, tendo optado pelo exame da conduta objeto da consulta seguindo o que chamou de “abordagem geral de restrições verticais”, consistente em três etapas: (i) aferição da existência de poder de mercado; (ii) exame de potenciais efeitos negativos; e (iii) avaliação das eficiências. Concluiu pela licitude da conduta em razão da inexistência de poder de mercado pela empresa, da unilateralidade da política, tendo sido desenvolvida exclusivamente pela Continental, e não em conjunto com os revendedores, e da ausência de discriminação entre os revendedores que são afetados pela política de preços mínimos.

Já em 2021, foi a vez da Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. indagar sobre a conformidade concorrencial da implementação de sistema de precificação inteligente, desenvolvido unilateralmente pela empresa, por meio do qual seriam sugeridos preços máximos de revenda individualizados aos revendedores que operam sob sua bandeira (Consulta nº 08700.002055/2021-10). Na análise da Conselheira Relatora, Paula Farani de Azevedo Silveira, por se tratar de sugestão – não fixação ou imposição – de parâmetro máximo – não fixo ou mínimo –, a prática não suscitaria riscos concorrenciais significativos e, como restrição de natureza vertical, não configuraria um ilícito por objeto, atraindo para si uma presunção de licitude concorrencial e submissão à análise pela regra da razão. A estratégia comercial foi tida como lícita, mesmo no cenário conservador em que se considerou a Ipiranga como detentora de posição dominante.

No mesmo ano, foi ainda julgada uma consulta formulada pela Sociedade Michelin de Participação Indústria e Comércio Ltda. (Consulta nº 08700.004460/2021-64), empresa também presente no mercado de reposição de pneus automotivos – e, portanto, concorrente da Continental – sobre sua própria política de preços mínimos a serem anunciados pelos seus revendedores em materiais de publicidade. Este caso, porém, gerou maiores debates no Tribunal, tendo os Conselheiros chegado a conclusões distintas: com base no voto do Presidente

Alexandre Cordeiro Macedo, a conduta se encontra em conformidade concorrencial, em vista da jurisprudência do CADE<sup>227</sup> e dada a ausência de poder de mercado da consulente; Paula Farani de Azevedo Silveira, relatora do caso, defendeu a legalidade da prática, porém com ressalvas sobre o alcance da resposta do CADE à Consulta, defendendo que não se aplicaria para ofertas realizadas em canais *online*; o voto vencedor, do Conselheiro Luis Braidó, concluiu pela impossibilidade de ateste da licitude concorrencial da política da Michelin. Isso porque, segundo o Conselheiro, o objetivo da política estaria na garantia de margem de lucro dos revendedores, levando ao aumento dos preços (potencial efeito anticompetitivo) e não teria havido comprovação de que as eficiências seriam repassadas aos consumidores finais ou de que não existiam meios menos restritivos de alcançá-las.

Como se observa, apesar das distintas posições, os votos dos três conselheiros, mesmo destacando experiências internacionais que trataram as condutas de restrição via preço (FPR, preços sugeridos e preços anunciados) como *per se* ou com presunção inicial de ilicitude, foram pautados no método de análise da regra da razão. Porém, observação apresentada pelo voto vencedor revela se tratar de “uma prática que, em muitos aspectos, se assemelha a ilícitos concorrenciais considerados gravíssimos, criando o enorme ônus de se comprovar a ausência de efeitos da prática ou ainda a presença de efeitos benéficos à concorrência”.

Também merece destaque a discussão sobre a obrigatoriedade de a agência antitruste manter isonomia com processo anterior extremamente similar (no mesmo mercado, tendo como objeto a mesma prática e sendo ambos agentes detentores de participação de mercado inferior a 20%), mas que obteve resultado distinto – o caso Continental. Para o Conselheiro Braidó, tal argumento deveria, na verdade, ser considerado em desfavor da consulente já que, levando-se em conta a participação conjunta das duas empresas, os impactos negativos ao mercado e ao consumidor seriam maiores.

A decisão, inclusive, determinou a reavaliação da primeira consulta, abrindo margem para grande insegurança jurídica. Embora não tratando diretamente do tema de metodologias de análise, observa-se uma afronta à estabilidade das decisões do CADE, especialmente no âmbito do instituto da consulta, que tem por objetivo justamente dar mais transparência aos administrados.

---

<sup>227</sup> Nos termos do voto: “Com efeito, é imprescindível ressaltar que divergir de precedentes anteriores, inaugurando um entendimento distinto com relação ao que foi historicamente adotado por esta Autarquia, não é uma iniciativa que deveria ser tomada em sede de Consulta, sendo, portanto, indesejável que o caso em tela seja uma oportunidade para a adoção deste entendimento inaugural”.

Logo, tendo em vista os diferentes posicionamentos adotados sobre padrões de análise em relação à conduta de FPR, tendo como ponto de partida as discussões travadas no paradigmático Caso SKF, mas que ainda geram opiniões diversas de Conselheiros (resultando em desfechos conflitantes) até os dias atuais, mais uma vez se percebe a dificuldade em se traçar limites claros sobre as etapas a serem percorridas e presunções aplicáveis à avaliação de tipos específicos de práticas anticompetitivas.

### **3.6. Uma terceira conclusão: é possível extrair dos casos analisados um significado propriamente brasileiro para as metodologias aplicadas na investigação de condutas anticompetitivas pelo CADE?**

O diagnóstico apresentado nas seções anteriores permite afirmar que a resposta a esta questão é negativa, tanto quando se foca na avaliação das interpretações dadas pelo Tribunal e pelos demais órgãos que compõem o CADE aos conceitos aqui discutidos, como quando se volta à sua aplicação prática aos diferentes tipos de conduta. Apenas caberia sustentar que existe um significado brasileiro que seja distinto das noções estabelecidas nos Estados Unidos e na Europa caso houvesse uma interpretação coesa e consistente pela prática da autoridade nacional. Há, no entanto, uma proeminente dificuldade em se achar essa coerência, que muitas vezes revela somente referências esparsas e desconexas às metodologias estrangeiras.

Isso fica claro ao se analisar no detalhe o tratamento atribuído a cada uma das práticas que se encontram no que se chamou de “zona cinzenta”. O quadro a seguir apresenta uma síntese dos padrões analíticos aplicados (ou os quais se cogitou adotar) ao longo dos últimos 10 anos em processos administrativos instaurados perante o órgão concorrencial brasileiro.

**QUADRO 10 – POSSÍVEIS METODOLOGIAS A SEREM UTILIZADAS NA INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS DA ZONA CINZENTA**

<b>Prática</b>	<b>Metodologias adotadas e/ou sinalizadas</b>
Cartel difuso	<i>Per se</i> , pelo objeto e regra da razão
Cartel de compra	Pelo objeto (com análises de efeitos e poder de monopsonio)
Cartel de exportação	Regra da razão
Troca de informações sensíveis	Ilícito pelo objeto, regra da razão truncada
Negociação coletiva	Pelo objeto, regra da razão
Tabelamento de preços	<i>Per se</i> , pelo objeto e regra da razão
Fixação de preço de revenda	Pelo objeto, regra da razão, regra da razão truncada

Fonte: elaboração própria a partir da análise dos casos destacados no item 3.5.

Além das práticas indicadas no Quadro 10, aprofundadas neste estudo, pode-se mencionar ainda outras condutas em relação às quais a autoridade já se posicionou no sentido de aventar a possibilidade de adoção de um teste legal específico, que se aproximam de uma regra da razão estruturada, tal como a exclusividade e a cláusula de raio.

O que se nota é que mesmo práticas conhecidas, sobre as quais a autoridade já se debruçou em diversas oportunidades, continuam sendo objeto de discussão sobre a forma de análise que se deve percorrer para verificar sua regularidade concorrencial<sup>228</sup>. Esse cenário não é, em nada, positivo, já que compromete não só a segurança jurídica, pela ausência de clareza sobre como distinguir entre condutas lícitas e ilícitas, mas também a eficiência administrativa, valor que, justamente, se busca proteger. Isso porque, dada a falta de critérios estabelecidos, os exames realizados pelos órgãos concorrenciais acabam, muitas vezes, demandando significativo empenho para justificar a “escolha” por um ou por outro método, ou pela adoção de uma presunção sem embasamento empírico anterior. Assim, a análise acaba se afastando do caso concreto, da conduta objeto da investigação, impondo maiores esforços e recursos do CADE.

Isso não quer dizer, porém, que o Direito Concorrencial é imune a mudanças de posicionamento por parte dos julgadores. No entanto, tais transformações devem ser revestidas de um caráter evolutivo, que revelem um avanço para atualização ou aprofundamento das reflexões, mas não pendular ou até mesmo circular, por mera divergência sobre o padrão a ser adotado. Daí porque se faz importante a sinalização ampla ao mercado sobre os entendimentos e formas de análise da autoridade, previamente à aplicação de uma presunção que possa vir a prejudicar o investigado.

Não se admite, portanto, que uma inovação acerca do método de análise aplicável a dada conduta seja fixada no âmbito do julgamento de um caso concreto. É precisamente nesse ponto que deveria residir a crítica ao Caso SKF, devido à decisão de se promover uma mudança brusca de jurisprudência, em prejuízo à segurança jurídica. Mas, importante dizer, não é por isso que as discussões travadas pelo Tribunal no âmbito deste caso sobre as metodologias de

---

<sup>228</sup> Não se pode deixar de destacar, no entanto, que também se observam alguns avanços na prática antitruste brasileira. É o caso da percepção de que a evolução jurisprudencial importa e deve ser levada em conta para a definição do método a ser aplicado a condutas do mesmo tipo, o que contribuiria para maior previsibilidade e estabilidade das decisões.

análise merecem ser desconsideradas. Ao contrário, representaram um significativo avanço no estudo sobre o tema e na busca de uma sistematização coerente com a realidade brasileira. Ao debate ali iniciado, porém, não foi dada sequência e aprofundamento.

O resultado apresentado no diagnóstico indica não só uma falta de clareza na adoção de cada tipo de metodologia (não se permitindo nem mesmo extrair um significado local para os termos estrangeiros), como também leva a respostas da autoridade antitruste dissonantes entre si – sendo talvez o Caso Unidas o principal exemplo prático do problema gerado, abrindo uma disputa judiciária sobre decisões divergentes do Conselho, ao lado também das consultas recentes sobre FPR, decididas de formas distintas para Continental e Michelin, ensejando a reavaliação da primeira.

Ainda que fosse possível ignorar por completo as origens das expressões e atribuir a elas significação local – o que, por si só, já causaria alguma confusão, indo na contramão de uma convergência internacional –, não se vislumbra essa hipótese ao se estudar a prática judicante do CADE. A interpretação mais adotada nas investigações promovidas pela autoridade nacional é a de que as regras *per se* e pelo objeto são coincidentes, ora adotando a aceção estadunidense, ora a europeia, mas quase exclusivamente olhando-se sob o prisma dicotômico.

Outra questão que aparece com certa frequência nos posicionamentos dos Conselheiros do CADE é a utilização do mecanismo de inversão do ônus da prova, tanto quando se afirma seguir a análise pelo objeto, como também quando se diz utilizar a regra da razão, a exemplo do quanto defendido pelo Conselheiro Marcio de Oliveira Junior, nos casos envolvendo cláusula de raio e FPR. Com isso, percebe-se que, ainda que se defenda adotar uma ou outra metodologia, o apoio a presunções se faz presente nas análises do CADE.

Contudo, dada a ambiguidade de efeitos que se podem produzir a partir de uma certa conduta e, ainda, a amplitude de práticas cobertas para vedação a atos anticompetitivos, presunções genéricas sobre os potenciais efeitos gerados tendem a ser de pouca utilidade. O mais acertado seria identificar os elementos específicos de cada tipo de conduta, para então, estabelecer quais presunções podem ser assumidas, partindo sempre da jurisprudência construída.

Mais uma vez, faz-se a ressalva, já expressa neste estudo, que é sabido que a tarefa de definir hermeticamente os tipos de conduta é árdua, em razão das diferentes formas que podem

assumir, sendo esse, inclusive, o motivo pelo qual a estrutura normativa da LDC estabeleceu uma tipologia aberta. Mas existem práticas em relação às quais não só há extensa literatura em volta de sua teoria econômica, como também já se acumulou relevante experiência decisória. Sobre essas, é possível aplicar presunções específicas para guiar a avaliação sobre sua regularidade concorrencial.

Essa situação não está distante do que já se observa na prática. Critérios nesse sentido foram criados para condutas de troca de informações sensíveis (conforme Nota Técnica da SG no Caso RH<sup>229</sup>) e fixação de preços de revenda (em referência à distinção entre preços fixos, mínimos e máximos). Ainda mais evidente foi o formato de análise construído pela SG em relação à cláusula de raio, definindo padrões em relação a cada um dos fatores relevantes para a avaliação, determinando se são presumidamente lícitos, presumidamente ilícitos ou se deveria ser seguida uma regra da razão completa.

Dessa forma, é possível também superar outras interpretações bastante comuns, porém equivocadas, sobre a aplicação das metodologias de análise de condutas anticompetitivas. A começar pela ideia de que realizar uma análise de efeitos (ou eximir-se de fazê-la, com base na presunção estabelecida em função do objeto da conduta) equivale a apurar a existência de posição dominante por parte do potencial infrator – e, em particular no caso brasileiro, a detenção de participação de mercado que supere o percentual de 20%. Analisar os efeitos da conduta não se resume a definir se a prática depende ou não de poder de mercado para gerar danos concorrenciais. Com o estabelecimento de métodos próprios por condutas, permite-se determinar quais práticas demandam que a parte detenha dominância para que resulte em efeitos negativos e quais prejudicam a concorrência independentemente da posição do agente potencialmente infrator em seu mercado de atuação.

De igual modo, as classificações que definem as práticas anticoncorrenciais em colusiva e unilateral, ou ainda em horizontal e vertical, apesar de possuírem, cada uma delas, sua utilidade e relevância na identificação dos potenciais efeitos gerados e teorias do dano cabíveis, não se confundem com as distinções feitas quanto às metodologias de análise. Isso porque partem de critérios definidores diferentes e, ainda que possam muitas vezes ser coincidentes, são mais amplos e permitiram atribuir apenas presunções que, aplicadas de forma

---

<sup>229</sup> Vale a nota de que, embora a SG tenha buscado estabelecer as condições que tornariam o compartilhamento de dados sensíveis um ilícito pelo objeto, o fez com base no entendimento da doutrina e das autoridades concorrenciais ao redor do mundo sem, contudo, haver em relação à prática jurisprudência nacional relevante que permitisse adotar presunções em relação a esses critérios.

genérica, podem levar a resultados erráticos – que, por tudo o que se viu, devem ser evitados para que se construa uma política concorrencial brasileira consistente, juridicamente segura e eficiente.



## CONCLUSÃO

As metodologias de análise aplicadas à investigação de condutas supostamente anticompetitivas e os diferentes graus de presunção de licitude ou ilicitude que podem (ou devem) ser utilizadas no julgamento desses casos são questões que não encontram uma resposta única. Os métodos (e as premissas que os fundamentam) se diferenciam entre as duas jurisdições referência para o antitruste mundial, não sendo possível conciliar a perspectiva estadunidense e a europeia.

Nos Estados Unidos, os padrões tradicionais, regra *per se* e regra da razão, são resultado de uma evolução jurisprudencial a partir da percepção de que o Sherman Act possuía abrangência exageradamente ampla. Convencionou-se, assim, separar as condutas que, embora pudessem representar algum grau de restrição à concorrência, também gerariam benefícios à competição e ao bem-estar do consumidor (em relação às quais deveria ser dada interpretação restritiva, ponderando-se pelo critério de razoabilidade), daquelas que sempre implicarão restrição não razoável da concorrência (aplicando-se a elas a regra da proibição). A conceituação atribuída a cada uma delas, porém, variou ao longo do tempo, afastando-se de uma visão inicial dicotômica para a abertura a posições intermediárias, dentre elas, o *quick look*, a ideia de *continuum*, a regra da razão estruturada e o estabelecimento de zonas de conforto. Não há, entretanto, uma linha clara que as distingam entre si, sendo conceitos ainda em construção, e havendo correntes atuais que defendem a criação de regras tendentes a dar tratamento *per se* a um número maior de tipos de condutas.

Na Europa, o desenvolvimento das metodologias por objeto e por efeitos decorre da interpretação do texto legal, que utilizou ambos os termos para definir acordos que podem configurar ilícitos concorrenciais, conforme art. 101(1) do TFEU. Na prática, essa distinção também nem sempre é inteligível, demandando tanto uma análise em abstrato, para verificar se a conduta se enquadra na categoria de restrições por objeto, como uma análise em concreto, sobre o contexto jurídico e econômico que a envolve. Em todo caso, sempre é possível, ao investigado, defender a não aplicabilidade da caracterização da infração em razão do cumprimento dos requisitos cumulativos do art. 101(3), baseados em critérios de eficiência e justificativas econômicas. O mesmo se aplica às práticas de abuso de posição dominante, vedadas pelo art. 102 do TFEU, muito embora não se encontre, no dispositivo legal, referência ao objeto da conduta. O sistema europeu ainda se destaca pela adoção de isenções em bloco, constituindo *safe harbors*, e pelo recurso a presunções, que são expressas em guias, notas e

regulamentos, documentos orientativos de que se vale a Comissão Europeia para esclarecer e sinalizar ao mercado os parâmetros usualmente adotados na análise dos diferentes tipos de condutas potencialmente anticompetitivas.

Dessa forma, analisando-se os casos europeu e estadunidense, percebe-se que, nem mesmo dentro de um único sistema, com todas as suas peculiaridades, alcançou-se a clareza desejada para tornar mais fácil a atividade da autoridade antitruste, ao mesmo tempo em que atenda devidamente às demandas por sua função de proteger o mercado de atos anticoncorrenciais. Isso só evidencia a complexidade da questão, em vista da ambiguidade dos efeitos produzidos por práticas comerciais. Daí porque emergiram abordagens intermediárias, que buscam fixar a conduta analisada em um ponto de um espectro de presunções.

No Brasil, essas definições se tornam ainda mais meandrosas em decorrência da transposição acrítica das perspectivas estrangeiras, simultaneamente, misturando-se e confundindo-se. Por isso, também não se entende possível a conciliação entre os métodos aplicados alhures e o arcabouço brasileiro, sendo necessário aprofundar as discussões na busca de uma significação local, à luz da legislação pátria e agenda institucional do CADE, na tentativa de auxiliar na definição da melhor forma de conciliar segurança jurídica, eficiência administrativa e *enforcement*. Embora já tenha havido algum esforço no sentido de se sistematizar a aplicação de regras de análise de condutas anticompetitivas em solo nacional, na prática, ainda se observam imprecisões conceituais e aplicações controversas, o que, em última instância, impacta na decisão final de casos que investigam tais condutas.

Assim, o trabalho objetiva trazer maior clareza na identificação de cada um dos conceitos explorados, não só sob a perspectiva técnica ou teórica, mas também prática, já que a definição da metodologia impacta diretamente no resultado final de um caso concreto e, conseqüentemente, na sinalização ao mercado sobre os parâmetros aceitos pelo CADE quanto à regularidade concorrencial de cada conduta. A noção de metodologia, então, ganha relevância como ferramenta para se atingir um *enforcement* antitruste ótimo, que puna atos que lesem a concorrência ao mesmo tempo em que não desincentive práticas pró-competitivas.

Mas a realidade brasileira aparenta estar ainda muito distante de alcançar uma consolidação conceitual coerente, sendo razoável concluir que, no estado da arte atual, não se pode extrair, da atividade judicante do CADE, um significado propriamente brasileiro às metodologias de análise. Portanto, são necessários aprimoramentos. Espera-se que o

diagnóstico aqui traçado possa ser útil para a elaboração de propostas para sua adequada aplicação ao contexto nacional.

Na busca por esse sentido próprio, algumas considerações podem ser apontadas. Quanto à interpretação do texto legal brasileiro, a um, de fato, não encontra guarida a defesa da aplicação de uma regra *per se* – ao menos não em seu significado original proveniente da prática estadunidense; a dois, a dualidade expressa pelo emprego da conjunção alternativa no *caput* do art. 36 parece indicar complementariedade, podendo significar “e/ou”. Ademais, importante reconhecer que o uso dos termos coincidentes com a terminologia atualmente utilizada para designar as metodologias de análise, na letra da lei, não implica automaticamente que o artigo está pré-definindo duas formas analíticas. Ao contrário, se bem compreendidos, “objeto” e “efeitos” na lei concorrencial brasileira são empregados como requisitos de definição da infração à concorrência em si.

Se mantida uma visão simplesmente dicotômica, não seria demais afirmar que a análise de efeitos, enquanto regra procedimental, é secundária (ou mesmo subsidiária) à metodologia pelo objeto<sup>230</sup>, no sentido de que a primeira questão a se definir na avaliação concorrencial de dada conduta deve ser se possui ou não objeto ilícito e, portanto, quais critérios e presunções se aplicam a esta análise.

Sob esse aspecto, volta-se à ideia de metodologia como técnica procedimental, determinando a sequência de etapas previamente estipuladas a ser seguida na análise. Uma forma possível de se interpretar os padrões analíticos de casos antitruste é constatar que, em verdade, o método de análise concorrencial é uno, já que, mesmo no caso de uma abordagem por efeitos, é necessário superar, como ponto de partida, a não configuração de uma restrição por objeto. O que se tem, porém, são etapas que podem ser suprimidas na hipótese de identificação de uma conduta restritiva pelo objeto. Em todo caso, é imprescindível que qualquer definição sobre o caminho que se vai percorrer seja estabelecida no início da investigação, mas nunca se deslocando para a fase de convencimento da autoridade.

Em nada obstante, não se vislumbrou, no presente estudo, elementos que justifiquem descartar um tratamento não dicotômico à investigação de condutas potencialmente

---

<sup>230</sup> O caráter subsidiário da análise de efeitos não pode se confundir com a ideia de regra e exceção, como usualmente conhecida. Dada a dificuldade de se estabelecer o objeto anticompetitivo da conduta *a priori*, ainda que se demande uma primeira etapa destinada a fixar esse entendimento, haja vista as consequências práticas e desdobramentos a partir dessa definição, a regra geral (no sentido de ser a metodologia que deverá ser aplicada à maioria dos casos investigados) é a análise por efeitos, sendo excepcionais as situações em que se pode presumir, com destacado grau de certeza, a ocorrência de efeitos líquidos negativos decorrentes da prática investigada.

anticompetitivas no Brasil, considerando os aspectos gerais abordados neste estudo sobre o sistema jurídico e seus fundamentos basilares, o texto legal (incluindo seu processo de formulação e justificação) e normas infralegais complementares. Isto é, podem ser admitidas formas intermediárias, sem se valer unicamente dos pares dicotômicos e, mais que isso, sem aproximá-los ou equipará-los, respeitando ao menos as diferenças de cada uma das jurisdições e as particularidades locais.

Voltando-se ainda à agenda institucional e ao contexto econômico e social brasileiros, em especial seu estágio de desenvolvimento, também é permitido admitir-se o uso de métodos intermediários, baseados em presunções relativas de ilicitude. Isso porque o balanceamento entre eficiência administrativa e dissuasão de práticas anticompetitivas revela, de um lado, que regras meramente proibitivas podem criar falsos positivos, impactando negativamente o ambiente mercadológico apto a sustentar políticas de desenvolvimento. De outro lado, os recursos das autoridades responsáveis pela investigação de ilícitos são escassos. Ao mesmo tempo, o nível de maturidade da defesa da concorrência no Brasil também se encontra em posição interposta, entre as jurisdições mais desenvolvidas e aquelas verdadeiramente nascentes. Nesse sentido, o CADE, em seu estágio atual, já possui um acúmulo decisório e relevância institucional que possibilitam avançar na construção de metodologias aplicáveis ao cenário nacional.

Em particular, enxerga-se com otimismo a construção de uma regra da razão estruturada para os tipos de conduta há muito conhecidos. Ainda que haja uma miríade de práticas passíveis de serem enquadradas como anticoncorrenciais – e, portanto, de configurarem ilícitos, nos termos do art. 36 da LDC –, sabe-se que os tipos mais comuns (a exemplo das práticas descritas no Capítulo 3, tais como cartel, tabelamento de preços, negociação coletiva e fixação de preço de revenda) são largamente utilizados na literatura e em decisões de matérias antitruste, e que, em relação a eles, já existem teorias formuladas e jurisprudência acumulada que permitiriam dispor de presunções sobre elementos específicos a serem considerados na análise.

Não se encontra, nos fundamentos do antitruste nacional, uma consagração da regra da razão “pura” ou “completa”, que tornasse impositivo ter que percorrer todas as etapas de análise concorrencial em todos os casos de investigação de condutas anticompetitivas. Em outras palavras, pode-se admitir o uso de presunções na aplicação do Direito Concorrencial ao contexto brasileiro, desde que – e isso é importante – seja dada a devida informação aos agentes

de mercado sobre quais são elas e as hipóteses em que podem ser aplicadas, com respeito à evolução jurisprudencial sobre o tema e com suporte na teoria econômica.

Nesse sentido, um regime geral de presunções só se torna sustentável se aos jurisdicionados for dado amplo e claro conhecimento sobre os padrões a serem adotados na avaliação de cada prática. Para tanto, uma classificação e sistematização *ex ante*, por tipo categoria, que seja idealmente formulada e reproduzida como guias oficiais do CADE, refletindo a experiência prévia do órgão, parece o caminho mais apto a atingir os objetivos institucionais e o fortalecimento da política de defesa da concorrência almejados.

As presunções também devem ser sempre relativas, permitindo a possibilidade de defesa dos investigados. É necessária uma estabilidade mínima, visando à preservação de expectativas legítimas de segurança jurídica por parte dos administrados<sup>231</sup>, em especial tendo em vista o efeito prático da adoção de mecanismos de presunções: a distribuição do ônus da prova sobre a demonstração dos efeitos resultantes ao mercado. Ou seja, a classificação do ilícito em categorias e métodos de análise possui significativa relevância na investigação de condutas anticoncorrenciais, na medida em que gera importante consequência jurídica aos investigados e às autoridades. A admissibilidade de inversão do ônus probatório se justifica não pela constatação de hipossuficiência de qualquer das partes ou por obrigação legal, mas em benefício da eficiência administrativa, enquanto valor a ser preservado. Deve, porém, ser interpretada sempre de forma restritiva, impedindo que seja utilizada como forma de conceder à autoridade “carta branca” para uma condenação sem provas.

Para condutas “desconhecidas”, isto é, em relação às quais a autoridade nacional ainda não se debruçou suficientemente a ponto de ser possível inferir os efeitos mais prováveis delas decorrentes, no entanto, mostra-se forçosa a necessidade de se seguir a regra da razão completa. Esse é o caso, por exemplo, do estágio em que se encontram as discussões no CADE sobre troca de informações concorrencialmente sensíveis, como observado no Capítulo 3.

Oportuno pontuar, também, que essa conclusão se torna especialmente relevante no contexto de proliferação de “novas” práticas sob escrutínio das autoridades concorrenciais, usualmente inseridas no âmbito de plataformas e mercados digitais. Se não se enquadram nas categorias já estudadas e se em relação a elas não há jurisprudência relevante que possibilite

---

<sup>231</sup> MENDES, Francisco Schertel. O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: características e especificidades. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2012.

prever os efeitos delas resultantes com elevado grau de certeza, não seria admissível a aplicação de regras baseadas em presunções e, muito menos, de proibição *per se*.

Portanto, na ausência de uma norma expressa sobre a vedação de tais condutas *ex ante*, seguindo-se o devido processo legislativo para tanto, deverão ser avaliados não só os potenciais efeitos anticompetitivos gerados pela conduta (incluindo as etapas usuais, de natureza da conduta e de definição de mercado, suas características e aferição do poder de mercado do investigado), como também as justificativas pró-competitivas, a existência de meios alternativos menos restritos e o balanceamento entre os efeitos benéficos e maléficos à concorrência. Há, na verdade, um ônus maior da autoridade na investigação desses casos.

Dentro dessas condutas inovadoras, podem ser citadas as práticas abrangidas pelo que se tem chamado de “*self-preferencing*”<sup>232</sup> e outras que envolvem a edição de políticas de privacidade com efeito anticompetitivo<sup>233</sup>. Ainda que algumas destas condutas possam ser conhecidas internacionalmente, tendo se construído testes legais e teorias do dano aplicáveis em outras jurisdições, não se pode correr o risco de cometer os mesmos equívocos já notados quando da transplantação dos pares dicotômicos ao Brasil.

É preciso que qualquer análise sobre a regularidade concorrencial de uma dada conduta, tanto em abstrato como em concreto, seja feita considerando as particularidades da legislação, das instituições e do contexto brasileiro, tendo como norte a transparência – para garantir que os agentes econômicos compreendam corretamente os caminhos percorridos pelo órgão julgador para avaliar dada conduta<sup>234</sup> – e a consistência – deixando claro que qualquer presunção apenas poderá ser desenvolvida a partir da constatação, na prática, dos impactos prováveis, com base na experiência acumulada do órgão antitruste.

---

<sup>232</sup> “Dentre outras estratégias comerciais, o conceito [de *self-preferencing*] vem sendo empregado para designar a situação em que uma plataforma digital, operando, por exemplo, um serviço de rede social, um *marketplace*, um serviço de buscas, uma loja online etc., privilegia, de alguma forma, seus próprios produtos ou serviços, ou aqueles de determinados usuários, frente aos de outros que usam sua plataforma”. A correta definição do que pode ser entendido como *self-preferencing*, porém, não é clara, abrangendo atualmente diversas e distintas práticas (usualmente nos mercados de plataformas digitais, mas não só). Ver: BINOTTO, Anna. DELUCA, Patrícia. *Self-preferencing between all and nothing: in search for a definition under Brazilian competition law, 2022* (Submetido para publicação).

<sup>233</sup> Ver, por exemplo: PROENÇA, José Marcelo Martins; BARRIOS, Lucas de Góis. Padrões de privacidade exclusionários e defesa da concorrência. *Revista Consultor Jurídico - Conjur*, 2021.

<sup>234</sup> Nesse sentido, vale mencionar o destaque dado por KOVACIC à transparência como um dos pilares para a classificação de condutas sujeitas à regra *per se* norte-americana: “Decisions that determine what behavior will be treated as illegal *per se* should be explained clearly and honestly. For example, when a court premises its choice of a decisionmaking principle upon positive assumptions about the state of the world, it should specify the bases for these assumptions”. Ver: KOVACIC, William E. *The Future Adaptation of the Per Se Rule of Illegality in U.S. Antitrust Law*. *Columbia Business Law Review*, vol. 33, n. 1, 2021, p. 58.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE UNITED STATES COURTS. The Federal Court System in the United States - An Introduction for Judges and Judicial Administrators in Other Countries, 2016. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federalcourtssystemintheus.pdf>

AHLBORN, Christian. EVANS, David S. PADILLA, A Jorge. The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality. *Antitrust Bulletin*, vol. 49, n. 1/2, 2004. Disponível em: [https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/11/13/219224\\_b.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/11/13/219224_b.pdf)

AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 5, n. 2, novembro/2017, pp. 75-102.

ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. Tese (Doutorado) – Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de civil law e common law. In: DIDIER JR. et al. *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Juspodium, 2013.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência. *Est. econ.*, São Paulo, v. 39, n. 4, p. 737-762, Out.-Dez. 2009.

BARNETT, Thomas O. Competition Law and Policy Modernization: Lessons from The U.S. Common-Law Experience. Presentation to the Lisbon Conference on Competition Law and Economics. Lisboa, 2007. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/competition-law-and-policy-modernization-lessons-us-common-law-experience>.

BARROSO, Luís Roberto. A atribuição de voto duplo a membro de órgão julgante colegiado e o devido processo legal. *Revista do IBRAC – Doutrina, Jurisprudência, Legislação*, vol. 16, n. 1, 2009, pp. 45-74.

BESCHLE, Donald L. What, Never? Well, Hardly Ever: Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to *Per se* Antitrust Illegality. *Hastings Law Journal*, vol. 38, 1987.

BINOTTO, Anna; DELUCA, Patrícia. Self-preferencing between all and nothing: in search for a definition under Brazilian competition law, 2022 (Submetido para publicação).

BORK, Robert H. The Rule of Reason and the *Per Se* Concept: Price Fixing and Market Division, Part II. *The Yale Law Journal*, vol. 75, n. 3, janeiro/1966.

BRAZ DE CASTRO, Bruno. Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 58-94, 2018. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/410>.

BRAZ DE CASTRO, Bruno. Finalidades da Política Concorrencial e Promoção da Rivalidade em Países em Desenvolvimento: Argumentos em Prol de um Foco Renovado no Combate a Abusos de Posição Dominante. *Revista do IBRAC*, vol. 24, n. 1, 2018, pp. 90-136. Disponível em: [https://ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista\\_do\\_IBRAC\\_24\\_N.1-2018.pdf](https://ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista_do_IBRAC_24_N.1-2018.pdf)

BRUNET, Edward. Antitrust Summary Judgment and the Quick Look Approach. *SMU Law Review*, vol. 62, 2009. Disponível em: <https://scholar.smu.edu/smulr/vol62/iss2/4>.

BUCCI, Maria Paula Dallari, Direito Administrativo e políticas públicas. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CARRIER, Michael A. The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect. *Brigham Young University Law Review*, v. 1999, p. 1265-1366, 1999. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=949369](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=949369).



\_\_\_\_\_. The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century. *George Mason Law Review*, vol. 16, n. 827, 2009. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1480440](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1480440).

\_\_\_\_\_. The Four-Step Rule of Reason. *Antitrust – American Bar Association*, vol. 33, n. 2, 2019. Disponível em: <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2019/04/ANTITRUST-4-step-RoR.pdf>.

CARVALHO, Vinicius Marques de. Antitruste Under Pressure: Crises Econômicas e Impactos nas Estratégias de Intervenção. *Revista de Direito Público*, v. 18, n. 98. Brasília, mar./abr. 2021, 806-859.

CAVANAGH, Edward D. Whatever Happened To Quick Look? *University of Miami Business Law Review*, vol. 26:39, 2017. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/umblr/vol26/iss1/4>.

CHOPRA, Rohit. KHAN, Lina. The Case for “Unfair Methods of Competition” Rulemaking. *University of Chicago Law Review*, vol. 87, 2020. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol87/iss2/4>.

CHRISTIANSEN, Arndt. KERBER, Wolfgang. Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “Per se Rules vs. Rule of Reason”. *Marburg Papers on Economics*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2005. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=872694](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=872694).

COPPOLA, Maria. ZANINI, Renato. The European and U.S. Approaches to Antitrust and Tech: Setting the Record Straight – A Reply to Gregory J. Werden and Luke M. Froeb’s Antitrust and Tech: Europe and the United States Differ, and It Matters. *Competition International Policy*, 2020. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-european-and-u-s-approaches-to-antitrust-and-tech-setting-the-record-straight-a-reply-to-gregory-j-werden-and-luke-m-froeb-s-antitrust-and-tech-europe-and-the-united-states-differ/>

CORDOVIL, Leonor. *et al.* Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CORDOVIL, Leonor. SAITO, Carolina. Troca de Informações entre Concorrentes como Conduta Autônoma: Parâmetros de Análise. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018, p. 1097- 1108

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. A Categorização dos Ilícitos Concorrenciais e o Direito Concorrencial Brasileiro. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018.

CROSS, Jeffrey M. A Review of the Treatment of the *Per Se* Rule by the U.S. Supreme Court Over the Last Twenty-Five Years: A Response to Albert Gourley's Proposal to Add a *Per Se* Rule to Canada's Competition Law. *Loyola Consumer Law Review*, vol. 14, 2002.

Disponível em: <http://lawecommons.luc.edu/lclr/vol14/iss4/16>.

DELUCA, Patrícia Serson. Cláusula de Raio em Contratos de Locação por Shopping Centers como Conduta Anticompetitiva. *Revista do IBRAC*, vol. 22, n. 2, 2016, pp. 13-32.

DINIZ, Davi Monteiro. Contra Ilegais Monopólios e Restrições à Atividade Econômica: a Lei Sherman de 1890. *Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 73, 2018, pp. 173-204.

EASTERBROOK, Frank. The Limits of Antitrust. *Texas Law Review*. Vol. 63, n. 1, 1984.

Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2152&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2152&context=journal_articles).

EDWARDS, Lindsey M. WRIGHT, Joshua D. The Death of Antitrust Safe Harbors: Causes and Consequences. *George Mason Law Review*, vol. 23:5, 2016.

EUROPEAN COMMISSION. Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty. OJ C 101, 27.4.2004, p. 97–118 (2004). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52004XC0427%2807%29>.

\_\_\_\_\_. Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. OJ C 45, 24.2.2009, p. 7–20 (2009). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>.

\_\_\_\_\_. Commission Regulation No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union to categories of research and development agreements. Official Journal L 335, 18.12.2010, p. 36 (2010). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32010R1217>.

\_\_\_\_\_. Commission Regulation No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements. Official Journal L 335, 18.12.2010, p. 43 (2010). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32010R1218>.

\_\_\_\_\_. Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. Official Journal C11, 14.1.2011, p. 1 (2011). Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52011XC0114(04)).

\_\_\_\_\_. Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union. Official Journal C 291 30.8.2014 p. 1 (2014). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2014:291:TOC>

\_\_\_\_\_. Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice (2014). Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de\\_minimis\\_notice\\_annex.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf).

\_\_\_\_\_. Commission Regulation (EU) 2022/720 of 10 May 2022 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (VBER). Official Journal L 134, 11.5.2022, p. 4–13 (2022).

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R0720&qid=1652368074897>

\_\_\_\_\_. Guidelines on Vertical Restraints (2022/C 248/01) setting out the principles for the assessment of vertical agreements under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union. OJ C 248, 30.6.2022, p. 1–85 (2022). Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2022.248.01.0001.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2022.248.01.0001.01.ENG).

FEDERAL TRADE COMMISSION. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors. Abril, 2000. Disponível em: [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf)

\_\_\_\_\_. Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act. Commission File No. P221202. Novembro 2022. Disponível em: [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/P221202Section5PolicyStatement.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/P221202Section5PolicyStatement.pdf).

\_\_\_\_\_. Dissenting Statement of Commissioner Christine S. Wilson Regarding the “Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act” Commission File No. P221202. Novembro 2022. Disponível em: [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/P221202Section5PolicyWilsonDissentStmnt.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/P221202Section5PolicyWilsonDissentStmnt.pdf).

FERRAZ, Murilo Machado Sampaio. Fixação de Preço de Revenda no E-Commerce: uma Análise à Luz da Jurisprudência Nacional e Internacional. *Revista do IBRAC*, vol. 23, n. 2, 2017, pp. 448-464.

FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste, 11<sup>a</sup> ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. BAGNOLI, Vicente. Tratado de Direito Empresarial: Direito Concorrencial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

FUNDAKOWSKI, Daniel C. The Rule of Reason: From Balancing to Burden Shifting. *Perspectives in Antitrust*, vol. 1, n. 2, 2013. Disponível em: <https://perma.cc/6R3T-FJV3>.

GABAN, Eduardo Molan. Regra “PER SE” no direito antitruste brasileiro: um grande erro. *Webadvocacy*, 2022. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/2022/03/16/regra-per-se-no-direito-antitruste-brasileiro-um-grande-erro/>.

GAVIL, Andrew I. Burden of Proof in U.S. Antitrust Law. *Issues in Competition Law and Policy* (ABA Section of Antitrust Law 2008).

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. Restrições verticais no Direito da Concorrência: estudo de casos à luz da regra da razão e do ilícito *per se* nos Estados Unidos e na União Europeia. *Meritum*, vol. 5, n. 2, 2010, pp. 405-430. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/1063/756>.

GORMSEN, Liza Lovdahl. Are Anti-competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU? *World Competition* 36, n. 2, 2013: 223–246. Kluwer Law International BV, The Netherlands. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2400371>.

HOVENKAMP, Herbert J. Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice. 3rd ed. St. Paul: Thomson West, 2005.

\_\_\_\_\_. The Rule of Reason. *Florida Law Review*, vol. 70, 2018. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1778](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1778).

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK - ICN Working Group on Cartels, Defining Hard Core Cartel Conduct – Effective Institutions – effective Penalties. Vol. 1 – Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes. ICN 4<sup>th</sup> Annual conference. Bonn, Germany, 6-8 June 2005. Disponível em: [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG\\_BuildingBlocks.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_BuildingBlocks.pdf)

ITALIANER, Alexander. The Object of Effects. *CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy Brussels*, dezembro/2014. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014\\_07\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf).

JONES, Alison. KOVACIC, William E. Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework. *GWU Law School Public Law Research*, n. 12, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2919312>.

KATSOULACOS, Yannis. On the concepts of legal standards and substantive standards (and how the latter influences the choice of the former). *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 1-21, 2019.

KOVACIC, William E. The Future Adaptation of the Per Se Rule of Illegality in U.S. Antitrust Law. *Columbia Business Law Review*, vol. 33, n. 1, 2021. Disponível em: <https://journals.library.columbia.edu/index.php/CBLR/article/view/8475/4338>.

LEE, David. The Lack of Guidance for Proving the Pricing-Below-Cost Element of Predatory Pricing and a Call for a Revised Approach to Predatory Pricing Analysis. *Administrative Law Review*, vol. 56, n. 4, 2004, pp. 1285–306. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40712198>.

LEURQUIN, Pablo. Acordos Anticoncorrenciais e a Regra da Razão Estruturada no Direito da União Europeia. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 188-205, 2021.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. Restrições Verticais no Direito Antitruste Brasileiro à Luz da Análise Econômica do Direito. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense De Direito Público – IDP, Brasília, 2014. Disponível em: [https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1674/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o\\_Alexandre%20Cordeiro%20Macedo.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1674/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Alexandre%20Cordeiro%20Macedo.pdf)

MALARD, Neide Teresinha. O regime jurídico da concorrência e as condutas abusivas. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, n. 47. Curitiba, 2008. pp. 29-64.

MARRARA, Thiago. Infração contra a ordem econômica: parâmetros para a superação da insegurança jurídica no direito administrativo da concorrência. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018.

MARTINEZ, Ana Paula. Isenção antitruste para cartel de exportação: qual o caminho? *Revista do IBRAC*, n. 17, jan.-jul./2010, pp. 38-67.

MEESE, Alan J. Farewell to the Quick Look: Redefining the Scope and Content of the Rule of Reason. *Antitrust Law Journal*, vol. 68, 2000. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/548>.

\_\_\_\_\_. In Praise of All or Nothing Dichotomous Categories: Why Antitrust Law Should Reject the Quick Look. *The Georgetown Law Journal*, vol. 104:835, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1803>.

MENDES, Francisco Schertel. O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: características e especificidades. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2012.

MONTAGUE, Gilbert H. “Per Se Illegality” and the Rule of Reason. *Section of Antitrust Law*, vol. 12, 1958. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/i25750032>.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law. 16 July 1993. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>.

\_\_\_\_\_. Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels. 1998. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0294>.

\_\_\_\_\_. Roundtable on Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law – United States Contribution. 2017. Disponível em: [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-2010-present-other-international-competition-fora/safe\\_harbors\\_united\\_states.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-2010-present-other-international-competition-fora/safe_harbors_united_states.pdf)

\_\_\_\_\_. Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels. 2019. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>.

PASCHOALINI, Ana Paula. Fixação e Sugestão de Preços de Revenda: Principais Efeitos Concorrenciais e Distribuição do Ônus de Prova. *Revista do IBRAC*, vol. 22, n. 2, 2016, pp. 51-67.

PAULA, Ana Paula Aparecida Guimarães de. SANT'ANA, Raquel Mazzuco. Novos Paradigmas na Análise da Troca de Informações Concorrencialmente Sensíveis: para além da Análise *Per Se* v. Regra Da Razão. *Revista do IBRAC*, n. 1 - 2021, pp. 439-464.

PEEPERKORN, Luc. Defining “by object” restrictions. *Concurrences* n. 3, 2015.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

POPOFSKY, Mark S. Section 2, Safe Harbors and the Rule of Reason. *George Mason Law Review*, vol. 15:5, 2018.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. Política de Concorrência e Desenvolvimento: Reflexões sobre a Defesa da Concorrência em uma Política de Desenvolvimento. *Cadernos do Desenvolvimento – Centro Internacional celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento*, v. 6, n. 9. Rio de Janeiro, 2011.

PROENÇA, José Marcelo Martins; BARRIOS, Lucas de Góis. Padrões de privacidade exclusionários e defesa da concorrência. *Revista Consultor Jurídico - Conjur*, 2021.

RAGAZZO, Carlos. Pesquisando sobre o Direito da Concorrência. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n.1, jan./abr.2019, p. 80-91.



ROSMAN, Mark. VANHOOREWEGHE, Jeff. WILLIAMS, Christopher A. USA. In: Global Legal Insights. Cartels – Enforcement, Appeals & Damages Actions – Third Edition. Londres, 2015. Disponível em: <https://www.wsgr.com/a/web/245/gli-cartels-2015.pdf>.

SAITO, Carolina. DOUER, Zack. Grupos de compras: cooperação ou colusão? *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 6, n. 1, maio/2018, pp. 120-155.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra *per se*. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 5, n. 2, novembro/2017, pp. 103-130.

SECRETARIA DE ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA E COMPETITIVIDADE (SEAE). SECRETARIA ESPECIAL DE PRODUTIVIDADE, EMPREGO E COMPETITIVIDADE (SEPEC). MINISTÉRIO DA ECONOMIA (ME). Guia de Advocacia da Concorrência, 2020. Disponível em: [https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais/defeso/guiaadvocaciaconcorrenca\\_ascom.pdf/view](https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais/defeso/guiaadvocaciaconcorrenca_ascom.pdf/view)

SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. A falácia das infrações por objeto e suas consequências para a persecução de condutas unilaterais. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 7, n. 1, maio/2019, pp. 69-107.

SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo. BAQUEIRO, Paula. A jurisprudência do Cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. *Mulheres no Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2018. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3440898](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3440898).

SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

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

\_\_\_\_\_. Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SCHREPEL, Thibault. A New Structured Rule of Reason Approach for High-Tech Markets. *Suffolk University Law Review*, vol. L:103, 2017.

STUCKE, Maurice E. Does the rule of reason violate the rule of law? *UC Davis Law Review*, vol. 42, n. 5, junho/2009.

TAUFICK, Roberto Domingos. Nova Lei Antitruste Brasileira: Avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado. São Paulo: Almedina, 2017.

VAN BAELE, Ivo. BELLIS, Jean-François. Competition Law of the European Union. Sixth Edition. Kluwer Law International, 2021.

VARNEY, Christine A. Antitrust Federalism: Enhancing Federal/State Cooperation. *Remarks as Prepared for the National Association of Attorneys General*, 2009. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-federalism-enhancing-federalstate-cooperation>.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A “regra da razão” e o controle de condutas anticompetitivas pelo Cade. *Evolução do antitruste no Brasil*. Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.). São Paulo: Singular, 2018.

VILLELA CORRÊA, Mariana. Abuso de Posição Dominante: Condutas de Exclusão em Relações de Distribuição. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-10042013-131710/publico/Versao\\_integral\\_Mariana\\_Villela\\_Correa.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-10042013-131710/publico/Versao_integral_Mariana_Villela_Correa.pdf)

WALLER, Spencer Weber. Justice Stevens and the Rule of Reason. *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 61, 2009. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1290770](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1290770).

WERDEN, Gregory J. FROEB, Luke M. Antitrust and Tech: Europe and United States Differ, and It Matters. *CPI Antitrust Chronicle*. October, 2019. Disponível em:

<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/10/CPI-Werden-Froeb.pdf>.

WILS, Wouter P. J. The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance. *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 37, n. 4, setembro/2014. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2498407](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407).