

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-graduação em Direito

Alexandre Cordeiro Macedo

**A POSSIBILIDADE DE BARGANHA COLETIVA NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS
DESIGUAIS NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA “ECONÔMICA”
à luz da Tese do Poder Compensatório**

Belo Horizonte
2022

Alexandre Cordeiro Macedo

**A POSSIBILIDADE DE BARGANHA COLETIVA NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS
DESIGUAIS NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA “ECONÔMICA”
à luz da Tese do Poder Compensatório**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Amanda Flávio de Oliveira

Linha de Pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Área de Estudo: Direito econômico e Desenvolvimento.

Belo Horizonte
2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

M141p Macedo, Alexandre Cordeiro
A possibilidade de barganha coletiva nas relações econômicas desiguais no sistema brasileiro de defesa econômica [manuscrito]: à luz da tese do poder compensatório / Alexandre Cordeiro Macedo. - 2022.
235 f.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 215-235.

1. Direito econômico - Teses. 2. Poder compensatório (Economia) - Teses. 3. .Direito antitruste - Teses. I. Oliveira, Amanda Flávio de. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 34:33



ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO ALEXANDRE CORDEIRO MACEDO

Realizou-se, no dia 25 de agosto de 2022, às 14:00 horas, Congregação, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *A POSSIBILIDADE DE BARGANHA COLETIVA NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS DESIGUAIS NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA ECONÔMICA à luz da Tese do Poder Compensatório*, apresentada por ALEXANDRE CORDEIRO MACEDO, número de registro 2018657067, graduado no curso de CIÊNCIAS JURÍDICAS, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Amanda Flavio de Oliveira - Orientador (UFMG), Prof(a). Leandro Novais e Silva (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mi), Prof(a). Onofre Alves Batista Junior (FDUFMG), Prof(a). Guilherme Mendes Resende (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e), Prof(a). Marcio de Oliveira Junior (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e).

A Comissão considerou a tese:

) Aprovada, tendo obtido a nota 100 (cem)

) Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2022.


Prof(a). Amanda Flavio de Oliveira (Doutora) nota 100 (cem)


Prof(a). Leandro Novais e Silva (Doutor) nota 100 (cem)


Prof(a). Onofre Alves Batista Junior (Doutor) nota 100 (cem)


Prof(a). Guilherme Mendes Resende (Doutor) nota 100 (cem)


Prof(a). Marcio de Oliveira Junior (Doutor) nota 100 (cem)

AGRADECIMENTOS

Esta tese não teria sido escrita sem o apoio de amigos e familiares que estiveram ao meu lado durante a árdua e gratificante jornada do doutorado.

Agradeço à minha família, que, neste desafio acadêmico, assim como em todos os outros desafios que já enfrentei, depositou em mim inabalável confiança e infinita compreensão. Registro especiais agradecimentos a duas mulheres de fundamental importância em minha vida. A primeira é a minha esposa, que, sendo uma companheira sábia e paciente, contribuiu com importantes considerações ao longo do meu processo de escrita. A segunda é minha mãe, cuja força e caráter me inspiram em todos os meus desafios profissionais e acadêmicos.

Além da família de sangue, agradeço à minha família de coração, que são os amigos com os quais tive a oportunidade de travar instigantes discussões sobre os problemas e as soluções propostas nesta tese. Em especial, preciso mencionar Raquel Mazzuco, Maria Luiza Bittar e Ana Paula Guimarães, cujas contribuições foram fundamentais para a arquitetura deste trabalho.

Agradeço também minha orientadora, Dra. Amanda Flávio de Oliveira, mesmo sabendo que não há palavras suficientes que façam jus à gratidão que tenho. Muito obrigado pela prontidão e generosidade com as quais compartilhou comigo seus conhecimentos durante essa jornada.

Faço desses agradecimentos também minha dedicatória, pois todo o esforço dedicado à construção deste trabalho é uma tentativa de agradecer aos que tiveram a paciência e a bondade de me acompanhar nesta jornada.

RESUMO

A presente tese debruça-se sobre a tese do poder compensatório, especialmente à luz das obras do economista John Kenneth Galbraith, e examina seu papel perante a barganha coletiva nas relações econômicas desiguais no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência por meio de diversos métodos. Primeiramente, realiza-se estudo bibliográfico exploratório e normativo, construindo sólido arcabouço conceitual acerca do Direito Econômico, do Direito Antitruste e do poder compensatório, e analisa-se o efeito econômico da formação do poder compensatório em diferentes condições de mercado. Nota-se a possibilidade da existência de benefícios sociais advindos de uma colaboração entre competidores com o objetivo de reequilibrar os elos da cadeia produtiva, mitigando o exercício de poder de mercado, reduzindo as desigualdades nas relações comerciais e aumentando o bem-estar social, em resposta natural à concentração do mercado original. O poder compensatório surge como a neutralização de uma posição de poder por outra, sendo mecanismo diverso da competição e da regulação pelo Estado. Por meio de diferentes abordagens de análise do ilícito concorrencial, observa-se o poder compensatório nas experiências norte-americana e europeia, comparando-a com a brasileira. Realiza-se, então, investigação focada no cenário brasileiro, por meio de análise de jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por meio de levantamento, seleção e análise de casos pertinentes. Faz-se isso examinando casos tanto de temas gerais quanto focados na temática do mercado de saúde suplementar, devido às suas peculiaridades e à característica assimetria de poder existente entre os agentes econômicos envolvidos. Passa-se, então, para a análise da eficácia da intervenção antitruste em casos de barganha coletiva nos contextos normativo e jurisprudencial australianos, dada a maturidade e o modelo arrojado adotado pela *Australian Competition & Consumer Commission* ao lidar com negociações como a barganha coletiva, partindo da premissa de que esses tipos de acordos entre concorrentes incrementam o desenvolvimento da economia e diversificam as empresas. Por fim, apresenta-se a proposta de introduzir a notificação – um dos procedimentos adotados pela autoridade australiana – ao sistema brasileiro, devido ao seu alcance subjetivo limitado e à sua potencialidade de permitir a coordenação entre competidores para realização de barganhas coletivas que, com base na tese do poder compensatório, tenham efeito líquido positivo para a concorrência.

Palavras-chave: Poder Compensatório. Direito Antitruste. Direito Econômico. Barganha Coletiva. Sistema Brasileiro de Defesa Econômica.

ABSTRACT

This work focuses on the thesis of countervailing power, based especially on economist John Kenneth Galbraith's works, and examines its role in collective bargaining in unequal economic relations in the Brazilian System of Economic Defense, using various methods. Firstly, we carry out an exploratory and normative bibliographic study, building a solid conceptual framework about Economic Law, Antitrust Law and countervailing power, and we analyze the economic effect of the formation of countervailing power in different market conditions. We observe the possibility of the existence of social benefits arising from a collaboration between competitors with the objective of rebalancing the links in the production chain, mitigating the exercise of market power, reducing inequalities in commercial relations and increasing social well-being, in natural response to the concentration of the original market. Compensatory power emerges as the neutralization of one power position by another, being a different mechanism from competition and regulation by the State. Through different approaches to the analysis of the competition offense, we observe the countervailing power in North American and European experiences, comparing them with Brazilian experience. Then, we focus our investigation on the Brazilian scenario, through the analysis of the jurisprudence of the Administrative Council for Economic Defense, through selection and analysis of relevant cases. We do this by examining both cases of general themes and focusing on the theme of the supplementary health market, due to its peculiarities and the characteristic asymmetry of power existing between the economic agents involved. We then proceed to analyze the effectiveness of antitrust intervention in cases of collective bargaining in the Australian normative and jurisprudential contexts, given the maturity and bold model adopted by the Australian Competition & Consumer Commission. Finally, we present the proposal to introduce notification – one of the procedures adopted by the Australian authority – to the Brazilian system, due to its limited subjective scope and its potential to allow coordination between competitors to carry out collective bargains that, based on in the countervailing power thesis, have a positive net effect on competition.

Keywords: Countervailing Power. Antitrust Law. Economic Law. Collective Bargaining. Brazilian System of Economic Defense.

RESUMEN

Esta obra se centra en la tesis del poder compensatorio, especialmente a la luz de los trabajos del economista John Kenneth Galbraith, y examina su papel frente a la negociación colectiva en las relaciones económicas desiguales en el Sistema Brasileño de Defensa Económica a través de varios métodos. En primer lugar, se realiza un estudio bibliográfico exploratorio y normativo, construyendo un marco conceptual sólido sobre el Derecho Económico y el poder compensatorio, y se analiza el efecto económico de la formación del poder compensatorio en diferentes condiciones de mercado. Se verifica la posibilidad de que existan beneficios sociales derivados de una colaboración entre competidores con el objetivo de reequilibrar la cadena productiva, mitigar el ejercicio del poder de mercado, reducir las desigualdades en las relaciones comerciales y aumentar el bienestar social, en respuesta natural a la concentración del mercado original. El poder compensatorio surge como la neutralización de una posición de poder por otra, siendo un mecanismo diferente a la competencia y regulación por parte del Estado. A través de diferentes aproximaciones al análisis del delito de competencia, se observa el poder compensatorio en las experiencias norteamericana y europea, comparándola con la brasileña. Luego se realiza una investigación centrada en el escenario brasileño, a través del análisis de la jurisprudencia del Consejo Administrativo de Defensa Económica, a través del levantamiento, selección y análisis de casos relevantes. Esto se hace examinando casos de temática general y además centrándose en el tema del mercado complementario de salud, por sus peculiaridades y la característica asimetría de poder existente entre sus agentes económicos. Se procede luego a analizar la efectividad de la intervención antimonopolio en casos de negociación colectiva en lo contexto australiano, dada la madurez y modelo audaz adoptado por la Australian Competition & Consumer Commission al tratar negociaciones como la negociación colectiva, partiendo de la premisa que este tipo de acuerdos entre competidores aumentan el desarrollo de la economía y diversifican las empresas. Finalmente, presentamos la propuesta de introducir la notificación – uno de los procedimientos adoptados por la autoridad australiana – al sistema brasileño, debido a su alcance subjetivo limitado y su potencial para permitir la coordinación entre competidores para realizar negociaciones colectivas que, con base en la tesis del poder compensatorio, tienen un efecto neto positivo sobre la competencia.

Palabras clave: Poder compensatorio. Ley Antimonopolio. Derecho Económico. Negociación colectiva. Sistema Brasileño de Defensa Económica.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Mercado no caso (I)	40
Gráfico 2- Mercado no caso (II)	41
Gráfico 3 - Mercado no caso (III).....	42
Gráfico 4 – Situação com dois poderes de mercado.....	44
Gráfico 5 - Mercado no caso (IV)	46
Gráfico 6 – Solicitantes de barganha coletiva da ACCC.....	190
Gráfico 7 - Contexto de solicitação de barganha coletiva à ACCC	191
Gráfico 8 – Benefícios argumentados pela ACCC.....	198

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Diferenças entre os procedimentos.....	188
Tabela 2 - Diferenças entre ilicitudes	Erro! Indicador não definido.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1- Fluxograma do procedimento de notificação proposto.....	211
---	-----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I – A TESE DO PODER COMPENSATÓRIO.....	17
1.1 O DESENVOLVIMENTO DA TESE DO PODER COMPENSATÓRIO.....	17
1.1.1 A Legislação Antitruste Norte-Americana e sua influência na construção do Poder Compensatório.....	17
1.1.2 A Tese do Poder Compensatório segundo John Kenneth Galbraith (1952).....	29
1.1.2.1 Crítica à tese de Galbraith e autores que a evoluíram.....	34
1.1.2.2 A Tese do Poder Compensatório segundo a teoria econômica moderna.....	39
1.1.2.2.1 <i>Caso (I): concorrência – monopólio; concorrência – concorrência.....</i>	<i>39</i>
1.1.2.2.2 <i>Caso (II): Concorrência – Monopólio; Monopólio – Concorrência.....</i>	<i>41</i>
1.1.2.2.3 <i>Caso (III): Monopólio – Monopólio; Monopólio – Concorrência.....</i>	<i>42</i>
1.1.2.2.4 <i>Caso (IV) – Monopólio - Monopólio; Concorrência – Concorrência... </i>	<i>45</i>
1.1.2.2.5 <i>A Barganha Bilateral.....</i>	<i>47</i>
CAPÍTULO II - PODER COMPENSATÓRIO NA ANÁLISE ANTITRUSTE.....	48
2.1 DIREITO ANTITRUSTE: METODOLOGIAS DE ANÁLISE DO ILÍCITO CONCORRENCIAL: ANÁLISE PER SE E REGRA DA RAZÃO.....	53
2.1.1 Experiência norte-americana.....	54
2.1.1.1 <i>A regra da razão no direito americano.....</i>	<i>60</i>
2.1.2 Experiência europeia.....	70
2.2.1 <i>Impacto do Ordoliberalismo no desenvolvimento do antitruste europeu</i>	<i>72</i>
2.2.1.1.1 <i>Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.....</i>	<i>75</i>
2.2.1.1.2 <i>Restrição por objeto.....</i>	<i>76</i>
2.2.1.1.3 <i>Restrição por efeito.....</i>	<i>78</i>
2.2.1.1.4 <i>Justificativas e exceções da imputação da restrição por objeto e por efeito</i>	<i>79</i>

2.2.1.2	Experiência brasileira.....	84
2.2.1.2.1	<i>Entre Estados Unidos e Europa</i>	90

CAPÍTULO III - PANORAMAS JURISPRUDENCIAIS SOBRE A APLICAÇÃO DA TESE DO PODER COMPENSATÓRIO 94

3.1 Panorama Jurisprudencial Internacional 94

3.2 Panorama Jurisprudencial Brasileiro 102

3.2.1 Jurisprudência administrativa brasileira envolvendo aplicação da tese do poder compensatório em antitruste: casos gerais..... 110

3.2.1.1 Metodologia 110

3.2.1.1.1 *Ato de Concentração n° 08700.006723/2015-21 (Caso SIMBA)*..... 111

3.2.1.1.2 *Processo Administrativo n° 08012.009566/2010-50*..... 114

3.2.1.1.3 *Processo Administrativo n° 08000.009391/1997-17*..... 116

3.2.1.1.4 *Processo Administrativo n° 08700.001859/2010-31*..... 117

3.2.1.1.5 *Consulta n° 08700.004594/2018-80*..... 118

3.2.1.1.6 *Processo Administrativo n° 08012.008881/2010-60*..... 119

3.2.1.1.7 *Processo Administrativo n° 08012.000504/2005-15 – “cartel das transportadoras”* 119

3.2.1.1.8 *Processo Administrativo n° 08012.003745/2010-83*..... 120

3.2.1.1.9 *Processo Administrativo n° 08012.005669/2002-31* 125

3.2.1.1.10 *Processo Administrativo n° 08012.002568/2005-51*..... 129

3.2.1.1.11 *Processo Administrativo n° 08012.010483/2011-94*..... 130

3.2.1.1.12 *Processos Administrativos n° 087010.000729/2016-16, n° 08700.000738/2016-67 e n° 08700.000739/2016-10*..... 132

3.2.1.2 Poder compensatório no mercado de saúde suplementar 134

3.2.1.2.1 *Metodologia de análise* 134

3.2.1.2.2 *Estudo do mercado de saúde suplementar com base nos casos selecionados*..... 135

CAPÍTULO IV – A BARGANHA COLETIVA NA VISÃO DA AUTORIDADE ANTITRUSTE AUSTRALIANA (ACCC)	174
4.1. EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO ANTITRUSTE PARA CASOS DE BARGANHA COLETIVA NA VISÃO DA ACCC.....	175
4.1.1 Procedimento Prévio de Notificação e Autorização para Barganha Coletiva.....	176
4.1.1.1 Autorização (Authorisation)	176
4.1.1.2 Notificação (<i>Notification</i>)	182
4.1.1.3 Isenções de classe	186
4.2 PANORAMA JURISPRUDENCIAL DA AUSTRÁLIA	187
4.2.1 Análise dos casos de Autorização	190
CAPÍTULO V – POSSIBILIDADE DE BARGANHA COLETIVA NO SBDC: PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA COM BASE NO PROCEDIMENTO AUSTRALIANO DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA PARA BARGANHA COLETIVA.....	200
5.1 JUSTIFICATIVAS PARA A FORMALIZAÇÃO DE UM MODELO DE BARGANHA COLETIVA	200
5.2 NORMAS DE DIREITO COMPARADO	202
5.3 ANÁLISE DA PROPOSTA	204
5.3.1 JURIDICIDADE FORMAL.....	204
5.3.2 JURIDICIDADE MATERIAL	206
5.3.3 ANÁLISE DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA PROPOSTA.....	207
5.3.3.1 <i>Modelo de notificação ou de autorização</i>	207
5.3.3.2 <i>Momento de submissão da notificação</i>	208
5.3.3.3 <i>Competência</i>	209
5.3.3.4 <i>Procedimento</i>	210
5.3.3.6 <i>Proposta de redação</i>	211

CONCLUSÃO.....213

REFERÊNCIAS.....215

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como eixo central a discussão sobre a tese do poder compensatório, à luz das obras do economista John Kenneth Galbraith, e seu emprego como fundamento para a barganha coletiva nas relações econômicas desiguais no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência¹ (SBDC).

O objeto da tese coloca-se em um contexto de crescimento e diversificação de arranjos empresariais baseados em cooperação como forma de solução para problemas concorrenciais e econômicos. Nesse sentido, a colaboração entre competidores pode viabilizar o reequilíbrio de cadeias produtivas e das relações de mercado entre partes desiguais.

No Brasil, a situação pode ser exemplificada pelo Processo nº 08700.002395/2020-51², no qual o Tribunal do CADE permitiu, com fundamento no cenário fático de crise sanitária em razão da COVID-19, a cooperação entre concorrentes dos setores de bebidas e de alimentos para recuperação da atividade de pequenos varejistas. No exterior, medidas semelhantes foram adotadas, a exemplo do “Módulo de Transição”, publicado pela União Europeia, em que é incentivada a cooperação entre agentes econômicos com a finalidade de superar impactos negativos sobre o mercado provocadas pelo COVID-19³.

Fora do contexto de crise, a possibilidade de cooperação entre concorrentes também já é admitida, seja a partir de autorizações que excepcionam a aplicação regular da lei antitruste, como ocorre na Austrália, ou a partir da análise casuística em determinados setores, como ocorre no Brasil, especificamente quanto à atuação de cooperativas no mercado de saúde.

Adota-se como fundamento teórico a literatura de Galbraith, que identifica a possibilidade de benefícios sociais advindos de uma colaboração entre competidores com o objetivo de reequilibrar os elos da cadeia produtiva, mitigando o exercício de poder de mercado, reduzindo as desigualdades nas relações comerciais e aumentando o bem-estar social, em resposta natural à concentração do mercado original. Como reforço, cita-se o entendimento da

¹ Importante notar que no título da pesquisa consta propositadamente o termo Defesa Econômica e não Defesa da Concorrência como prevê a Lei. Ao longo da leitura será possível notar que o poder compensatório remete a uma noção mais abrangente (melhor alocação dos recursos) do sistema e não necessariamente mais estreita (concorrenciais) do bem-estar do consumidor.

² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº Processo nº 08700.002395/2020-51**. Relator: Alexandre Barreto de Souza. Brasília, 28 maio 2020.

³ EUROPEAN COMMISSION. **Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak**. Brussels, 08 abr. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework_communication_antitrust_issues_related_to_cooperation_between_competitors_in_covid-19.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), segundo a qual o poder de barganha pode contrabalançar o poder de mercado de ofertantes/vendedores em cadeias produtivas aproximando os preços praticados de patamares competitivos⁴.

Este trabalho adota duas hipóteses: uma inicial, que será o pressuposto teórico utilizado; e outra final, que é aquela que se pretende testar a título conclusivo. A hipótese inicial é a de que a barganha coletiva, sendo uma espécie do gênero atos de colaboração entre competidores, pode acarretar a existência de efeitos líquidos positivos e, portanto, ser uma conduta pró-competitiva.

A admissão dessa hipótese leva à identificação de um problema: há, no SBDC, uma utilização de conceitos equivocados de ilícito *per se* e regra da razão pela Autoridade Antitruste resultando na subutilização dessa forma de cooperação no contexto brasileiro. Sabe-se que a defesa da concorrência se destina a prevenir e reprimir o exercício abusivo de poder de mercado de qualquer agente que tenta de alguma forma limitar o falsear a concorrência (art. 170 da CF/88 e art. 1º da Lei nº 12.529/2011)⁵. No entanto, ao submeter as barganhas coletivas a um modelo de análise de ilícito *per se*, a Autoridade Concorrencial impede a produção de efeitos pró-competitivos, incidindo em erros de tipo I ou erros de tipo II (falso negativo ou falso positivo).

Esse problema pode ser traduzido em uma pergunta de pesquisa: a colaboração entre competidores tendo como objeto também a negociação conjunta de preços e condições de oferta será sempre considerada um ilícito antitruste ou é possível que esse tipo de conduta gere aumento de bem-estar social, pela análise da regra da razão?

A resposta proposta é afirmativa e consiste na segunda hipótese deste trabalho: a análise das barganhas coletivas sob a regra da razão é compatível com o SBDC (da Constituição Federal e com a Lei nº 12.529/2011) e, do ponto de vista procedimental, pode ser viabilizada a partir de um procedimento de notificação e autorização prévia.

Para a testagem da hipótese, recorreu-se a uma associação metodológica. De início, a pesquisa valeu-se da revisão bibliográfica para sintetizar e apresentar o marco teórico utilizado, qual seja, a obra de John Kenneth Galbraith. Houve também o emprego do método indutivo a

⁴ OCDE. **Monopsony and Buyer Power**. [S. l.], 2008. p. 8-9. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competiti on/44445750.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, 05 out. 1988, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2022; e BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Diário Oficial da União, 01 dez. 2011, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/12529.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

partir da experiência particular deste autor enquanto conselheiro do CADE, de modo que foram utilizadas posições pessoais para a valoração de determinados casos enfrentados pela Autoridade Antitruste. Nesse sentido, no primeiro capítulo dessa obra, a parte inicial, destinada ao desenvolvimento da tese do poder compensatório, foi construída predominantemente pela metodologia de revisão bibliográfica. Já a segunda parte, em que se abordou o poder compensatório na análise antitruste, houve a aplicação do raciocínio indutivo a partir de minha experiência durante o mandato de conselheiro.

Houve também a utilização de técnicas de pesquisa empíricas para o levantamento de casos trazido na segunda parte do primeiro capítulo (panorama jurisprudencial internacional e brasileiro sobre o poder compensatório). A pesquisa empírica, para o contexto internacional, valeu-se de um critério qualitativo pelo qual foram selecionados casos mais relevantes – assim considerados aqueles ventilados na literatura especializada e em precedentes do próprio CADE – julgados por autoridades estrangeiras, os quais foram analisados a partir dos fundamentos e argumentos úteis ao objeto deste trabalho.

Quanto ao panorama jurisprudencial administrativo brasileiro, recorreu-se a um levantamento de casos, dentro de um recorte temporal, viabilizado a partir da busca no mecanismo público de pesquisa processual do CADE com o emprego de palavras-chave.

O mesmo recurso de levantamento de casos foi utilizado no terceiro capítulo, viabilizado pela comunicação direta, via e-mail, com a Autoridade Concorrencial Australiana, associada à busca o mecanismo público de repositório de processos dessa Autoridade. Também neste caso foram feitos recortes temporais e quanto ao objeto (notificações e autorizações).

Ainda quanto às considerações metodológicas, é oportuno delimitar o conceito que se atribuiu, neste trabalho, à Tese do Poder Compensatório e à Barganha Coletiva. A primeira refere-se à teoria desenvolvida por Galbraith segundo a qual colaboração entre competidores pode resultar em um poder que se opõe ao poder de mercado. Trata-se do poder compensatório que tem o objetivo de reequilibrar os elos da cadeia produtiva, mitigando o exercício de poder de mercado⁶, reduzindo as desigualdades nas relações comerciais e aumentando o bem-estar social. A barganha coletiva, por sua vez, é uma espécie de cooperação apta a produzir poder compensatório e que se caracteriza pela coordenação horizontal para a definição de condições negociais dentre compradores e vendedores de uma cadeia produtiva.

⁶ No decorrer do trabalho será possível perceber que o poder compensatório pode ser benéfico quando usado tanto pelos fornecedores quanto pelos compradores.

A conclusão do trabalho é um esforço propositivo para alteração legislativa que poderá conferir maior segurança jurídica e previsibilidade para o exercício da barganha coletiva, contribuindo para a produção de seus efeitos pró-competitivos. Sugere-se, por fim, a introdução da Notificação – um dos procedimentos adotados pela autoridade australiana – ao sistema brasileiro, devido ao seu alcance subjetivo limitado e à sua potencialidade de permitir a coordenação entre competidores para realização de barganhas coletivas que, com base na tese do poder compensatório, tenham efeito líquido positivo para a concorrência.

CAPÍTULO I – A TESE DO PODER COMPENSATÓRIO

1.1 O DESENVOLVIMENTO DA TESE DO PODER COMPENSATÓRIO

1.1.1 A Legislação Antitruste Norte-Americana e sua influência na construção do Poder Compensatório

Alguns fatores foram decisivos para a ruptura com as formas de organização econômica pré-capitalistas e o desenvolvimento do livre mercado a partir do século XVII, dentre os quais destacam-se a independência dos Estados Unidos (EUA); a consolidação do liberalismo na Inglaterra, em larga medida influenciada pela ideia de Adam Smith em relação à “mão invisível” do mercado; a atribuição de liberdades individuais como as garantias patrimoniais, a liberdade econômica e a liberdade profissional; e a Revolução Industrial inglesa, com os profundos impactos nas relações sociais e de produção.

Tais acontecimentos permitiram que a lógica negocial influenciasse na positivação do Direito privado nos países de tradição romano-germânica, bem como na expansão do constitucionalismo como instrumento legitimador do poder político e meio garantidor de liberdades individuais, encontrando estabilização na forma da lei a fim de possibilitar níveis mínimos de controle das relações econômicas.

Em meados do século XIX, houve uma transformação da indústria manufaturada nos Estados Unidos. Isso ocorreu, principalmente, em decorrência da evolução dos transportes e das comunicações, que fez com que vários pequenos mercados se unissem para formar um único grande mercado, já que as barreiras da comunicação foram superadas e as distâncias físicas foram diminuídas. Dessa maneira, os agentes ganharam a possibilidade de explorar economias de escala e economias de escopo⁷. Contudo, em determinado momento, em virtude da necessidade de recuperar seus consideráveis investimentos de capital, tais agentes econômicos passaram a se organizar⁸ para combinar preços e dividir mercados, o que resultava em uma faixa de preços de venda constantemente alta.

⁷ “Existe economia de escala quando o custo da unidade produzida diminui em relação à quantidade total produzida, e entende-se por economia de escopo as ‘reduções nos custos médios derivados da produção conjunta de bens distintos, dados os preços dos insumos’”. CADE. **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: jul. 2016. p. 29. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁸ Os melhores exemplos de acordos empresariais da época eram os cartéis dos transportes e das companhias de petróleo.

Ao final do século XIX, o controle de poder econômico era uma necessidade diante de um cenário de alta concentração de capital, no qual agentes econômicos tinham comportamentos independentes em relação a consumidores e concorrentes, com grande capacidade de influenciar a atividade econômica e os preços de mercado. O controle do poder econômico torna-se, portanto, uma questão de interesse público e legitima o Estado a intervir com o fim de reprimir práticas de abuso desse poder.

O sistema econômico clássico, de elevada eficiência, construiu a economia dos Estados Unidos contemporâneo e tem como sua primeira exigência a concorrência. Economistas clássicos (Adam Smith, David Ricardo, Stuart Mill) não eram precisos em relação ao uso do termo concorrência. Por volta do século XIX, passou a ficar explícito que a livre concorrência demanda a existência de agentes econômicos suficientemente envolvidos em alguma forma de comércio ou indústria, sem que comprador ou vendedor algum possam controlar ou influenciar preço comum⁹.

Tal modelo da concorrência previa que esforços do produtor e os desejos do consumidor também estivessem efetivamente relacionados ao preço, cujo controle e influência não eram exercidos por nenhum produtor ou consumidor. Só se podia ganhar mais reduzindo os custos. Nessa fase, a noção de eficiência era conseguir o máximo com o mínimo¹⁰.

Os EUA nunca foram rigorosamente uma economia periférica tal como a brasileira ou outras latino-americanas. Foi num certo sentido uma extensão da economia inglesa, com a colonização fundada na pequena propriedade, o que permitiu um grau de mercantilização precoce, logo após a independência do país. O aparecimento de bancos americanos nacionais permitiu o desenvolvimento quase que autônomo e de monetização da economia. Durante toda a metade do século XIX, os EUA conseguiram desenvolver um sistema bancário e financeiro muito singular. O padrão de crescimento industrial dos oligopólios não é peculiar aos EUA, tendo seguido a mesma via em outros países.

No entanto, diferentemente da Europa Ocidental, nos EUA subsistiram grandes indústrias paralelamente a uma margem secundária de pequenas firmas, cujo equilíbrio pode ser evidenciado através de uma igualdade de forças entre os grandes¹¹.

⁹ GALBRAITH, John Kenneth. **American capitalism: the concept of countervailing power**. Boston: Houghton Mifflin, 1952. p. 22.

¹⁰ GALBRAITH, John Kenneth. **American capitalism: the concept of countervailing power**. Boston: Houghton Mifflin, 1952. p. 25.

¹¹ “[...] o equilíbrio final pode apresentar certas particularidades nos Estados Unidos. Na Europa Ocidental, o resultado final, favorecido pelos acordos de cartéis, constituiu frequentemente um único sobrevivente grande ou uma fusão. Nos EUA é muito mais comum ver subsistirem algumas grandes firmas junto com uma margem

Portanto, no final do século XIX, em decorrência da aceleração na industrialização de países europeus, como França, Inglaterra e Alemanha, o capital tornou-se mais centralizado. Especialmente com a Longa Depressão de 1873 a 1979 nesse período, esse meio de mudanças institucionais e tecnológicas levou a sucessivas falências nos EUA. Consequentemente, firmas¹² começaram a se coordenar para formação de preços mínimos, quantidades e divisão de mercados, celebrando acordos instáveis entre concorrentes.

O mercado competitivo deu lugar aos monopólios e acordos entre os grandes grupos empresariais, através de trustes, holdings e cartéis, além do surgimento de maiores integrações verticais entre as firmas. Em contrapartida, firmas a montante não conseguiam suprir a velocidade de fornecimento de insumos que as indústrias mais desenvolvidas necessitavam, vide o caso de John D. Rockefeller, fundador do *Standard Oil Company*, o qual representou a maior concentração econômica no mercado de petróleo.

Todo esse contexto impulsionou o crescimento da assimetria entre empresas na sociedade norte-americana no final do século XIX. Surgem, portanto, movimentos para restringir o exercício de poder de mercado unilateral. Isso teve início por meio de reivindicações do empresário de pequeno porte, como, por exemplo, através do desenvolvimento das organizações trabalhistas advindas do crescimento das corporações e regulação das relações de trabalho, ou através da expansão das organizações cooperativas agropecuárias. Em suma, o crescimento desmedido dos *trustes* motivou as organizações daqueles que se viram em situação vulnerável frente as grandes empresas e corporações, pequenos produtores agrícolas, trabalhadores, consumidores e sociedade.

O ambiente era propício para o desenvolvimento das grandes firmas, a economia estava na mão de poucos e um pequeno número de grandes empresas era responsável por uma

secundária de pequenas. O equilíbrio está evidentemente associado a uma certa igualdade de força entre os principais sobreviventes, acompanhado de uma certa igualdade de dimensões, o que torna difícil a qualquer grande empresa adquirir uma outra. Nesse estágio, igualmente, a consolidação é de gigantes”. GALBRAITH, John Kenneth. **American capitalism: the concept of countervailing power**. Boston: Houghton Mifflin, 1952. p. 38.

¹² Para Ronald Coase, o conceito de firma é definido como entidade endógena ao sistema econômico, e sua existência é justificada pela presença de custos de transação para produção. Uma empresa consiste num núcleo decisório estipulado através dos vários contratos que faz a fim de produzir bens e serviços. As origens da Teoria de Coase remetem ao ano de 1972, quando da criação do artigo ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. **The American Economic Review**, v. 62, n. 4, p. 777-795, dez. 1972. Disponível em: <https://www.researchgate.net/deref/http%3A%2F%2Flinks.jstor.org%2Fsci%3Fsci%3D0002-8282%2528197212%252962%253A5%253C777%253APICAE0%253E2.0.CO%253B2-Q>. Acesso em: 02 jun. 2022, cf. COASE, R. H. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Acesso em: 02 jun. 2022. Ademais, pode-se encontrar a elaboração de um conceito jurídico de empresa a partir das suas funcionalidades e necessidades econômicas em CAVALLI, Cássio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

proporção muito substancial de toda a atividade industrial. Sucessivamente, com o avanço das indústrias, as quais desenvolveram ferramentas para produção em massa, onde as que se destacavam, conseguiam capital necessário para continuar progredindo¹³.

A expansão industrial e mercantil inglesa permitiu ao capitalismo americano adquirir essas especificidades que marcaram seu desenvolvimento ao longo do século XIX. Crises no final do século XIX e início do século XX foram rapidamente absorvidas pelo sistema econômico à época. O país ingressa no século XX já com uma estrutura industrial e empresarial muito concentrada, de grandes empresas, e de articulação entre empresariado e sistema financeiro¹⁴. O processo é de centralização, desapropriação dos pequenos proprietários, surgimento dos *trustes*. Tudo isso deu origem à reação populista que marcou a sociedade americana pela massa dos assalariados contra o poder das grandes empresas e a sua influência no Estado.

Toda essa estrutura em desenvolvimento, no entanto, ia contra a ideia de capitalismo centrada em mercados compartilhados por muitos produtores em que nenhum deles tinha influência sobre os preços. Portanto, em oposição à ideia de concorrência do maior número de agentes econômicos estava a concepção de monopólio. Aos poucos, a classificação concorrência *versus* monopólio foi dando lugar a novas classes entre as duas categorias, onde era possível identificar mercados com características do monopólio e da concorrência, ao mesmo tempo.

Esse período, bem como meados do século XX, foi marcado pelo desfalecimento do regime econômico atomizado em torno de setores econômicos de grande porte, resultantes do crescimento exponencial dessas repartições, ou decorrentes de fusões, aquisições e arranjos societários capazes de criar grandes impérios de capital¹⁵. Monopólios e oligopólios buscam controlar e dominar mercados. O surgimento do poder econômico privado¹⁶ dá azo para que essas grandes organizações empresárias influíssem no preço e na quantidade dos bens produzidos, maximizando suas margens de lucros em detrimento do consumidor. Esse poder de

¹³ GALBRAITH, John Kenneth. **American capitalism: the concept of countervailing power**. Boston: Houghton Mifflin, 1952. p. 36.

¹⁴ HOBSON, John Atkinson. **The evolution of modern capitalism: A study of machine production**. Scotts Valley: Createspace, 2015.

¹⁵ GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. p. 25-26.

¹⁶ Para melhor compreensão de poder econômico privado, no contexto do surgimento do poder do empresariado americano, tem-se: ROE, Mark J. From Antitrust to Corporation Governance?: The Corporation and the Law: 1959-1994. In: KAYSEN, Carl (Ed.). **The American Corporation Today**. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 102-127. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=10032>. Acesso em: 02 jun. 2022.

influência dos agentes privados que visam maximizar seus lucros cresce proporcionalmente à essencialidade do bem produzido e às barreiras à entrada de novos competidores no mercado¹⁷.

Em suma, no primeiro quarto do século XX, a postura do Estado com relação à condução da economia mudou. Isso pode ser percebido, por exemplo, a partir da Primeira Guerra Mundial, que, iniciada em 1914, fez com que o foco do controle e da organização da economia fosse voltado para os confrontos. Embora esse movimento tenha sido visto na época como algo temporário, o fato acabou por impulsionar a regulamentação estatal da atividade econômica.

As condutas dos agentes econômicos sempre estiveram sujeitas a regras reguladoras, no entanto ganharam maior protagonismo nesse período de capitalismo e formação de grandes capitais norte-americanos, quando a ausência de um amplo arcabouço de normas concorrenciais permitiu a formação de acordos entre concorrentes como um contrapeso às crises ocasionadas pela superprodução. Nesse período, a competição passou a ser utilizada como instrumento para aliar questões de interesse público com liberdade econômica individual.

O início da década de 1920 foi marcado por significativa queda nos preços e renda, acentuando ainda mais o desemprego. Tudo levou ao súbito colapso dos valores dos mercados de ações. O chamado crash da Bolsa de Nova York, em 1929, desencadeou uma crise econômica mundial marcada por uma baixa na produção e no emprego¹⁸.

Nesse contexto, a autorregulação do mercado é substituída por uma regulação do Estado no domínio econômico, com limites objetivos ao livre funcionamento do mercado, com o fim de tutelar direitos de grupos mais fracos, como trabalhadores e consumidores¹⁹.

Para o liberalismo norte-americano, a ideia de monopólio já pressupunha a exigência de oprimi-lo. Isso porque a produção deixa de reagir automaticamente às mudanças de preços geradas com a concentração de grandes empresas.²⁰

As ideias do economista John Keynes ganharam força nesse contexto, quando publicou, em 1936, a obra *Teoria Geral do emprego, do juro e da moeda* como resposta à crise do capitalismo de 1929. Ao contrário dos economistas clássicos, cujo entendimento é de que em

¹⁷ GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. p. 28.

¹⁸ GALBRAITH, John Kenneth. **American capitalism: the concept of countervailing power**. Boston: Houghton Mifflin, 1952. p. 60.

¹⁹ Nesse sentido: “A intervenção do Estado na economia busca tutelar valores sociais, éticos e políticos que transcendem a mera regulação das falhas de mercado, ou seja, não se reduz, a intervenção, à correção dos mecanismos de mercado, mas à busca de justiça social, por meio de controle e da confirmação da ordem econômica”. GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 33-34.

²⁰ GALBRAITH, John Kenneth. **American capitalism: the concept of countervailing power**. Boston: Houghton Mifflin, 1952. p. 43.

um livre mercado, sem a intervenção do Estado, é possível adquirir emprego, trabalho, renda e atingir o bem-estar, Keynes defendeu que o emprego é diretamente proporcional ao consumo e ao investimento. O autor também contraria a ideia de poupança, pois isso seria um sinal de falta de consumo, implicando a não movimentação da economia, e no desemprego.

A solução para a crise seria, portanto, aumentar o investimento e conseqüentemente o consumo. Isso se daria por meio da intervenção do Estado na economia, que deveria investir em obras de infraestrutura, aumentando a renda, o consumo, regulando o mercado e taxando os lucros das empresas. Com isso, haveria diminuição da concentração de renda e das desigualdades. O pensamento de Keynes legitimou a intervenção do Estado na economia e fundamentou o New Deal, programa de reestruturação da economia norte-americana na época do presidente Roosevelt. No entanto, o progresso sugerido por Keynes previa um grau de participação governamental na economia que não foi aceito por muitos conservadores²¹. Regulamentar os mercados monopolizados seria uma exceção do exercício do Estado na economia, dado o modelo competitivo.

Após essa pequena contextualização histórica em que foi possível mostrar um pouco da evolução econômica e dos acontecimentos importantes que marcaram o período, é importante introduzir aos poucos alguns temas concorrenciais como o surgimento das primeiras leis e o poder compensatório, a fim de se entender cronologicamente o surgimento dos fatos que marcaram a época.

Observe que após 1880, pequenos empresários e fazendeiros, que viam a inversão dos quadros de relações econômicas de mercado como única solução para resistir ao poder dos grandes agentes, uniram-se para exercer sua força política em um movimento que resultou na

²¹ “[...] se os incentivos que agem na indústria norte-americana não estimulam, em qualquer momento dado, a maior produção possível ao preço mais baixo possível, essa não é a tragédia que parece à primeira vista. A concentração de mercado da indústria norte-americana, concentração afirmada pelas estatísticas e condenada pelo modelo da concorrência, revela-se, ao exame mais atento, favorável ao progresso técnico. Para realizar o equilíbrio ideal entre o preço e a produção do modelo da concorrência, precisaríamos, quase certamente, renunciar à mudança. Talvez a vida se encontrasse simplificada, mas o progresso, como é denominado, é uma roda à qual estamos todos atrelados”. GALBRAITH, John Kenneth. **American capitalism: the concept of countervailing power**. Boston: Houghton Mifflin, 1952. p. 82.

criação de leis antitruste²² em vários Estados dos EUA, culminando posteriormente na lei federal de defesa da concorrência conhecida como *Sherman Act*²³.

A alocação de recursos de forma eficiente ocorre quando presente estrutura de mercado apropriada para tal, ou seja, a concorrência perfeita. Não é à toa que grandes agentes com alto poder de mercado costumam causar preocupação para as agências antitruste, especialmente quando abusam desse poder. Por outro lado, não se pode condenar toda atuação decorrente de um elevado poder de mercado, principalmente se tal poder for criado a fim de contrapor outro poder econômico anteriormente existente, a jusante ou a montante na cadeia, ou seja, quando for criado poder compensatório.

O poder compensatório, em regra, caracteriza-se pela organização de produtores para barganhar frente a um monopsonio ou de compradores para barganhar frente a um monopólio. Segundo o Guia de análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, o ato de criar poder compensatório é entendido como a situação em que ofertantes e/ou demandantes “de um determinado produto/bem ou serviço se reúnem para fazer frente a um poder de mercado pré-existente. Portanto, a teoria do poder compensatório pode funcionar para ambos os lados de uma relação comercial, entre dois elos de uma cadeia produtiva”²⁴.

Essa coordenação pode ser vista com mais frequência por sindicatos, cooperativas, associações, através de fusões e/ou condutas coordenadas para fazer frente ao poder de um comprador ou ofertante. Cria-se uma estrutura para possibilitar a contraposição mínima ao poder econômico exercido pela outra parte da negociação. Assim concede-se poder à parte mais fraca a fim de aumentar sua capacidade de barganha nas negociações, tornando-as menos desiguais.

Quando esse tipo de negociação desigual não é observado, e permanecendo intactas as posições de mercado originais, pode haver comprometimento do funcionamento mais eficiente

²² Importante mencionar outras interpretações sobre o contexto que impulsionou a criação da legislação antitruste americana. “*Trusts* eram as empresas que possuíam as seguintes características: larga escala e gestão centralizada. Exemplos: Standard Oil, American Tobacco e United States Steel. Cf. MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation*: Cf. Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachusetts: Harvard, 1984. p. 65. Segundo o autor: ‘The trust movement – that is, the powerful tendency of businessmen to combine with their competitors in association. This was the problem of periodic industrial overcapacity, tied to the boom-and-bust cycles of the late nineteenth century’.” GUERRA, Sérgio. *Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano?*. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Teoria do estado regulador**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 22.

²³ MOTTA, Massimo. **Competition Policy: Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 3.

²⁴ CADE. **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: jul. 2016. p. 42. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

da economia. Portanto, o poder compensatório surge com o fito de melhorar as condições de barganha coletiva. Tem-se como exemplo a organização de pequenas empresas, trabalhadores, ou agricultores com o objetivo de melhorar condições de venda de seus produtos frente ao poder de monopsonio de grandes empresas; ou ainda, a associação de pequenos varejistas ou consumidores para angariar melhoria nas condições de compra frente ao poder de monopólio de grandes empresas.

A tese do poder compensatório analisada do ponto de vista do Direito Antitruste não é uma novidade, já que surge no momento da criação das agências antitrustes no mundo, manifestando-se como uma resposta social aos mesmos fatos que motivaram a criação e institucionalização do Direito Antitruste.

Explica-se: o surgimento das normas concorrenciais está atrelado à expansão do poder econômico privado – no sentido de as empresas serem capazes de influenciar as condições de mercado – com a formação das grandes empresas e com os possíveis efeitos perniciosos para o bem-estar econômico advindos do abuso do poder econômico exercidos por elas. Manifesta-se, assim, a criação de normas protetivas de pequenas e médias empresas, consumidores e trabalhadores.

Destaca-se o sentido técnico da concorrência que lhe é dado pela ciência econômica, quando a regulamentação do comportamento econômico passa a ser disciplinada por alguns atos normativos essenciais para a evolução do direito concorrencial. São eles o *Sherman Act*; o *Clayton Act*; a criação da *Federal Trade Commission*; a *Robson-Patman Act*; e, por fim, o *Celler-Kefauver Act*.

A compatibilidade entre defesa da concorrência e a criação do conceito de poder compensatório pode ser observada desde a promulgação dessas legislações, que admitiam a criação de poder compensatório como uma ideia intrínseca de imposição de limites à atuação dos trustes e das grandes corporações. O propósito de formar um poder compensatório estava em coibir o possível abuso do poder de mercado destas grandes empresas frente às classes econômicas mais vulneráveis. Enquanto os trustes representam toda a forma de concentração econômica empresarial, o *Antitrust Law* surge como um sistema de princípios e normas para controlar as concentrações e coibir o abuso monopolístico, esteja ou não estruturado o mercado sob forma de monopólio²⁵. A formação dos trustes, como forma de monopólios lesivos ao interesse público, foi, inclusive, foco de atenção na Exposição de Motivos da *Sherman Act*.

²⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: As estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 228.

O *Sherman Act* de 1890 pode ser considerado o principal marco normativo da evolução do poder econômico e dos estudos acerca de seus problemas jurídicos, nos EUA e no mundo. O pioneirismo na ação, contudo, é o Canadá, que historicamente registra a primeira iniciativa de elaboração de uma lei de defesa da concorrência. O *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, publicado em 1889, tinha como objetivo combater condutas abusivas, voltadas à restrição do comércio por meio de fixação de preços ou formação de acordos entre competidores, como cartéis, além de promover a eficiência econômica do Canadá, aumentar a participação do país em mercados mundiais, dar oportunidades para pequenas e médias empresas, e assegurar melhores preços e oportunidades de escolha para os consumidores²⁶.

Tais diplomas legais foram criados como reação aos crescentes acordos empresariais nos Estados Unidos, em que os agentes visavam a controlar a produção das mercadorias e regular os preços, de modo a eliminar a concorrência e obter vantagens mútuas. Nesse sentido, o Direito Antitruste tornou-se primordial na repressão de problemas relacionados ao abuso de poder econômico e relevante dentro do sistema econômico, legitimando o Estado a exercer o seu controle.

O *Sherman Act* objetivou contornar as dificuldades que surgiram com o excesso de acumulação de capital. Tal norma compreende como ilícito *per se* qualquer tipo acordo entre agentes concorrentes para, por exemplo, restringir ou combinar produção, fixar preços, ou atuar para restringir a concorrência de qualquer forma²⁷. Assim, muito embora o referido diploma buscava evitar restrição ao comércio ou a monopolização, não definiu adequadamente seus limites. Isso acabou por deixar um gargalo que foi preenchido pelos magistrados, que definiram, em suas decisões, os contornos entre competição e monopolização, e entre cooperação adequada e colusão ilícita.

Como finalidades da referida Lei, a Suprema Corte Americana elencou a prevenção da concentração de mercados e a preservação da organização industrial em pequenas unidades; a proteção da liberdade de comércio das empresas; a proteção do bem-estar do consumidor; a preservação da liberdade econômica e competitiva; a condenação de práticas exclusionárias a concorrentes; o cuidado com os monopólios que limitem oportunidades e liberdade

²⁶ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 4-5.

²⁷ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013. p. 20.

econômica²⁸. O contexto era de inadaptação da *common law* aos problemas relacionados as grandes corporações, reação dos agricultores, valorização da concorrência como uma defesa da liberdade de iniciativa e de proteção aos consumidores e ao pequeno comércio. Tão grande foi a importância dessa Lei, que influenciou legislações antitrustes mundo afora.

No entanto, a efetiva implementação da política antitruste em seus primeiros anos de atuação não foi tão efetiva quanto o esperado, ficando à mercê dos juízes suprir as lacunas da lei no que tange às divergências enfrentadas entre os juízes da Suprema Corte sobre a aplicação do *Sherman Act*. Casos paradigmas que definiram, por exemplo, a aplicação da regra *per se* e da regra da razão serviram como um impulso para a promulgação do *Clayton Act* e do *Federal Trade Commission Act*.

Publicado em 1914, o *Clayton Act* foi de suma importância para a evolução do modelo adotado pelo *Sherman Act*, pois inseriu no ordenamento novas regras sobre regulação e discriminação de preços; contratos de distribuição exclusiva; negociações de vendas casadas; presença de mesmos dirigentes em empresas concorrentes; fusões e aquisições entre concorrentes – incluindo a proibição da aquisição de ações de empresas concorrentes visando a restringir a competição. A intenção dessa lei era definir melhor as práticas restritivas à concorrência, como reação à recente aplicação da regra da razão (*rule of reason*²⁹).

O *Federal Trade Commission Act* foi publicado na mesma época e criou o *Federal Trade Commission* (FTC), órgão antitruste que ainda atua nos EUA, de maneira semelhante a uma agência reguladora. Tendo como objetivo implementar as normas concorrenciais e sendo competente para investigar as condutas anticompetitivas, o FTC formou um corpo administrativo para cuidar da política antitruste do país, valendo-se inclusive de poder de polícia para, quando necessário, expedir atos de cessação. Tendo em vista, no entanto, a falta de transparência na aplicação legislativa, o desenvolvimento do Direito Antitruste foi complementando a atuação frente a problemas econômicos antes não explorados, como o reconhecimento das associações de pequenos grupos.

Enquanto isso, na Europa, o Direito Econômico foi surgindo e sendo desenvolvido de modo mais intervencionista, voltando-se com mais preeminência para a promoção de políticas públicas. De modo geral, a origem de tal ramo do Direito está relacionada às crises e guerras mundiais, que implicaram em uma maior intervenção estatal na vida social, inclusive nas

²⁸ STUCKE, Maurice E. Reconsidering antitrust's goals. *Boston College Law Review*, v. 53, n. 2, p. 551-629, 2012. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol53/iss2/4/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁹ GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William; CALKINS, Stephens. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. 5. ed. Saint Paul: West Academic Publishing, 2004. p. 27.

atividades econômicas^{30,31}. Surge a teoria jurídica do mercado, preocupada com a justiça social, e o papel dos economistas ganhou mais robustez com o poder de influir na política concorrencial e na construção das leis antitruste norte-americanas e de outros países³².

A aplicação prática do poder compensatório, embora possa trazer muitos benefícios ao mercado, encontra óbice pela legislação e doutrina antitruste, com certa exceção (não absoluta³³) às organizações trabalhistas e agrícolas, as quais estariam isentas das ações das agências de defesa da concorrência. Os sindicatos foram alvo primário da aplicação da *Sherman Act* em 1914.

Surge, entretanto, um desafio enfrentado pelo *Sherman Act*, que em seus primeiros anos de vigência coibia ações de sindicatos e cooperativas, considerando-os arranjos ilegais (exemplifica-se, por todos, com o caso *Loewe x Lawlor* de 1908)³⁴. Nesse sentido, não foi por acaso que os sindicatos mais fortes surgiram nas empresas mais poderosas, no mercado de aços, automóveis e mineração. Da mesma forma, ocorreu com as grandes organizações varejistas, um dos principais instrumentos do exercício do poder compensatório, segmento no qual surgiram as redes de alimentos, de lojas de variedades e departamentos.

A legislação cuidou das ações promovidas por empregadores contra sindicatos, até 1932, quando posteriormente ganharam isenção antitruste com a promulgação da *Noris Guardia Act*. Da mesma forma ocorreu com as cooperativas agrícolas, com a *Capper-Volstead*

³⁰ Para fins de contextualização, entende-se aqui necessidade de intervenção do Estado na atividade econômica com vistas a atenção e sensibilidade da autoridade antitruste brasileira à existência do poder compensatório a fim de estabelecer uma forma de segurança jurídica para amparar alguns casos. Isso porque, nas jurisdições onde não há procedimento para análise prévia da barganha coletiva, esta é observada *a posteriori* como conduta. A proposta deste trabalho será observar a possibilidade de análise prévia da barganha coletiva com possíveis eficiências, o que parece muito menos intervencionista. A ideia é permitir e não proibir, mas com um certo controle, criando-se um procedimento formal para analisar possíveis eficiências sob os cuidados da autoridade antitruste. O tema será melhor abordado nos capítulos seguintes.

³¹ O Direito Econômico está relacionado intimamente aos acontecimentos do séc. XIX, sobretudo na sua segunda metade, e ao início do séc. XX, encontrando sua origem na Constituição de Weimar (1919), em que se observa pela primeira vez o Direito Econômico em um texto constitucional. “As transformações da ordem liberal clássica, como resultado da incapacidade de auto-regulação do sistema econômico baseado tão somente na proteção (levada a cabo pelo direito privado das codificações, civil e comerciais) à autonomia privada e à liberdade negocial, propiciaram o surgimento de formas específicas de regulação pública da economia, representadas por normas, princípios e instituições regentes da organização e direção da atividade econômica (produção, circulação, distribuição e consumo), elementos constituintes do núcleo originário do Direito Econômico”. GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 39.

³² KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. **Journal of Economic Perspectives**, v. 14, n. 1, p. 43-60, 2000. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.14.1.43>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³³ Associação de produtores de cítricos California Fruit Growers' Exchange e organização de produtores de leite de Chicago em conluio com distribuidores de leite e com sindicatos. Um dos raros exemplos. p. 117.

³⁴ EUA. U.S. Supreme Court. **Loewe v. Lawlor**, 208 U.S. 274. n. 388. 03 fev. 1908. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/208/274/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

Act, de 1922, que havia anteriormente ampliado a isenção antitruste para sua atuação. Isso porque essas classes reagiam às manifestações de poder dos que vendiam seu trabalho ou seu produto, possuindo, para alguns, certo poder de mercado original pela sua força em relação aos seus empregadores. Havia, portanto, um reconhecimento implícito do empenho dos operários e agricultores na promoção de um poder de mercado eram diferentes do poder exercidos por aquelas grandes indústrias.

Houve acolhimento da tese do poder compensatório também pela Suprema Corte Norte-Americana, no caso 288, U.S. 344 de 1933, em que produtores de carvão criaram uma agência para barganhar melhores preços de venda. A decisão do Tribunal inferior foi reformada para absolver os produtores pelo fundamento de que o fato de mitigarem a competição entre eles não seria o bastante para condená-los. As consequências de se ignorar o poder compensatório, ou melhor, de não se saber diferenciá-lo corretamente do poder de mercado resultaram em graves prejuízos para a estrutura da indústria norte americana, levando a autoridade a reforçar posições que deveria atacar, em detrimento da livre concorrência.

Em síntese, a grande depressão da década de 1930 representou para os EUA um evento de extrema importância para a história do comportamento econômico do país, foram anos frutíferos para o desenvolvimento do poder compensatório e um estímulo crucial ao movimento sindical. Posteriormente, o contexto político econômico norte americano do Pós Segunda Guerra Mundial é marcado por insegurança e mal-estar em face do sucesso aparente e favorável desempenho da economia. Grande parte da produção dos EUA era detida por um pequeno número de empresas, a exemplo da produção agrícola, boa parte do comércio, mineração do carvão betuminoso e manufatura do vestuário³⁵. Os sindicatos preocupavam-se com ações preventivas a um novo colapso a fim de garantir os empregos e preços na agricultura.

Já nos anos 1950, foi publicado nos EUA uma nova norma antitruste, qual seja o *Celler-Kefauver Act*. O diploma fomentou o controle de fusões, permitindo ao governo investir com ímpeto nas integrações horizontais e verticais³⁶. A concorrência foi transformada em um instrumento crucial para reger a economia, em contrapartida à ostensiva intervenção feita pelo Estado³⁷, o que deu azo ao desenvolvimento da tese do poder compensatório.

³⁵ GALBRAITH, John Kenneth. **American capitalism: the concept of countervailing power**. Boston: Houghton Mifflin, 1952. p. 115.

³⁶ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. 2. ed., rev. e atual. de acordo com a Lei 12.529/2011. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013. p. 21.

³⁷ KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. **Journal of Economic Perspectives**, v. 14, n. 1, p. 43-60, 2000. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.14.1.43>. Acesso em: 02 jun. 2022.

1.1.2 A Tese do Poder Compensatório segundo John Kenneth Galbraith (1952)

John Kenneth Galbraith nasceu em 1908, no Canadá. Ao longo da sua vida, exerceu importantes funções junto ao governo dos Estados Unidos. Além de romancista e especialista em arte, foi “membro do conselho de editores da revista Fortune, embaixador da Índia durante o mandato de Kennedy, professor de economia na Universidade de Harvard e presidente da Americans for Democratic Action”³⁸. O escritor desenvolveu teorias como “O efeito da dependência”³⁹ e a “Teoria da firma”⁴⁰. Além disso, o autor possui uma visão revolucionária, com tendência de mudar conceitos a fim de se adaptar a novas situações.

John Kenneth Galbraith, em uma das suas importantes obras, denominada *Capitalismo Americano: O conceito de Poder Compensatório*⁴¹, foi pioneiro ao desenvolver a tese do poder compensatório como uma resposta consolidada e eficaz ao abuso de poder econômico. No contexto político econômico de concentração industrial norte-americana, conforme exposto nos subitens anteriores, o poder compensatório ganhou força como mecanismo de autorregulação do mercado, além de ter sido compreendido como regulador de preços e salários.

Para o autor, novas formas de controle ao poder privado vinham se desenvolvendo para além da concorrência, influenciadas pelo mesmo processo de concentração de mercados prejudiciais à concorrência. Surgiram ao lado oposto ao mercado, em contraparte à concorrência⁴².

Galbraith afirma que o benefício do exercício de poder de monopólio gera naturalmente um estímulo de concentração para empresas das quais compra (fornecedores *upstream*) e para as empresas que são vendidos produtos ou serviços (compradores *downstream*), com o intento de formar um poder necessário de defesa em relação à exploração. A existência do poder de mercado provoca um incentivo ao lado oposto de se organizar. O poder de um lado do mercado

³⁸ BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 385.

³⁹ GALBRAITH, John Kenneth. **The affluent society**. Boston: Houghton Mifflin, 1958.

⁴⁰ GALBRAITH, John Kenneth. **Economics and the public purpose**. Boston: Houghton Mifflin, 1973.

⁴¹ GALBRAITH, John Kenneth. **Capitalismo americano: o conceito do poder compensatório**. Tradução de Clara A. Colotto. Osasco: Novo Século Editora, 2008.

⁴² “Será conveniente dispor de um nome para essa contraparte da concorrência e vou chama-la de poder compensatório”. GALBRAITH, John Kenneth. **Capitalismo americano: o conceito do poder compensatório**. Tradução de Clara A. Colotto. Osasco: Novo Século Editora, 2008. p. 95.

produz tanto a necessidade do exercício do poder compensatório quanto a perspectiva de recompensa por esse exercício, surgindo como um contrapeso ao poder econômico⁴³.

Galbraith enxerga, portanto, a possibilidade da existência de benefícios sociais advindos de uma colaboração entre competidores com o objetivo de reequilibrar os elos da cadeia produtiva, mitigando o exercício de poder de mercado, reduzindo as desigualdades nas relações comerciais e aumentando o bem-estar social. Afirmar ainda que a regulação ou mitigação do poder de mercado é um antigo problema e que há três formas de resolvê-lo: a competição e a regulamentação pelo Estado seriam as maneiras mais tradicionais, e a terceira, de substancial importância e central em nosso tempo, seria a neutralização de uma posição de poder por outra, ou seja, o poder compensatório⁴⁴.

O cerne da tese de Galbraith consiste na interação de agentes e no fortalecimento de uma parte (compradores ou vendedores) em resposta natural à concentração do mercado original. O autor entende que o poder compensatório atua de modo a promover melhor alocação de recursos, assim como a concorrência, promovendo o bem-estar ao reduzir os efeitos deletérios de poder de mercado original. Sendo assim, criar poder compensatório significa uma alternativa à regulação via concorrência ou ainda pela intervenção estatal. É fruto da ação de agentes prejudicados pelo poder de mercado pré-existente, pode ser exercido a montante ou a jusante na cadeia produtiva, e comumente se traduz na formação de associações, cooperativas, sindicatos etc.

Torna-se, desse modo, suplantada a ideia de que a concorrência seria o único mecanismo regulador autônomo da atividade econômica, além do Estado. Isso porque, em um mercado de monopólio ou oligopólio, há eliminação da capacidade autogeradora da concorrência. Assim, a concorrência não é mais vista como o único meio de regulação de mercado, dando lugar ao poder compensatório. Galbraith afirma que o poder compensatório é uma força autogeradora, de maneira que a tendência de o poder ser organizado em resposta a uma dada posição de poder é a característica vital do próprio instituto.

⁴³ GALBRAITH, John Kenneth. **Capitalismo americano**: o conceito do poder compensatório. Tradução de Clara A. Colotto. Osasco: Novo Século Editora, 2008. p. 96.

⁴⁴ “We are concerned here with the oldest of economic problems - that of the mitigation or regulation of economic power. Anciently, two solutions have been recognized to the problem of economic power. One is competition. The other - always assuming that anarchy and exploitation are not solutions - is regulation by state. I have argued that there is a third mitigant of substantial, and perhaps central, importance in our time. That is the neutralization of one position of power by another”. GALBRAITH, John Kenneth. **American capitalism**: the concept of countervailing power. Boston: Houghton Mifflin, 1952. p. 1.

Diante disso, o fenômeno do poder compensatório pode ser melhor observado no mercado de trabalho onde ele alcança o seu desenvolvimento máximo. Galbraith se filia a tese de que, por causa da imobilidade relativa do trabalhador, ele se torna vulnerável ao poder econômico privado. Cita o exemplo dos clientes de uma determinada siderurgia que a qualquer momento pode trocar de fornecedor, caso entenda que este está cobrando preços excessivos pelo aço. Já o trabalhador não poderia desfrutar de tal liberdade ao ser mal pago⁴⁵.

Ao fazer uma digressão histórica, afirma que raramente o poder de um homem sobre outro foi usado com mais insensibilidade do que no mercado de trabalho norte-americano após o surgimento das grandes empresas. Para o autor, esse tipo de poder não é mais utilizado como antes, haja vista que o seu exercício criou uma ação contrária, que levou a seu término. Segundo Galbraith⁴⁶, foi o próprio poder da indústria do aço que fez surgir o sindicato siderúrgico, e não a capacidade de organização de John L Lewis e Philip Murray⁴⁷.

O autor ainda cita como exemplo, para justificar sua tese e demonstrar que o próprio poder de mercado é o gerador de uma contra força, o fato de que os sindicatos mais fortes se concentram justamente no mesmo mercado onde se encontram os maiores grupos empresariais. Isso acontece nas indústrias de automóveis, do aço, da eletricidade, da borracha, do maquinário agrícola, da mineração, etc. Nesses mercados, a organização de sindicatos fortes foi uma consequência natural para que se pudesse, posteriormente à criação do poder de negociação, fazer com que os trabalhadores também usufríssem dos benefícios da empresa.

Além disso, observa que nos mercados que mais se aproximavam do modelo de concorrência perfeita, a estrutura sindical era fraca. Não há nenhum sindicato fortemente organizado, por exemplo, na agricultura americana, tampouco na indústria têxtil. A razão é que o trabalhador, no caso da agricultura, não possuía nenhum poder sobre sua mão-de-obra e, até tempos recentes, não obtinha nenhuma recompensa do poder de mercado que valesse a pena organizar um sindicato.

O poder de mercado do agricultor individual é naturalmente inexistente, seja em mercado de compra ou de venda, ao contrário daqueles com quem fazia negócios, como

⁴⁵ GALBRAITH, John Kenneth. **Capitalismo americano**: o conceito do poder compensatório. Tradução de Clara A. Colotto. Osasco: Novo Século Editora, 2008. p. 97.

⁴⁶ “O poder econômico que o trabalhador enfrentava para vender seu trabalho – a concorrência de muitos vendedores negociando com poucos compradores – levou-o à necessidade de se organizar para a própria proteção. Quando ele desenvolveu como sucesso o poder compensatório, passou a compartilhar das recompensas do poder das empresas siderúrgicas”. GALBRAITH, John Kenneth. **Capitalismo americano**: o conceito do poder compensatório. Tradução de Clara A. Colotto. Osasco: Novo Século Editora, 2008. p. 98.

⁴⁷ Foram importantes líderes sindicais norte-americanos que lideraram grandes movimentos especialmente na primeira metade do século XX.

produtores de fertilizantes, fabricantes de maquinas agrícolas, fornecedores, etc., todos exercem poder desmedido de mercado. Conseqüentemente, para compensar a ausência do seu poder de mercado, o agricultor norte-americano experimentou três métodos: criar um poder compensatório; ou suprimir o poder original de quem compra ou vende; ou, ainda, tentar tirar vantagem do aumento do poder de mercado relacionado às flutuações na demanda⁴⁸. A forma de organização dos agricultores para adquirirem poder compensatório se traduzia em forma de cooperativas como instrumentos de negociação.

O modelo trabalhista e sindical é um excelente exemplo para entender o fenômeno do poder de compensatório no mercado. Vale, contudo, uma ressalva: a ideia de evolução do poder compensatório como resposta às posições de mercado pré-existentes não é unânime na economia⁴⁹. As reações compensatórias às posições de poder previamente estabelecidas também puderam ser observadas no negócio varejista, tendo se manifestado na prática pela segunda metade do século XX através das grandes e poderosas empresas de cadeia de alimentos, lojas de departamentos, de gêneros alimentícios, etc. A mesma linha de raciocínio serve para a indústria⁵⁰.

Compradores ou vendedores organizados em resposta a uma posição mais forte no mercado traz a importância prática da tese do poder compensatório, ainda que não tenha sido reconhecida por um período extenso de tempo pela teoria econômica e política. Nesse sentido, o autor destaca os muitos incentivos na economia para desenvolver a tese do poder compensatório. Frisa, ainda, a importância de os grandes grupos, porém menos favorecidos, se organizarem para exercer o poder compensatório em face dos grupos mais favorecidos, embora menores⁵¹.

Muitos atos legislativos importantes do New Deal utilizaram a tese do poder compensatório, a qual teve aplicações práticas, dando poder de mercado a um grupo que previamente não o possuía, para os trabalhadores como forma de proteção e assistência aos sindicatos, para os agricultores como forma de apoio governamental aos preços, para os trabalhadores não organizados como forma de legislação trabalhista do salário mínimo. A busca

⁴⁸ GALBRAITH, *ibidem*, p. 129.

⁴⁹ GALBRAITH, John Kenneth. **Capitalismo americano**: o conceito do poder compensatório. Tradução de Clara A. Colotto. Osasco: Novo Século Editora, 2008. p. 99.

⁵⁰ “[...] o desenvolvimento do poder compensatório requer um mínimo de oportunidade e capacidade de organização, empresarial ou outra. Se as grandes organizações de varejo compradoras não tivessem desenvolvido o poder compensatório que tem usado em nome e a favor do consumidor individual, os consumidores teriam sido confrontados com a necessidade de organizar o equivalente ao poder do varejista”. GALBRAITH, *ibidem*, p. 105.

⁵¹ GALBRAITH, *ibidem*, p. 113.

pelo auxílio do governo seria para que esse poder fosse empregado em face daqueles que aos quais anteriormente haviam sido subordinados.

Galbraith, no entanto, destaca que o poder compensatório não foi bem compreendido porque o papel do governo foi não só imperfeitamente apreendido, mas também imperfeitamente desempenhado. O autor acreditava que à medida que o poder compensatório fosse melhor assimilado, haveria melhor administração no futuro⁵².

O papel desempenhado pelo governo com o fim de estimular o desenvolvimento do poder compensatório não foi suficiente para torná-lo imprescindível. Os grupos precisaram se organizar sem esperar qualquer apoio importante do governo no desenvolvimento de seu poder de mercado. A partir do momento em que trabalhadores e agricultores se reuniram em organizações, conquistaram, então, algum apoio do governo⁵³.

Impende destacar que medidas estatais para o exercício do poder compensatório não diferem daquelas utilizadas para promoção da concorrência, porquanto o poder compensatório, assim como a concorrência, opera para impedir o mau uso do poder de mercado em mãos privadas.

No mais, o crescimento do poder compensatório fortalece a capacidade de autorregulação autônoma da economia, diminuindo conseqüentemente o volume do controle ou do planejamento total, necessário ou solicitado, do governo. No entanto, no que se refere ao papel do Estado em relação ao poder econômico, a ideia é discutir quando o poder compensatório restringe o seu exercício privado. E mais, em que medida é necessário intervir no mau exercício do poder compensatório pelo homem de negócios⁵⁴.

Os economistas norte-americanos examinaram o poder privado de mercado com certa inquietação, no entanto não concordavam com a intervenção do Estado nas decisões privadas. A ideia seria corrigir as insuficiências da economia sem interferir nas decisões do poder econômico privado em relação à produção. As falhas de mercado seriam superadas pela concorrência e pela aplicação das leis antitrustes. Destarte, para Galbraith, como princípio básico regulador da economia, a partir do momento que o poder compensatório substitui a

⁵² GALBRAITH, *ibidem*, p. 114.

⁵³ GALBRAITH, John Kenneth. **Capitalismo americano**: o conceito do poder compensatório. Tradução de Clara A. Colotto. Osasco: Novo Século Editora, 2008. p. 123.

⁵⁴ “Importante compreender qual asserção do poder estatal e qual intervenção na autoridade privada é necessário para se alcançar produção e emprego razoavelmente estáveis a preços razoavelmente estáveis”. GALBRAITH, *ibidem*, p. 42.

concorrência, repartição e emprego de recursos se colocam de forma ideal no mercado, alcançando-se a eficiência social máxima.

1.1.2.1 Crítica à tese de Galbraith e autores que a evoluíram

No decorrer dos anos 1950 e 1960, alguns autores vieram a criticar os ensinamentos de Galbraith, com o entendimento de que o poder compensatório traria redução do bem-estar econômico devido a problemas de duplo *mark-up*.

Assim, a maior crítica à teoria de Galbraith se dá em torno do modo de repasse de ganhos aos consumidores finais. A economia configurada por grandes produtores requer tal poder de mercado combatido pela formação de outros grandes fornecedores, distribuidores, etc. No entanto, o que se questiona pela crítica é como os ganhos dessa formação de poder “compensada” serão repartidos com o restante da sociedade⁵⁵.

Tal contraponto a Galbraith também pode ser encontrado na literatura, especialmente em von Ungern-Sternberg (1996), Dobson e Waterson (1998), Chen (2003) e Iozzi e Valletti (2014)⁵⁶, pois afirmam que o resultado final em relação ao bem-estar do consumidor final e da sociedade em geral pode ser nulo ou negativo, haja vista a dificuldade de escolha do modelo aplicado, bem como das especificidades do mercado analisado.

Simon N. Whitney, professor de ciências econômicas da Universidade de Nova Iorque (NYU), é um dos principais autores que criticam o conceito de poder compensatório defendido por John Galbraith em sua obra *“American Capitalism: The Concept of Countervailing*

⁵⁵ “Em um contexto de deflação, os varejistas seriam estimulados a repassar os ganhos aos consumidores via redução de preço. Entretanto, de acordo com Whitney (1953), momentos em que se verifica pressão inflacionária são bastante importantes e, neste cenário, o agente que obteve poder compensatório não tem, necessariamente, incentivos para dividir o seu ganho com os consumidores. Ademais, Whitney (1953) também considera a possibilidade de, na prática, o poder compensatório criado resultar em aumento de preço para o consumidor, piorando a situação inicial”. AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. **Estudos Econômicos**, v. 39, n. 4, 2009, p. 12. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ee/article/view/35989>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁵⁶ Respectivamente: DOBSON, Paul; WATERSON, Michael; CHU, Alex. **The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power**. Office of Fair Trading Research Paper, n. 16, set. 1998. 56 p.; UNGERN-STERNBERG, T. Von. Countervailing power revisited. **International Journal of Industrial Organization**, v. 14, 1996, p. 507-519; CHEN, Zhiqi. Dominant Retailers and the Countervailing-Power Hypothesis. **Rand Journal of Economics**, v. 34, n. 4, p. 612-625, 2003; IOZZI, Alberto; VALLETTI, Tommasi. Vertical Bargaining and Countervailing Power. **American Economic Journal: Microeconomics**, v. 6, n. 3, p. 106–135, 2014.

*Power*⁵⁷ (1952). O artigo *Errors in the Concept of Countervailing Power* (1953)⁵⁸, publicado por Whitney, é dividido em seis seções que apontam as principais falhas, segundo o autor, cometidas por Galbraith ao conceituar o termo “poder compensatório”.

A primeira seção aborda a problemática de que a teoria do poder compensatório não consegue explicar a razão principal pela qual o consumidor é beneficiado por tal teoria. A segunda explica o motivo do êxito atribuído ao desempenho do capitalismo nos Estados Unidos. A terceira seção, por sua vez, aborda os exemplos exercidos pelos *combined sellers*, cuja contribuição para o capitalismo americano é pouco precisa. A quarta seção diz respeito à análise do movimento de demanda e emprego como um todo. A quinta seção critica a falha da explicação de Galbraith sobre o sucesso atribuído ao poder compensatório. Por fim, a sexta e última crítica faz referência aos fatos históricos, os quais não são suficientes para embasar a tese do poder compensatório.

Na primeira seção, Whitney afirma que a falha central na teoria do poder compensatório proposta por Galbraith reside na ausência de explicação de como o consumidor é beneficiado pela teoria. O único argumento que, de fato, é explicado pelo livro, é como os detentores do poder compensatório podem forçar os detentores do poder original a dividirem os lucros. Caso esses novos grupos econômicos, detentores do poder compensatório, tenham o mesmo motivo que os anteriores, eles dificilmente irão dividir os lucros com os consumidores⁵⁹.

Galbraith defende que a única hipótese em que há promoção do bem-estar do consumidor diz respeito, na concepção de Whitney, aos grandes varejistas. O principal meio de expansão de vendas dos mesmos são os preços baixos. Caso um produto seja adquirido por um preço baixo, isso aumenta significativamente as chances de ele ser vendido por um preço baixo também. Todavia, a grande falha nesse argumento, apontada por Whitney, decorre de que todas as empresas, sejam elas de produção ou distribuição, possuem as mesmas razões citadas para expandir o número de vendas, com o intuito de aumentar o lucro. Logo, é incorreto restringir-

⁵⁷ GALBRAITH, John Kenneth. **American capitalism: the concept of countervailing power**. Boston: Houghton Mifflin, 1952.

⁵⁸ WHITNEY, Simon. Errors in the Concept of Countervailing Power. **The Journal of Business of the University of Chicago**. Chicago, v. 26, n. 4, p. 238-253, out. 1953. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2350275>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁵⁹ No entanto, não é uma questão de redução de preços, mas sim de que uma concentração pode não levar a aumentos de preços em função do poder compensatório. Nesse caso, a aplicação do princípio do poder compensatório não precisa necessariamente beneficiar o consumidor por meio de uma queda do preço final. Basta que ele não seja prejudicado por um aumento do preço final.

se na ideia de que apenas os grandes varejistas possuem tais justificativas para expandirem o número de vendas.

Um outro exemplo criticado por Whitney trata do poder compensatório na indústria, no qual os grandes fabricantes compram maquinário e equipamento mais barato que os seus concorrentes. Uma vez que esses fornecedores tentem explorar o consumidor por seus próprios poderes de mercado como vendedores, Whitney reprova a atitude deles, caracterizando-a como “*pleasant surprise*” o fato de esses fornecedores agirem como “protetores dos consumidores”, sendo que, na realidade, eles buscam aumento de lucro. Sobre os descontos especiais obtidos por cada camada sucessiva de compradores, os quais possibilitam o capitalismo funcionar tão corretamente, Whitney diz que são “intrigantes” e a ilegalidade que os envolve é um “mistério”.⁶⁰

Um dos grandes objetivos da obra de Galbraith, sem dúvidas, é explicar a razão de o capitalismo americano possuir um desempenho tão excepcional. Contudo, para atingir esse objetivo, Whitney aponta que Galbraith deveria ter incluído não apenas os motivos lucrativos e não lucrativos das empresas, mas também outros fundamentos como o empreendedorismo, origens dos povos pioneiros estadunidenses, dentre outros fatores. Em um outro momento, Whitney critica a relação de sucesso atribuída a Galbraith entre o poder compensatório e os sindicatos trabalhistas, pois essa presunção exige provas que não são demonstradas ao longo da obra principal.

Em suas considerações finais sobre a obra, Whitney ressalta que Galbraith consegue atingir o seu objetivo de dar ao leitor, em geral, um amplo panorama de uma controvérsia econômica, a qual irá despertar e instigar o interesse daqueles que a estiverem lendo⁶¹. Ou seja, existe uma interação entre a indústria e o trabalho de pesos e contrapesos, na qual elas próprias controlam e delimitam os seus próprios limites de poder e de influências. Por fim, apesar de o termo “poder compensatório” ser eficaz, Whitney critica e discorda de Galbraith nesse aspecto, pois este alega diversos benefícios advindos do “poder compensatório”, porém, para aquele, falta embasamento jurídico e provas concretas para fundamentar sua teoria.

⁶⁰ WHITNEY, Simon. Errors in the Concept of Countervailing Power. **The Journal of Business of the University of Chicago**. Chicago, v. 26, n. 4, p. 238-253, out. 1953. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2350275>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁶¹ Também sugere a seguinte afirmação: “Galbraith could have mentioned that labor is held in check” (p.118) by industry just as industry is by labor. “Held in check (a highly ambiguous phrase if perhaps more meaningful in the political sense (“pressure groups”) than in the economic”. Em tradução livre: Galbraith poderia ter mencionado que a indústria e o trabalho controlam um ao outro. “Held in check” (uma frase um tanto quanto ambígua, e com maior significado no sentido político do que no econômico). WHITNEY, *ibidem*.

Uma outra crítica realizada à tese do poder compensatório de Galbraith foi o artigo “*The Economist Plays With Blocs*”⁶², escrito pelo economista George J. Stigler⁶³, em 1954. Logo no começo de seu artigo, Stigler inicia descrevendo as três opiniões compartilhadas por Galbraith com muitos economistas, as quais correspondem à matéria-prima da teoria do poder compensatório: (i) a economia dos Estados Unidos se destaca por sua eficiência e progresso; (ii) o oligopólio é extremamente comum nas indústrias básicas americanas; e, (iii) os maiores setores da economia estão organizados em poderosas unidades econômicas e que as decisões econômicas importantes são tomadas por empresas individuais ou blocos individuais cujos poderes excedem a simples adaptação quanto à força impessoal do mercado. Essas visões básicas não permitem qualquer julgamento sobre a validade da teoria da Galbraith, porém Stigler realça a necessidade delas para compreender a lógica adotada pelo autor ao realizar sua crítica.

Stigler critica a seguinte asserção de Galbraith:

O poder compensatório, como uma restrição ao poder de mercado, apenas funciona quando há uma escassez de apropriada demanda. Somente então, o comprador se torna importante para o vendedor, e isso é um pré-requisito óbvio para fazer valer o seu poder sobre o poder de mercado do vendedor. Caso existam muitos compradores, ou seja, se a oferta é menor em relação a demanda atual, o vendedor não tem a obrigação de se render ao poder de barganha de qualquer cliente. O poder compensatório do comprador, por maior que seja, desaparece com o excesso de demanda.⁶⁴

O autor alega que os oligopolistas não estão vendendo seus produtos conforme o preço de equilíbrio de mercado, e que ao invés de criar uma “escassez de demanda” por meio de cobrança de preços mais altos, eles optam por não exercer seu poder de monopólio. Ele continua sua exposição discorrendo que Galbraith deveria cumprimentar oligopolistas que se recusam a cobrar tanto quanto os compradores oferecem, pois esses oligopolistas se autocompensam.

⁶² STIGLER, George. *The Economist Plays with Blocs*. **American Economic Association**, v. 44, n. 2, p. 7-14, maio 1954. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1818318>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁶³ O economista estadunidense George J. Stigler (17 de janeiro de 1911 – 1 de dezembro de 1991), em 1982, foi laureado com o prêmio Nobel em Ciências Econômicas.

⁶⁴ Tradução livre. No original: “Countervailing power, as a restraint on market power, only operates when there is a relative scarcity of demand. Only then is the buyer important to the seller and this is an obvious prerequisite for bringing his power to bear on the market power of the seller. If buyers are plentiful, that is, if supply is small in relation to current demand, the seller is under no compulsion to surrender to the bargaining power of any customer. The countervailing power of the buyer, however great, disappears with an excess of demand”. STIGLER, George. *The Economist Plays with Blocs*. **American Economic Association**, v. 44, n. 2, p. 7-14, maio 1954. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1818318>. Acesso em: 02 jun. 2022.

Galbraith apresenta uma segunda proposição, não tão explícita, justificando a razão de preferir o oligopólio bilateral ao invés do unilateral. Defende que o oligopólio bilateral normalmente proporciona uma melhor distribuição de renda. Essa assertiva, na opinião do crítico, é incoerente com o argumento anterior de que o oligopólio bilateral gera resultados quase competitivos.

Ao longo de sua análise, Stigler sugere que a noção de poder compensatório proposta Galbraith seja compreendida como um dogma, e não como uma teoria propriamente em si, pois ambos podem ser considerados como verdadeiros, mas falta desenvolvimento racional com evidências empíricas que possam atribuir maior credibilidade para elas. Entretanto, um dogma e uma teoria possuem relevâncias distintas nos meios científicos e acadêmicos, sendo o segundo mais bem aceito em relação ao primeiro.

Há, ainda, uma crítica quanto às combinações de trabalho entre professores de faculdade e pessoas que trabalham no campo. Em que pese as combinações de trabalho possam aumentar consideravelmente as chances desses trabalhadores melhorarem seu *status* relativo em relação ao que poderiam conseguir em uma ação individual, essa não seria a alternativa mais adequada para a situação em questão. O fato de os grupos se combinarem entre si não quer dizer que automaticamente eles estarão na mesma base de igualdade e respeito mútuo.

Outro autor que critica John Galbraith é Walter Adams. Em seu artigo *Competition, Monopoly and Countervailing Power*⁶⁵, ele aponta algumas limitações na tese do poder compensatório, tais como: (i) o poder compensatório é frequentemente enfraquecido pela integração vertical e pelo controle financeiro de alto nível; (ii) monopólios bilaterais criados através do poder compensatório não são a solução ideal para o problema de poder econômico; (iii) a influência do poder compensatório na tecnologia e na competição interindustrial não é um substituto adequado para a competição no sentido neoclássico; (iv) o poder compensatório por meio da ação do governo é frequentemente subvertido pela intimidade excessiva da afiliação entre regulador e regulado; e (v) toda a tese se baseia na hipótese suspeita de que empresas de grande porte são, inevitavelmente, resultado da tecnologia e da economia do século XX.

Adams, em suas considerações finais, reconhece o mérito da tese do poder compensatório quando Galbraith defende que o poder compensatório, muitas vezes, possui

⁶⁵ ADAMS, Walter. *Competition, Monopoly and Countervailing Power*. **The Quarterly Journal of Economics**: Oxford University Press, Oxford, v. 67, n. 4, p. 469-492, nov. 1953. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1883596>. Acesso em: 02 jun. 2022.

capacidade para atuar como substituto da concorrência. Todavia, Adams discorda do autor nessa premissa, pois para ele o poder compensatório não é o substituto adequado para a competição e, ademais, não consegue sobreviver por muito tempo na ausência de competição.

1.1.2.2 A Tese do Poder Compensatório segundo a teoria econômica moderna

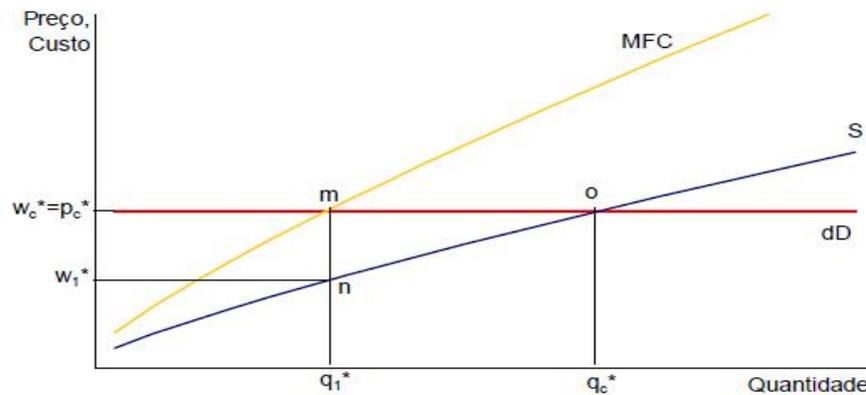
A modelagem do poder compensatório sob o ponto de vista econômico requer um poder originário a ser compensado e segue a teoria clássica do monopsonio e do monopólio. Seguindo a doutrina na área⁶⁶, o presente capítulo tem como foco a análise de suposto mercado de um insumo que é comercializado entre fornecedores e um distribuidor, este responsável por vender o produto no mercado final para o consumidor.

Para examinar o efeito econômico de uma formação de um poder compensatório, serão analisadas duas possíveis condições de mercado antes: (i) o caso de mercado de fatores, onde o vendedor sujeito à concorrência vende para um monopsonista, com um mercado final funcionando também sob plena concorrência (por exemplo devido a importações); (ii) o caso no qual o monopsonista atua também como monopolista no mercado de bens. As implicações para o bem-estar serão comparadas com o caso (iii) em que no mercado do insumo os vendedores se juntam para atuar como monopolista, enfrentando o monopsonista / monopolista do caso (ii), e o caso (iv), em que o poder compensatório vende o insumo para o monopsonista, com o mercado a jusante funcionando sob concorrência perfeita.

1.1.2.2.1 Caso (I): concorrência – monopsonio; concorrência – concorrência

⁶⁶ ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência**: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022; e DOBSON, Paul; WATERSON, Michael; CHU, Alex. **The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power**. Office of Fair Trading Research Paper, n. 16, set. 1998. 56 p. Disponível em: http://wrap.warwick.ac.uk/21/1/WRAP_Waterson_of239.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

Gráfico 1 - Mercado no caso (I)



Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

Como visível no gráfico do mercado de bens intermediários, há a curva de oferta do insumo S , e a demanda derivada deste constante dD , visto que o comprador atua no mercado final como tomador de preço, sujeitando-se a plena concorrência. Na ausência do poder de monopsonio, o equilíbrio do mercado encontra-se no cruzamento das linhas S e dD , com as respectivas quantidades q_c^* e preços w_c^* . A oferta equivale aqui aos custos marginais de produção e a demanda, ao valor do produto marginal do insumo no mercado final, constante no valor w_c^* . Para simplificar, assume-se que o preço de distribuição é zero, o único custo é o preço do insumo w e se produz uma unidade do produto final por unidade de insumo, de tal modo que o preço final p encontra-se na curva dD da demanda derivada, no caso presente, no equilíbrio ao preço do insumo ($p_c = w_c$).

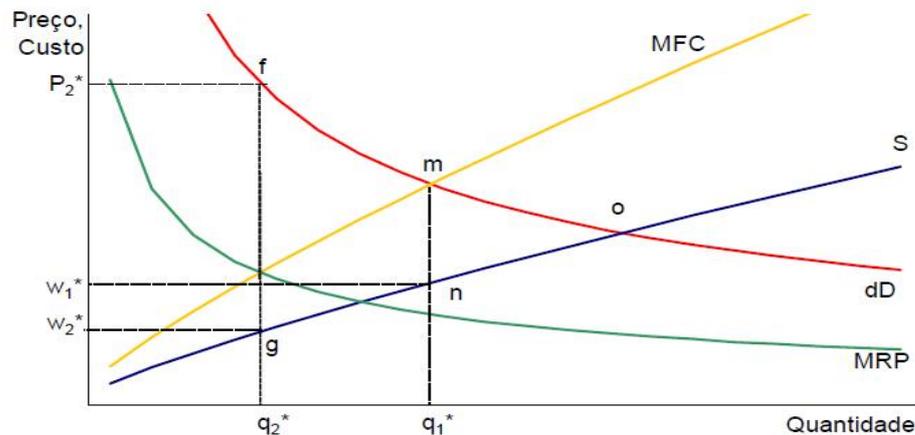
No caso de poder de compra, o monopsonista busca maximizar o seu lucro escolhendo o nível ótimo de produção, em que o seu custo marginal (MFC) equipara-se à receita marginal (dD). Como fica claro no cruzamento das respectivas curvas, o preço de equilíbrio w_l^* e a respectiva quantidade q_l^* são menores, o que representa uma perda de bem-estar relativo ao cenário competitivo, representado pelo triângulo mno : Pelo mesmo preço tem menos transações no mercado final. No mercado final o produto é vendido pelo preço p_c^* , resultando num lucro (econômico) do monopsonista no valor de $p_c^* - w_l^*$ multiplicado com q_l^* .

Observa-se que a curva MFC é constantemente acima da curva da oferta, o que se explica pela circunstância, que o distribuidor, a cada unidade extra que ele compra, é obrigado pagar um preço w maior para todas as unidades. Isso fica visível na inclinação positiva da curva S e no fato que, ao consumir uma unidade (marginal) a mais, os seus custos crescem pelo preço

da unidade extra adquirida mais pelo aumento do preço multiplicado com as unidades anteriormente comparados.

1.1.2.2.2 Caso (II): Concorrência – Monopsônio; Monopólio – Concorrência

Gráfico 2- Mercado no caso (II)



Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

Neste cenário, além de poder de compra, o monopsonista também possui uma posição dominante no mercado de bens. Ele não é mais tomador de preço, senão impacta o preço do mercado por sua decisão de quantidade oferecida, com a consequência que a demanda (agregada) dD agora é negativamente inclinada. O seu retorno marginal MRP não é mais igual o preço w_c na curva dD , mas, seguindo o mesmo raciocínio dos custos marginais MFC , é representado pela curva MRP , constantemente abaixo da curva da demanda: assim, para cada unidade que o distribuidor quer vender mais, ele precisa baixar o preço para todas as unidades⁶⁷, ganhando assim pela unidade extra vendida o preço novo, mas perde a diferença de preço (mais baixo) multiplicado com as demais unidades.

Neste mercado, o distribuidor maximiza de novo o seu lucro, igualando custos marginais e rendimentos marginais e, portanto, escolhendo a quantidade ótima q_2^* . Assim, o mercado de insumos encontra seu equilíbrio no ponto f com o respectivo preço w_2^* . Precisando vender no

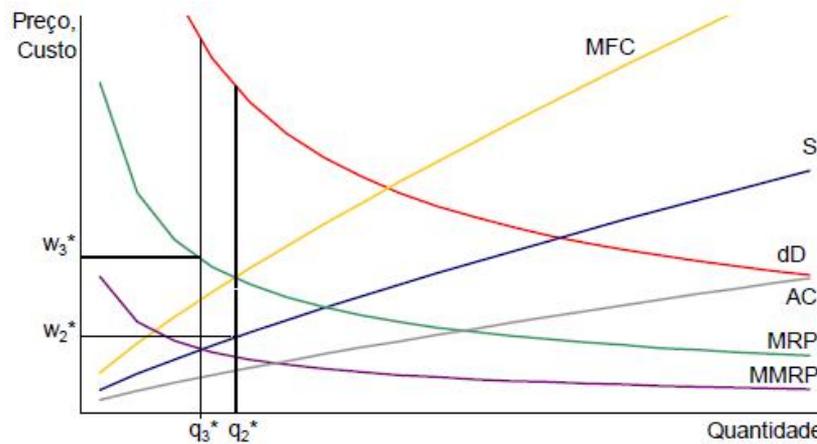
⁶⁷ Devido à vedação de discriminação de preços perante o consumidor.

mercado final apenas a quantidade menor q_2^* , o distribuidor pode cobrar o preço p_2^* no mercado final, com o lucro $(p_2^* - w_2^*) \times q_2^*$.

Se não existisse o poder de venda no mercado no final, o monopsonista iria produzir a quantidade q_1^* com os preços w_1^* e o equilíbrio m^{68} , ou seja, o poder de dois lados causa uma perda de bem-estar ainda maior, representado no gráfico pelo triângulo *fgo*.

1.1.2.2.3 Caso (III): Monopólio – Monopsônio; Monopólio – Concorrência

Gráfico 3 - Mercado no caso (III)



Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

Esse cenário supõe que no mercado a jusante vários produtores se juntaram para contrabalancear o poder de compra do monopsonista, sendo modelado na forma de concentração absoluta de um monopólio para analisar os efeitos para volume de transações, preço e bem-estar.

Existem dois casos diferentes: um em que os atores não percebem sua interdependência e não cooperam entre si, reagindo um ao outro; e um outro em que os atores ficam cientes da sua situação e decidem negociar.

⁶⁸ Assume-se aqui que o monopsonista, pressionado pela concorrência potencial no mercado final e pelas barreiras baixas de entrada, ofereceria seu produto respeitando a condição de zero lucro (econômico) no mercado final, caso em que a demanda derivada representaria, em vez do valor do rendimento marginal do insumo, o valor do rendimento médio, causando assim a inclinação negativa da curva *dD*. A relação fica clara raciocinando que, na condição de zero lucro, os custos totais (no caso o $w \times q$) têm que ser iguais aos rendimentos totais (*output x p* (= *preço final*)). Dividindo os dois pela quantidade do insumo, resta w igual $(output \times p) / q$, que é nada diferente do valor do produto médio por unidade do insumo. Essa condição é diretamente ligada à curva de oferta com inclinação positiva no mercado final, pressupondo rendimentos decrescentes de escala no processo da produção.

No primeiro caso, o produtor monopolista estabelece o seu preço seguindo o mesmo esquema como descrito acima: ele observa a curva de demanda do distribuidor MRP e deriva seu retorno marginal $MMRP$. Assumindo que não quer atrair novos concorrentes a entrar no mercado, ele age como se fosse sob condições competitivas e oferece o insumo pelos seus custos marginais (curva S). Assim, o equilíbrio se encontra no cruzamento da quantidade ótima q_3^* e o preço w_3^* , lembrando que o preço do insumo se define pela definição da quantidade de produção do produtor monopolista e seu respectivo nível de preço na curva da demanda MRP do distribuidor.

O distribuidor, por sua vez, trata o preço cobrado w_3^* como dado, iguala com seus rendimentos marginais MRP (agora sob perspectiva do mercado do produto final) e cobra o preço p_3^* , equivalente valor do produto médio do insumo.

Observa-se no gráfico que tanto preço como quantidade diminuíram em comparação com o poder de monopólio defrontando-se com diversos produtores concorrentes. Esse cenário, no entanto, depende das elasticidades da oferta e da demanda: se a elasticidade-preço da demanda for maior que a da oferta, e a diferença entre as duas for maior que 1 ($|Elast.Demanda| - |Elast.Oferta| > 1$), a quantidade q_3^* seria maior que q_2^* , com preços respectivos mais baixos⁶⁹, ou seja, haveria um ganho de bem-estar em detrimento da criação do poder compensatório.

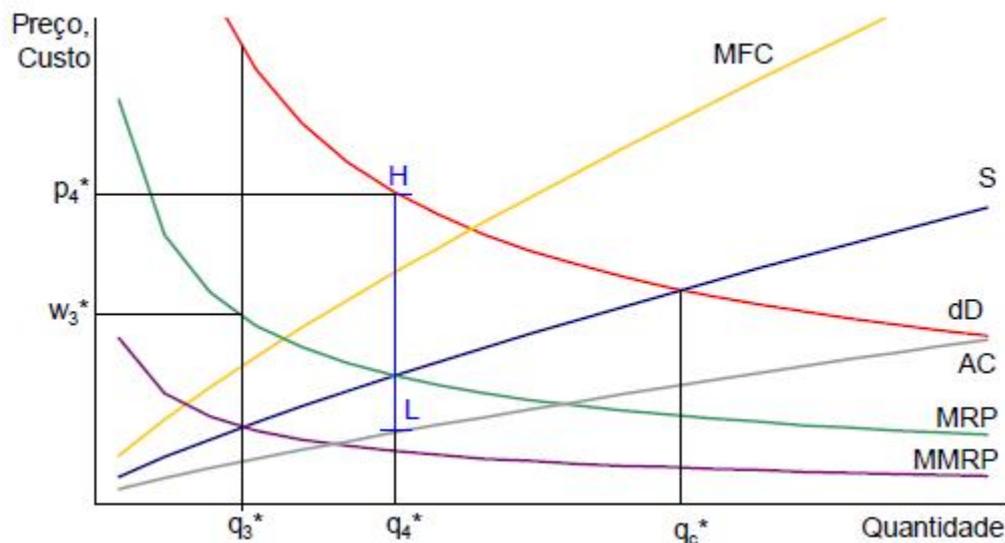
No entanto, na maioria dos casos, há uma perda de bem-estar, e no cenário do poder compensatório como definidor de preço do insumo o preço do produto final cresce significativamente. Em vez de um agente com poder de mercado otimizando lucros e indicando preços, com a concentração a montante há dois atores e, portanto, parece intuitivo que exista um duplo efeito de acréscimos ao preço acima dos custos. Trata-se de mecanismo também chamado de *dupla marginalização*. O produtor cobra o aumento representado pela diferença MRP e S no lugar q_3^* e o distribuidor ganha a margem adicional entre a curva Dd e seus custos MRP , no mesmo lugar.

Todavia, havendo dois poderes de mercado se enfrentando, a solução mais provável é que os dois agentes cooperem entre si e maximizem o lucro no conjunto, como se fosse uma

⁶⁹ Ressalta-se, todavia, que analiticamente o problema de monopólio / Monopólio pressupõe uma elasticidade da demanda maior que 1 para a equação $Custos Marginais = Rendimentos Marginais$ ter uma solução. Na intuição fica claro, que um monopólio que enfrenta uma demanda constantemente inelástica sempre aumenta o seu lucro produzindo mais, porque o aumento do preço sempre fica maior do que a perda pela diminuição da quantidade. Cf. ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência**: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 38. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022.

empresa integrada. Num segundo passo, esse lucro seria compartilhado entre eles como resultado de uma negociação.

Gráfico 4 – Situação com dois poderes de mercado



Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

Assim, como visível no gráfico, os agentes igualam os seus custos marginais com os seus rendimentos marginais, representado pelo cruzamento das curvas S (= Custos marginais do produtor) e MRP (= rendimentos marginais do distribuidor), com a quantidade de equilíbrio q_4^* . Analiticamente, é possível mostrar que esta quantidade sempre seria maior que a quantidade referente à não-cooperação q_3^* ou à do caso do monopsonista-monopolista incontestado, a quantidade q_2^* (vide Gráficos 2 e 3)⁷⁰. Por causa da curva de demanda negativamente inclinada, o preço cobrado ao consumidor final p_4^* sempre será adequadamente mais baixo, ou seja, haverá ganho líquido de bem-estar por causa da introdução do poder compensatório na modalidade cooperativa.

O preço do insumo w e assim o lucro da operação será negociada livremente entre o produtor e o distribuidor, porém dentro do intervalo LH , isto é, entre os custos médios do produtor e o valor do produto médio do insumo para o distribuidor, o que é bastante intuitivo: os custos por unidade representam o valor mínimo a partir do qual é lucrativo para o produtor

⁷⁰ ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência**: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 44. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022.

participar da transação; qualquer preço abaixo desse valor representaria um prejuízo, hipótese em que seria mais atraente para o produtor se abster do negócio e não produzir nada. Deste modo, o valor do produto médio representa para o distribuidor o valor monetário por unidade do insumo no mercado final.

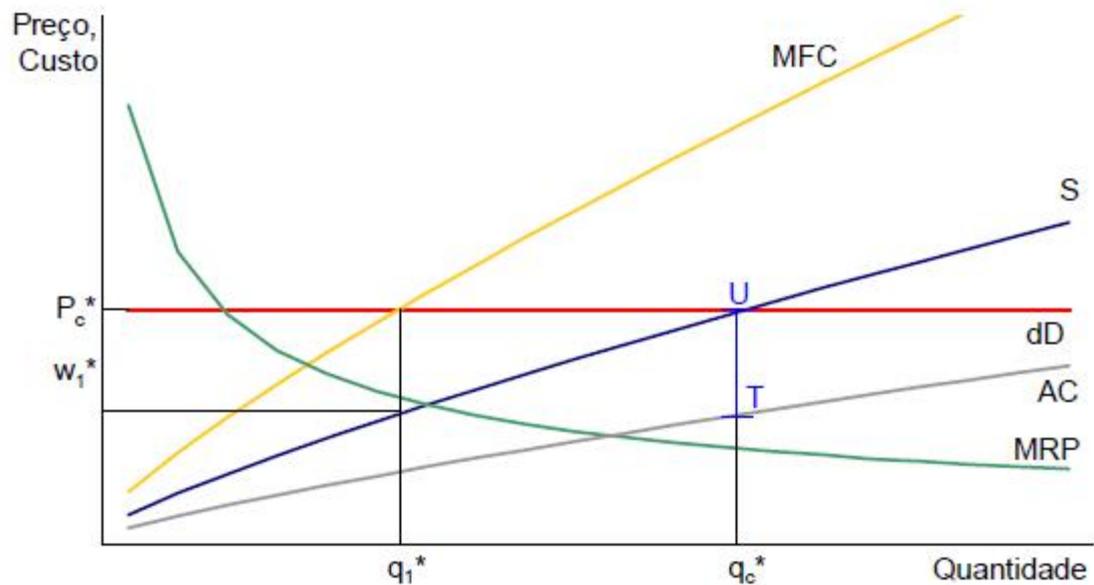
Quando o preço do insumo é maior do que este limite, observa-se a circunstância em que o valor pago pelo insumo seria superior ao que se ganharia com ele, o que igualmente causaria um prejuízo que o faria sair do negócio. Consta que esses preços mínimos e máximos não colocariam os agente em uma situação precária, visto que, sob concorrência perfeita, tem-se que os custos médios representam o limite máximo do preço que o produtor pode cobrar no longo prazo (respeitando o seu tamanho ótimo⁷¹), e que o custo do insumo para o distribuidor, sob plena concorrência (isto é, estado de zero lucro econômico), é igual ao valor do seu produto médio, já que o distribuidor, por sua vez, tem que respeitar igualmente no mercado final o limite dos custos médios, o que é equivalente a essa condição.

1.1.2.2.4 Caso (IV) – Monopólio - Monopsônio; Concorrência – Concorrência

No gráfico 5, pode-se verificar que o cruzamento dos custos marginais do insumo MFC e a da demanda derivada dD , isto é, o cenário do caso (i) – Monopsônio puro, teria como resultado uma quantidade ainda mais alta que a do caso (iv), e, portanto, concluir-se-ia que o maior bem-estar (por óbvio depois do caso de ausência absoluta de poder no mercado) seria alcançado numa situação de um único monopsonista operando no mercado, sendo assim a situação mais “desejável” de todas as possibilidades de concentração de poder. Tem que se considerar, porém, que o caso (iv) trata de poder de monopólio no mercado a jusante adicional, fato que assim, para fins comparativos, tem que ser analisado em comparação com o cenário que inclui o monopsonista sendo enfrentado pelo poder compensatório, como acontece no presente capítulo:

⁷¹ VARIAN, Hal R. **Microeconomia**. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 399 et seq.; e KUPEFER, David; HASENCLEVER, Lia (Org.). **Economia Industrial**. 13. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. p. 8 et seq.

Gráfico 5 - Mercado no caso (IV)



Fonte: Elaborado pelo autor (2022) com base em Fagá de Almeida (2009)

No caso apresentado segundo Fagá de Almeida⁷², o distribuidor é o tomador de preço, representado pela linha horizontal dD no gráfico. Observa-se que é possível também partir do cenário de Dobson⁷³ em que o preço final equivale aos custos médios (dos demais, o que teria como consequência uma curva de demanda negativamente inclinada no mercado de insumos, sem obter resultados divergentes).

Cooperando os agentes entre si e sabendo que eles não possuem impacto no preço final, o distribuidor não aceita qualquer *mark-up* do produtor⁷⁴, que assim é forçado a oferecer o seu insumo a custos marginais S . O cruzamento com a curva dD , que representa o preço p_c no mercado final e, por sua elasticidade infinita, é igual aos rendimentos marginais, leva ao equilíbrio no ponto q_c^* , com uma renda por unidade a ser compartilhada no intervalo UT . Esse resultado, obtido pela cruzamento da oferta com a demanda no mercado a montante, equivale exatamente ao resultado competitivo neste mercado, que maximizaria o bem-estar.

⁷² ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência**: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁷³ DOBSON, Paul W.; INDERST, Roman. The waterbed effect: Where buying and selling power come together. **Wisconsin Law Review**, v. 331, n. 2, p. 331-357, 2008. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/wlr2008&div=20&id=&page=>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁷⁴ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 47.

O resultado não surpreende, visto que em plena concorrência no curto prazo a soma dos custos marginais individuais da oferta (e não da demanda como no caso do Monopsônio) e os rendimentos marginais da demanda são exatamente a condição do equilíbrio concorrencial, sendo que o produtor e o distribuidor “simulam” essas condições por meio da barganha coletiva, ignorando a variável do preço no mercado intermediário.

1.1.2.2.5A Barganha Bilateral

Como já indicado nos subitens anteriores, em situações de enfrentamento de um lado com poder no mercado pelo surgimento de um poder compensatório, a teoria econômica atribui uma quantidade ótima, porém sem uma solução definitiva a respeito do preço do bem do insumo. Este é definido por meio de uma negociação bilateral entre o produtor e o distribuidor, podendo ser modelado como um problema de barganha a ser resolvido pela aplicação de conceitos da teoria dos jogos.

Almeida⁷⁵ aplica no caso descrito uma aproximação à solução de barganha de Nash, com propostas sucessivas dos participantes impacientes (isto é, eles preferem uma solução agora frente a uma solução posterior), em cujo ótimo nenhum agente tem interesse de desviar de sua estratégia / escolha unilateralmente. Cada agente pode ou aceitar a oferta do outro agente, ou sair das negociações (e optar pela solução da dupla margem no caso não cooperativo) ou fazer uma contraproposta.

Resolvendo o jogo analiticamente, o resultado é que a distribuição ótima do lucro é a divisão em partes iguais de 50%. Uma vez reconhecendo que existe um lucro da cooperação, os dois lados não têm uma posição de impor condições ao outro participante.

Nota-se, porém, que a questão da distribuição do lucro não altera o resultado do ganho ou perda de bem-estar⁷⁶, já que a aplicação de taxas diversas de compartilhamento não afeta o preço final cobrado ao consumidor, nem a quantidade produzida.

⁷⁵ ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência**: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 50. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁷⁶ Há algumas críticas a essa afirmação. A barganha pode afetar a participação de um agente no excedente (via, por exemplo, preços menores). Com isso, ele pode ter menos receita e reduzir seus custos para manter o lucro. Essa redução de custo pode levar a uma queda da qualidade. Nesse caso, embora o preço nominal não mude, o preço hedônico (preço ajustado pela qualidade) aumenta, gerando perda de bem-estar.

CAPÍTULO II - PODER COMPENSATÓRIO NA ANÁLISE ANTITRUSTE

O Direito Antitruste Brasileiro apresentou profundas transformações nos últimos anos, seja pelo advento da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011), que entrou em vigor em 2012, trazendo em seu conteúdo significativas alterações à sistemática vigente anteriormente, seja pelas significativas mudanças na composição do Tribunal da Autoridade Antitruste. A partir desses fatos, é possível perceber um indicativo de alteração de alguns entendimentos do CADE em relação a determinadas matérias já consolidadas e uma tendência de se reestudar e aceitar novas teses até então negligenciadas pela Autoridade. Dentro dessas matérias, chama a atenção o tema da barganha coletiva, analisada, principalmente, sob a ótica do poder compensatório.

As empresas tendem a se reinventar para alcançar patamares cada vez maiores de lucros o que, muitas vezes, pode ser consequência da conquista de posição dominante⁷⁷ em determinado mercado relevante⁷⁸. Elevar a posição dominante na direção de uma situação de monopólio quando feito por eficiência não configura ilícito concorrencial. A preocupação deve se concentrar muito mais no que o agente faz com a posição dominante que possui do que com o tamanho do *market share* propriamente dito.

O abuso na regulação e a mitigação do poder econômico sempre foram preocupações para os agentes econômicos e para o Estado. A Constituição Federal ressalta essa preocupação no Capítulo I do Título VII - Da Ordem Econômica da Constituição Federal, art. 170, ao eleger como fundamentos da ordem econômica a valorização trabalho humano e a livre iniciativa tendo por fim assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social observando princípios como a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e a redução das desigualdades regionais e sociais⁷⁹.

⁷⁷ Conforme artigo 36, §2º, da Lei nº. 12.529/2011, “presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”. BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Diário Oficial da União, 01 dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁷⁸ Mercado Relevante, segundo o Guia do CADE, “é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação”. CADE. **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: jul. 2016. p. 13. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022

⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, 05 out. 1988, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

Tem-se ainda a Lei nº 12.529/2011, que em seu parágrafo único do art. 1º afirma que a coletividade é a titular dos direitos garantidos por essa norma⁸⁰. A coletividade aqui deve ser entendida não apenas na dimensão de consumidora, mas também na dimensão de sociedade em geral, detentora de diversos outros direitos constitucionais, a exemplo, dignidade da pessoa humana, sustentabilidade, desenvolvimento econômico e social, diminuição das desigualdades e, por fim, a prevenção e repressão do abuso do poder econômico, conforme preceitua o art. 173, §4º, do Texto Constitucional.

A defesa da concorrência destina-se a prevenir e reprimir o exercício abusivo de poder de mercado de qualquer agente que tenta de alguma forma limitar o falsear a concorrência. Desse modo, a autoridade antitruste tem como objetivo primordial preservar os mercados mantendo um ambiente concorrencialmente saudável entre empresas horizontal ou verticalmente relacionadas.

Além da própria competição e da regulação estatal, há uma terceira forma de contrabalancear esse exercício de poder econômico e reequilibrar as relações de mercado, gerando, ao fim e ao cabo, o que Salomão Filho⁸¹ chama “eficiência distributiva” como aplicação da justiça social, é a tese do poder compensatório.⁸²

As relações de mercado podem se dar verticalmente (mercado *upstream* e *downstream*) ou horizontalmente (relação entre competidores). De todas as formas de relacionamento entre *players* dentro de uma mesma cadeia produtiva, não há nenhuma outra a qual preocupe mais que a relação entre competidores. Não à toa, o mais prejudicial de todos os ilícitos concorrenciais é a ação coordenada entre competidores para fixar preços, controlar a oferta, dividir o mercado, fraudar processos licitatórios e trocar informações concorrencialmente sensíveis, o que chamamos de cartel, conforme previsão do art. 36, §3º, inciso I, da Lei nº 12.529/2011⁸³.

Assim, a concorrência tem como objetivo atenuar o poder de mercado dos agentes econômicos, principalmente quando este venha a comprometer as negociações entre atores dos

⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Diário Oficial da União, 01 dez. 2011, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁸¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: As estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁸² O poder compensatório tem uma aplicação limitada. Ver os modelos acima.

⁸³ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Diário Oficial da União, 01 dez. 2011, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

elos da cadeia produtiva. Por sua vez, o poder compensatório quer contrabalancear o exercício de poder econômico original a fim de mitigar eventuais desequilíbrios entre os agentes econômicos que interagem entre si.

Portanto, quando um grupo de concorrentes cria assimetria antes inexistente nas negociações para aumentar preços e prejudicar a sociedade, isso é, à primeira vista, punível pelas autoridades antitrustes. No entanto, quando condutas coordenadas entre rivais ocorrem para confrontar o poder original da outra parte, podem ser aceitas e não puníveis? Seria possível fundamentar isso com base na tese do poder compensatório?

É necessário que o Direito Antitruste amadureça para questões como a legitimação dos acordos e ações colusivas as quais tragam eficiências ao mercado, com o fim de reconhecer a aplicação da tese do poder compensatório através da cooperação. Em que pese a importância histórica e econômica do tema, as autoridades antitrustes ainda não chegaram a um consenso em relação à forma de análise desses tipos de condutas.

O papel pouco relevante da tese do poder compensatório precisa ser repensado e por vezes admitido pelas autoridades de defesa da concorrência, pois, a depender das circunstâncias, essas formas de ação coordenada entre concorrentes visando ao equilíbrio de forças na negociação podem, seja através de fusões, aquisições, condutas comerciais uniformes, seja até mesmo pela formação de “cartéis”⁸⁴, trazer ganhos coletivos à sociedade, ao consumidor e ao mercado como um todo, apesar da falta de incentivos e a retaliação à cooperação entre concorrentes. Nesse sentido Blair e DePasquale⁸⁵ afirmam que atos de concentração que levam à criação de monopólios e monopsonios, via de regra, possuem consequências anticoncorrenciais, no entanto as operações que proporcionam a criação de monopólio bilateral podem ter consequências pró-competitivas, tendo em vista que o poder compensatório poder trazer benefícios ao bem-estar social.

Por óbvio que nem toda atuação de poder compensatório deve ser legitimada, por exemplo quando utilizada para inverter a assimetria de poder em prejuízo a livre concorrência. Por isso é necessária a atenção a alguns pressupostos de legitimação da tese do poder compensatório: i) assimetria de negociação *ex ante* e em desfavor daqueles que buscam se coordenar (existência do exercício de um poder de mercado original); ii) coordenação

⁸⁴ “Carteis” aqui tem o sentido de combinação entre concorrente e não de cartel *hard core*.

⁸⁵ BLAIR, Roger D.; DEPASQUALE, Cristina. Considerations of Countervailing Power. **Review of Industrial Organization**, v. 39, n. 1-2, p. 137-143, ago. 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23885241>. Acesso em: 02 jun. 2022.

horizontal que mude ou melhore o poder de negociação, indo da descentralização a uma barganha bilateral; e iii) não haver possibilidade de que o poder compensatório inverta a relação de assimetria⁸⁶. Esse é o limite para atuação.

Primeiramente, a diferença entre poder compensatório e poder original ou poder pré-existente consiste em que o poder original de mercado representa aquele em que uma ou algumas empresas, em posição de monopólio ou oligopólio, exercem forte posição no mercado, seja na produção, processamento ou distribuição de um determinado produto, exercendo poder sobre preços que pagam ou cobram e, portanto, logrando mais do que as margens normais de lucro em detrimento de consumidores ou fornecedores mais fracos. O poder compensatório, em contrapartida, vem quebrar com essas posições originais, a fim de reparar a posição dos grupos enfraquecidos, seja por fornecedores ou consumidores.

Os prejudicados pelo poder de mercado pré-existente geralmente representam a formação de associações, sindicatos, cooperativas, fusões entre agentes, etc. ou a ação coletiva no mercado de trabalho e barganham pela melhoria de termos da negociação salarial e condições de trabalho.

Um bom exemplo se perfectibiliza na cooperativa que, em busca de preço justo, angaria benefícios exagerados ou abusivos pelos seus cooperados. O limite entre exercício regular ou abusivo do poder compensatório está em gerar eficiências econômicas e não o aumento de preços ao consumidor decorrentes de dupla marginalização.

Além disso, é preciso legitimar a atuação de agentes econômicos, sob o ponto de vista jurídico, com intuito de possibilitar que agentes econômicos do lado mais fraco da cadeia possam utilizar o poder compensatório como forma de mitigar assimetrias existentes na negociação. Condutas tendentes à concentração não necessariamente precisam ser ilícitas, deve-se atentar para o controle do poder econômico nas barganhas coletivas. Ademais, há quem entenda que o critério da eficiência não pode ser o único utilizado para a caracterização da infração antitruste⁸⁷.

Nesse sentido, importante trazer o exemplo dos contratos associativos e *joint ventures* (JV) dentro da política de defesa da concorrência, uma vez que se trata de associações com o

⁸⁶ BLAIR, Roger D.; DEPASQUALE, Cristina. Considerations of Countervailing Power. **Review of Industrial Organization**, v. 39, n. 1-2, p. 137-143, ago. 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23885241>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁸⁷ ESTEVES, Luiz A. A economia das firmas cooperadas e a análise antitruste. **Economia e Sociedade**, Campinas, SP, v. 24, n. 3, p. 589-616, 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8647296>. Acesso em: 3 jun. 2022.

objetivo de concatenar esforços na barganha com agentes de grande porte, resultando em benefícios para o bem-estar da sociedade, o que legitima inclusive o uso de teorias econômicas, como a tese do poder compensatório, na análise antitruste⁸⁸.

Assim, pode haver organizações entre concorrentes para aumentar o poder de compra ou venda, a fim de obter produtos a preços mais baixos ou até mesmo oportunidades negociais sob condições mais favoráveis. Isso porque alguns acordos entre rivais não são aptos a restringir a concorrência, e ainda que potencialmente o façam, na realidade configuram uma forma lícita de cooperação, podendo resultar até mesmo em eficiências para o mercado, seja pela criação de um novo *player* com maior poder econômico, seja por trazer benefícios ao consumidor com a inserção de mais produtos e serviços qualificados no mercado⁸⁹.

Possivelmente há contradição entre a prática e a forma como se deram as legislações antitruste e como se originou a própria tese do poder compensatório, resultante em benefícios ao bem-estar social. Isto se deve ao fato de que observar a ocorrência de benefícios sociais líquidos nem sempre ocorre de forma fácil, devido ao alto custo de ponderação das evidências suficientes para caracterizar o ilícito. Importante, nesse ponto, atentar para a diferença das metodologias de análise *per se* e regra da razão quanto à possibilidade de condenação dessas condutas, cujo objetivo seja o poder compensatório⁹⁰.

⁸⁸ “As organizações associativas, cujo propósito primário seja a coordenação dos esforços de negociação e conseqüente aumento do poder de barganha na compra ou venda junto a grandes empresas, são arranjos que respondem ao mesmo problema que deu origem às instituições de defesa da concorrência e, como estas, podem resultar em melhorias do bem-estar social. Como conseqüência, tais formas de ação concertada não poderiam ser objeto de condenação *prima facie*, visto que podem gerar poder compensatório e atenuar os efeitos de poder de mercado pré-existente. Essa constatação revela a necessidade de uso mais intenso de teoria econômica em análises antitruste, sobretudo nos casos em que o conhecimento econômico desafia a prática estabelecida pela política de defesa da concorrência”. AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. **Estudos Econômicos**, v. 39, n. 4, 2009, p. 17. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ee/article/view/35989>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁸⁹ HENZLER, Herbert A. Alliances in Europe: Collusion or Cooperation. In: BLEEKE, Joel; ERNST, David (Ed.). **Collaborating to compete: using strategic alliances and acquisitions in the global marketplace**. New Jersey: John Wiley & Sons, 1994.

⁹⁰ “Há uma grande diferença entre uma condenação *per se*, em que a mera observação de uma dada prática é condição suficiente para caracterizar a sua ilicitude, e uma condenação sob a regra da razão, em que cabe à agência antitruste reunir as evidências que permitam, com algum grau de certeza, concluir se a estratégia em análise resulta em perdas sociais. Mesmo que a prova das eficiências decorrentes da operação sejam de responsabilidade do potencial infrator, à agência antitruste cabe provar não somente a existência da estratégia potencialmente anticompetitiva, mas também seus efeitos e sua magnitude. Quanto maiores os custos de mensuração das evidências que podem constituir prova – nos termos desenvolvidos por Barzel (1982) – maiores os benefícios de se adotar uma condenação *per se* em comparação à regra da razão. Outra variável relevante é a probabilidade de que uma determinada prática resulte em ganhos para a sociedade. Se esses ganhos ou a probabilidade de ocorrência forem muito baixos, não há motivos para o aprofundamento da análise”. AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. **Estudos Econômicos**, v. 39, n. 4, 2009, p. 17. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ee/article/view/35989>. Acesso em: 02 jun. 2022.

O entendimento jurisprudencial das autoridades de defesa da concorrência não é uniforme e alterou-se bastante ao longo do tempo. Em alguns momentos, as autoridades tendiam a reconhecer o caráter pró-competitivo de acordos entre concorrentes, e em outros identificavam prejuízos à concorrência.

Veja-se como têm entendido as agências de defesa da concorrência sobre o tema. No entanto, primeiramente necessário trazer à baila como são adotadas por tais autoridades as metodologias de análise do ilícito antitruste.

2.1 DIREITO ANTITRUSTE: METODOLOGIAS DE ANÁLISE DO ILÍCITO CONCORRENCIAL: ANÁLISE *PER SE* E REGRA DA RAZÃO

Por motivos de flexibilidade e acompanhamento do ritmo de inovações e desenvolvimentos econômicos, os termos e conceitos da legislação antitruste brasileira são formulações abertas e extensivas, não limitadas a determinações restritivas. Por esse motivo, na aplicação da norma ao caso concreto, mostra-se necessária a definição e a aplicação de um instrumental analítico, que garanta uma certa segurança jurídica para as partes envolvidas, em termos de uniformização de jurisprudência, e sirva como parâmetro para os atores econômicos na autoavaliação de suas condutas e planejamento de processos.

Nesse contexto, questões importantes precisam ser abordadas, como o ônus da prova e a forma que se dá o enfrentamento das diversas infrações específicas da ordem econômica e do Direito concorrencial. Destaca-se, no processo em questão, a interdisciplinaridade do Direito econômico, que, por abarcar a atuação do CADE com sensíveis impactos tanto na esfera macro como microeconômica, sempre deve levar em consideração, além dos conhecimentos estritamente jurídicos, igualmente a doutrina e o instrumental da análise econômica. Em concreto, isso inclui igualmente a teoria abstrata como métodos econométricos, sem perder de vista, porém, a celeridade e eficiência tanto da jurisdição como da própria economia.

Dois instrumentos básicos se destacaram por melhor atender essas demandas: a análise seguindo a *regra da razão* e a com base na *regra per se*, que serão analisadas em detalhe no presente item deste capítulo.

2.1.1 Experiência norte-americana

A regra da razão tem suas origens na jurisprudência da Suprema Corte Americana, onde foi aplicada pela primeira vez no âmbito do *Sherman Act*⁹¹, no caso *Standard Oil Co. v. United States*⁹², ocasião em que diversas aquisições foram negociadas pela *Standard Oil Company of New Jersey*.

A citada diretriz nasceu no *common law* inglês, mais especificamente na legislação sobre monopólios e direito comercial, como demonstrado pelo antigo presidente da Suprema Corte americana, Edward D. White, cujas considerações serviram de base para o presente capítulo.⁹³ É preciso, para se obter um entendimento abrangente da regra e do seu desenvolvimento, analisar primeiro as condições do seu surgimento histórico, depois a sua formulação no *case law* americano, para finalmente extrair seu conceito abstrato e, na sequência, sua aplicação na legislação e jurisprudência antitruste contemporânea brasileira.

A regra da razão surgiu num contexto em que monopólios eram, desde muito tempo, exclusivamente implementados pelo Estado.⁹⁴ Esse entendimento excluiu, portanto, a existência de um monopólio como resultado orgânico da atividade empresarial.

Na época do caso em questão, a legislação inglesa referente a monopólios era dividida em quatro eixos: a própria lei dos monopólios (por meio de carta-patente, licença ou costume), a lei sobre *forestalling, engrossing and regrating*, a lei sobre contratos em restrição do comércio e a lei sobre acordos em restrição de comércio⁹⁵.

⁹¹ Primeira legislação codificada que estabeleceu regras básicas do antitruste americano, como restrições de comércio e monopolização, previamente já existentes e eficazes na forma de *common law*; 15 U.S. Code §§ 1 – 7.

⁹² TUCKER, Darren S. *et al.* (Ed.). **Antitrust Law Developments (Eighth)**. Chicago: American Bar Association, 2017. p. 60.

⁹³ EUA. U.S. Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1. 15 maio 1911. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁹⁴ Conforme se encontra na seguinte definição de Edward Coke: “A monopoly is an Institution, or allowance by the king by his Grant, Commission, or otherwise to any person or persons, bodies politique, or corporate, of or for the sole buying, selling, making, working, or using of any thing, whereby any person or persons, bodies politique, or corporate, are sought to be restrained of any freedom, or liberty that they had before, or hindred in their lawfull trade (ortografia original).” Em tradução livre: “Um monopólio é uma instituição, ou uma permissão do rei, por meio de sua concessão, autorização ou de outra forma para qualquer pessoa ou pessoas, corporações políticas ou empresariais, de ou para o exclusivo comprar, vender, fazer, operar ou usar de qualquer coisa, em que qualquer pessoa ou pessoas, corporações políticas ou empresariais, sejam consideradas restringidas de qualquer autonomia ou liberdade que tiveram antes, ou impedidas no seu comércio legítimo”. COKE, Edward. **The Third Part of the Institutes of the Laws of England**. London: M. Flesher, for W. Lee, and D. Pakeman, 1644. p. 181. Disponível em: <http://lawlibrary.wm.edu/wythepedia/library/CokeThirdPartOfTheInstitutesOfTheLawsOfEngland1644.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁹⁵ LETWIN, William L. The English Common Law concerning Monopolies. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 21, n. 3, 1954. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol21/iss3/3>. Acesso em: 02 jun. 2022.

Forestalling, *engrossing* e *regrating* eram práticas no âmbito do mercado físico da época, codificados por Edward VI nos estatutos 5 e 6⁹⁶. O primeiro era entendido como antecipação de mercadoria, acordos referentes a preços mínimos com outros comerciantes ou a persuasão deles de não levar seus produtos ao mercado⁹⁷. *Engrossing* significou a compra de grandes quantidades de trigo ou outros alimentos para a revenda posterior,⁹⁸ e *regrating* era tipificado pelo compra e revenda de produtos no mesmo mercado ou em sua área, remetendo ao conceito moderno de *retailing*, a compra em grandes quantidades e a venda fracionada⁹⁹. Por todas serem entendidas como encarecimento artificial das mercadorias, essas estratégias eram proibidas¹⁰⁰. Como ponte aos tempos atuais, essas condutas são consideradas como precursoras da prática moderna de *cornering the market* e, especialmente, *engrossing* foi mais e mais usado como sinônimo do termo *monopolize* ou monopolizar.¹⁰¹ Como exemplo, cita-se a legislação de Massachusetts de 1778-79, que tratou, em seu *chapter 31 – An Act against Monopoly and Forestalling*, os fenômenos de monopólio e antecipação de mercado como iguais¹⁰².

Contratos em restrição de comércio eram entendidos como contratos em que uma parte abria mão de sua liberdade de comercializar seus produtos ou manter o seu negócio¹⁰³, que resultava na sua nulidade, por despojar o assinante de seus meios de subsistência ou por prejudicar a sociedade, em decorrência da diminuição da competição¹⁰⁴. Os citados contratos feriam, ainda, os objetivos da política pública vigente. Em decorrência da escassez de mão de obra gerada da peste no século XIV e de preocupações inflacionárias referentes aos salários, o mercado de trabalho era regulamentado por meio de fixação de salários e obrigação de trabalho,

⁹⁶ BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries on the Laws of England in Four Books**. Organização de George Sharswood. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893. v. 2. p. 385. Disponível em: http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/2142/Blackstone_1387-02_EBk_v6.0.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁹⁷ BLACKSTONE, *ibidem*, p. 385.

⁹⁸ BLACKSTONE, *ibidem*, p. 385.

⁹⁹ LETWIN, William L. The English Common Law concerning Monopolies. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 21, n. 3, 1954. p. 386. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol21/iss3/3>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁰⁰ BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries on the Laws of England in Four Books**. Organização de George Sharswood. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893. v. 1. p. 385. Disponível em: http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/2142/Blackstone_1387-02_EBk_v6.0.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁰¹ LETWIN, *op. cit.*, p. 368.

¹⁰² MASSACHUSETTS (Estado). Province Laws – 1778-79. **The Acts and Resolves, public and private, of the Province of the Massachusetts Bay**. Boston: Wright & Potter Printing Company, 1886. v. 5. p. 924. Disponível em: <https://archive.org/details/actsresolvespass6980mass/page/n3>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁰³ EUA. U.S. Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1. 15 maio 1911. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁰⁴ LETWIN, *op. cit.*, p. 376.

servindo a última como premissa da derivação do direito a trabalho¹⁰⁵. A exclusão de certas pessoas do direito de comercializar teria contrariado esses princípios profundamente.

A mencionada concepção se chocou, no entanto, com o princípio de propriedade e seu corolário da livre disposição sobre os bens em propriedade por meio de contratos¹⁰⁶, tendo causado, conseqüentemente, certas dificuldades em relação a venda ou sucessão de negócios. Muitos casos se iniciaram a partir do comprador de um negócio enfrentando o vendedor como concorrente após a transação, com os tribunais considerando inválidas as cláusulas restritivas constantes dos contratos¹⁰⁷.

Interessante observar, também, na legislação vigente à época, o foco nos efeitos das condutas proibidas, período em que prevalecia o entendimento de que as condutas de *forestalling*, *engrossing* e *regrating* e monopólio só se diferenciam na forma, sendo que o primeiro se materializava por meio de carta-patente real e os demais como consequência de condutas individuais; todos, porém, igualmente prejudiciais ao livre comércio e à liberdade individual, em decorrência da exclusão econômica¹⁰⁸.

Elemento importante na análise dos casos da época, especialmente em casos de *engrossing*, era a presença frequente da conduta de conspiração, tanto que na legislação do século XIV o termo já aparece sendo usado nesse contexto¹⁰⁹. Muitas vezes a interceptação das mercadorias, a diminuição da oferta e a acumulação da oferta com o objetivo de controlar o preço era uma atividade coletiva para excluir concorrentes específicos¹¹⁰.

Apesar de várias similaridades com conceitos do antitruste moderno, não se deve confundir a liberdade de comercializar com a liberdade econômica do cunho liberal. Embora Edward Coke tenha a usado como argumento contra o monopólio real no caso supracitado, ele a entendeu como uma liberdade comercial em ausência de intervenções arbitrárias pela coroa, não como uma ausência de regulamentação parlamentar¹¹¹.

¹⁰⁵ MALAMENT, Barbara. The "Economic Liberalism" of Sir Edward Coke. *Yale Law Journal*, v. 76, n. 7, p. 1344, 1967. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5868&context=yjlj>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁰⁶ LETWIN, *op. cit.*, p. 375.

¹⁰⁷ MASON, Edward S. Monopoly in Law and Economics. *Yale Law Journal*, v. 47, n. 1, 1937. p. 39. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3898&context=yjlj>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁰⁸ MALAMENT, Barbara. The "Economic Liberalism" of Sir Edward Coke. *Yale Law Journal*, v. 76, n. 7, p. 1344, 1967. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5868&context=yjlj>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁰⁹ MASON, *op. cit.*, p. 38.

¹¹⁰ MASON, *op. cit.*, p. 38.

¹¹¹ MALAMENT, *op. cit.*, p. 1347.

No final do século XV, os tribunais ainda não eram focados na incidência real dos males advindo da restrição indevida do mercado em relação ao preço, qualidade e produção.¹¹² As condutas vetadas tinham um caráter de ilícito por objeto,¹¹³ embora ainda mal definidas¹¹⁴, enquanto contaram com uma aplicação do conceito de monopolização mais voltada à conduta e não ao tamanho da empresa ou questões de eficiências, também condicionado pela ausência de empresas de tamanho suficiente para controlar de forma unilateral o preço.¹¹⁵ De modo geral, a política econômica se preocupou primordialmente com o abastecimento da população¹¹⁶, preferindo preços baixos, ainda que postos a preços em livre flutuação.

No início do século XVI, a rigidez na interpretação das leis e da jurisprudência começou a ser suavizada a partir de dois casos significantes: o anteriormente mencionado caso de *Darcy v. Allein* (1602, também referenciado como *The Case of Monopolies*); e *Rogers v. Parrey* (1613).

No primeiro *landmark case*, sob influência da recente sujeição dos monopólios reais a jurisdição do *common law*,¹¹⁷ Edward Darcy, empregado da corte, que tinha o monopólio real de produzir e importar cartas de baralho, acionou o comerciante Thomas Allein por conduta predatória, oriundo da produção e venda não autorizada de cartas, em detrimento da própria carta-patente¹¹⁸. O caso foi decidido a favor do acusado, sendo o monopólio declarado ilícito por ter a tendência de aumentar preços, deteriorar a qualidade do produto e causar o empobrecimento dos trabalhadores em detrimento da redução da quantidade de trabalho¹¹⁹. Sem atacar a prerrogativa da *Queen* de outorgar patentes diretamente, o tribunal assumiu que a concessão ocorreu por engano, visando o aumento do bem-estar público (proteção do vício do jogo da população, melhor alocação das forças produtivas)¹²⁰, enquanto de fato enriqueceu o

¹¹² MASON, *op. cit.*, p. 38.

¹¹³ MALAMENT, *op. cit.*, p. 1345.

¹¹⁴ MASON, *op. cit.*, p. 38.

¹¹⁵ MALAMENT, *op. cit.*, p. 1346.

¹¹⁶ LETWIN, William L. The English Common Law concerning Monopolies. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 21, n. 3, 1954. p. 369. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol21/iss3/3>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹¹⁷ MALAMENT, Barbara. The "Economic Liberalism" of Sir Edward Coke. **Yale Law Journal**, v. 76, n. 7, p. 1340, 1967. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5868&context=yjlj>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹¹⁸ STEVENS, John Paul; KIRKPATRICK, Miles W. Exemptions from Antitrust Coverage. **Antitrust Law Journal**, v. 37, n. 4, 1968. p. 709. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/40841834?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹¹⁹ LETWIN, *op. cit.*, p. 363.

¹²⁰ STEVENS, *op. cit.*, p. 708.

detentor da patente e prejudicou a sociedade por, de forma resumida, restringir indevidamente o direito de comércio dos outros¹²¹.

Em *Rogers v. Parrey* o demandante adquiriu o negócio do réu, junto com a cláusula de que este iria se abster da prática da marcenaria na área de Londres por 21 anos, acordo descumprido pelo acusado¹²². O tribunal decidiu a favor do autor, embora se tratasse de um contrato claramente em restrição do comércio¹²³.

Ambos os casos se destacam por ter um certo raciocínio de balanceamento dos efeitos fáticos advindos dos contratos. No primeiro caso concluiu-se a partir da não realização dos objetivos justificadores do monopólio a sua ilicitude. No segundo, a natureza do negócio de repassar uma empresa estabelecida originou o conflito entre a proteção do *goodwill* imanente ao valor e preço pago do objeto adquirido¹²⁴ (como, por exemplo, o bom nome como selo de qualidade) e a liberdade de comércio e trabalho no lado do vendedor, em que sobrepesou, frente a voluntariedade do ato, o interesse do comprador.

O caso mais notório em estabelecer um critério de razoabilidade na limitação de contratos em restrição de comércio foi *Michell v. Reynolds* (1712). Parecido com a situação em *Rogers v. Parrey* (1613), o demandante arrendou uma padaria do réu com a cláusula de não competição pelo último por sete anos, assegurado com uma obrigação pagável ao autor em caso de violação.¹²⁵ Ainda que o acordo tenha sido violado pelo arrendador, este se recusou a cumprir a devida obrigação, alegando a ilicitude do contrato por restringir indevidamente seu comércio¹²⁶.

O Tribunal, entretanto, não acolheu argumentação do réu e decidiu a favor do autor, mantendo o contrato válido¹²⁷. Um contrato razoável em restrição de comércio, incluindo uma remuneração adequada e justa e com uma restrição de forma mais particular do que geral, pode ser lícito¹²⁸. Na decisão, o tribunal exemplificou que um contrato compreendendo uma restrição de não competir na Inglaterra inteira seria, não obstante, ilícito por não beneficiar a ninguém.

¹²¹ LETWIN, *op. cit.*, p. 363.

¹²² MALAMENT, *op. cit.*, p. 1339.

¹²³ MALAMENT, *op. cit.*, p. 1339.

¹²⁴ MASON, Edward S. Monopoly in Law and Economics. *Yale Law Journal*, v. 47, n. 1, 1937. p. 40. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3898&context=yjlj>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹²⁵ DEWEY, Donald. The Common-Law Background of Antitrust Policy. *Virginia Law Review*, v. 41, n. 6, out. 1955. p. 772. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1070212>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹²⁶ DEWEY, *ibidem*, p. 772.

¹²⁷ DEWEY, *ibidem*, p. 772.

¹²⁸ DEWEY, *ibidem*, p. 772.

Embora a decisão parecesse apenas atender aos interesses particulares dos contratantes, o interesse público foi atingido pelo fato de que um contrato com uma restrição desnecessária iria desprover o público de uma fonte de oferta de produtos¹²⁹. Há de se considerar, porém, que com o desenvolvimento dos meios de transporte e o subsequente crescimento do comércio de longa distância e global o limite tolerável da limitação geográfica foi mais e mais ampliado,¹³⁰ até que no caso *Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co Ltd* em 1894 a restrição permitida foi estendida ao mundo inteiro.¹³¹

Na segunda metade do século XVIII, o entendimento sobre as condutas de *forestalling*, *regrating* e *engrossing* enfrentou importantes transformações também, por um lado devido ao surgimento de novas visões sobre os processos econômicos e a economia nacional, e por outro em decorrência das atreladas condições históricas. No decorrer de crises alimentares na Inglaterra, a legislação referente às supracitadas práticas foi aplicada com ainda mais rigor, como resposta aos tumultos das classes mais desabastecidas¹³². Como consequência, a nova doutrina do *laissez-faire* começou a questionar a efetividade de medidas tão rigorosas, especialmente contra *forestalling*, que até causaram mal-estar nos próprios comerciantes perante o mercado e, portanto, agravando a escassez e aumentando os preços em vez de remediar o problema¹³³.

Assim, em 1772, um ato legislativo de George III¹³⁴ revogou a proibição da prática dos estatutos 5 & 6 Edward VI, destacando o seu desempenho devastador perante o livre comércio por desestimular o crescimento e aumentar preços de forma geral¹³⁵. De fato, perante os mercados imperfeitos em detrimento de sistemas logísticos limitados, os intermediários e arbitragistas poderiam ter exercido papel importante para eliminar diferenças regionais e

¹²⁹ MASON, Edward S. Monopoly in Law and Economics. **Yale Law Journal**, v. 47, n. 1, 1937. p. 40. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3898&context=yjlj>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹³⁰ MASON, *op. cit.*, p. 40.

¹³¹ HAWK, Barry E. English Competition Law before 1900. **The Antitrust Bulletin**, v. 63, n. 3, set. 2018. p. 19-21. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603X18781397>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹³² LETWIN, William L. The English Common Law concerning Monopolies. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 21, n. 3, 1954. p. 371. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol21/iss3/3>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹³³ LETWIN, *ibidem*, p. 371.

¹³⁴ VAN SMITH, M. Preventing the Manipulation of Commodity Futures markets: To Deliver or Not to Deliver. **Hastings Law Journal**, v. 32, n. 6, 1981. p. 1572. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2720&context=hastings_law_journal. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹³⁵ LETWIN, *op. cit.*, p. 372.

temporais de preços e, assim, aumentar a quantidade do equilíbrio do mercado, como já indicado por Adam Smith na época da nova legislação¹³⁶.

A população, tanto como a jurisprudência, porém, ainda não estava convencida da beneficência dessas atividades, como ficou visível na repercussão do caso *Rex v. Rusby* em 1800, no qual *Rusby* foi acusado de cometer a prática de *regrating*, ao comprar mais que 350 kg de aveia, causando tumultos na população de Londres, que exigiu seu linchamento. O tribunal considerou essa prática não acolhida pelo afrouxamento legal de 1772, argumentando que as vedações tivessem sua origem no *common law* antigo e com os interesses dos pobres perante o poder aquisitivo do réu, que iria afastar os primeiros de um mercado essencial¹³⁷.

No entanto, o congresso inglês pacificou a questão em 1844 com o *Act for Abolishing the offences of Forestalling, Regrating, and Engrossing*, deixando clara a intenção de se sobrepor a precedentes, fechando quaisquer brechas¹³⁸.

Essa modernização legislativa, porém, já em 1772, não chegou às colônias inglesas, especialmente nos Estados Unidos, onde a jurisdição se embasou no *common law* inglês antes das reformas e lá o ato de 1844 nunca se tornou eficaz¹³⁹.

Desenvolvimento que fica visível no debate sobre o artigo referente à prática de monopolização da principal lei antitruste americana (*Sherman Act*) no senado, em que o senador Hoar interpreta a palavra monopólio nos seguintes termos: “*É o mero ato de engrossing em vantagem própria por meios que impedem outros de se engajar na competição justa com ele*” (tradução própria)¹⁴⁰.

2.1.1.1 A regra da razão no direito americano

¹³⁶ DEWEY, Donald. The Common-Law Background of Antitrust Policy. *Virginia Law Review*, v. 41, n. 6, out. 1955. p. 763. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1070212>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹³⁷ VAN SMITH, *op. cit.*, p. 1572.

¹³⁸ VAN SMITH, M. Preventing the Manipulation of Commodity Futures markets: To Deliver or Not to Deliver. *Hastings Law Journal*, v. 32, n. 6, 1981. p. 1573. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2720&context=hastings_law_journal. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹³⁹ HAWK, Barry E. English Competition Law before 1900. *The Antitrust Bulletin*, v. 63, n. 3, set. 2018. p. 6. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603X18781397>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁴⁰ “It is the sole engrossing to a man's self by means which prevent other men from engaging in fair competition with him.” ADLER, A. Edward. Monopolizing at Common Law and under Section Two of the Sherman Act. *Harvard Law Review*, v. 31, n. 2, dez. 1917. p. 248. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1327529>. Acesso em: 02 jun. 2022.

Como amplamente indicado na doutrina, o primeiro caso americano que implementou uma *regra da razão* foi o caso *The Standard Oil Company et al. v. The United States*¹⁴¹ de 1911, onde foi negociado o recurso de *Standard Oil* perante a suprema corte americana contra a decisão do *Circuit Court of The United States for the Eastern District of Missouri*¹⁴².

A ré enfrentou a acusação de unificação indevida de poder e controle sobre uma commodity por meio de junção de ações de várias empresas em uma única, agregando significativa quantidade de capital, com o propósito de dominar a respectiva indústria e o movimento da commodity e seus subprodutos, violando, assim a legislação antitruste vigente¹⁴³.

Segundo a acusação, citado por *Chief justice Edward D. White*, relator do caso, a alegada conduta se iniciou no ano 1870 com uma conspiração compactuada por *John D. Rockefeller, William Rockefeller e Henry M. Flagler*, em um processo que se estendeu por 3 períodos, sendo o primeiro de 1870 a 1882, o segundo de 1882 a 1899 e o terceiro abrange o intervalo de 1899 até 1906, ano em que os Estados Unidos ingressaram com a presente ação¹⁴⁴.

No primeiro período, os apelantes obtiveram participações por meio de compra de ações, ou por outros meios, ou fecharam acordos com diversas pessoas, empresas e corporações do setor de refino, transporte ou comércio de petróleo em diversos estados dos EUA com o propósito de tanto fixar o preço de petróleo, cru e refinado, e dos seus subprodutos, como controlar o transporte dessas mercadorias no país e, resumindo, de monopolizar o comércio desse ramo produtivo¹⁴⁵.

Com esse fim, *Rockefeller, Flagler* e outros indivíduos, compondo Três parcerias diversas no mercado de refinação e transporte, fundaram em 1870 a *Standard Oil Company of Ohio* e transferiram a ela os negócios de suas respectivas empresas¹⁴⁶, recebendo ações dessa nova companhia em troca¹⁴⁷. Subsequentemente, mais e mais empresários seguiram essa

¹⁴¹ EUA. U.S. Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1. 15 maio 1911. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁴² TUCKER, Darren S. et al. (Ed.). **Antitrust Law Developments (Eighth)**. Chicago: American Bar Association, 2017. p. 60; e GAVIL, Andrew *et al.* **Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy**. Saint Paul: West Group, 2002. p. 146.

¹⁴³ EUA. U.S. Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1. 15 maio 1911. p. 3. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁴⁴ EUA, *ibidem*, p. 31.

¹⁴⁵ EUA, *ibidem*, p. 32.

¹⁴⁶ Importante notar que *holdings* eram ilícitas na época, até quando o Estado de *New Jersey* legalizou detenção de ações de uma empresa por outra em 1889. BECKER, William H. American Manufacturers and Foreign Markets, 1870-1900: Business Historians and the "New Economic Determinists". **The Business History Review**, v. 47, n. 4, p. 466-481, 1973. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3113367>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁴⁷ EUA, *op. cit.*, p. 32.

prática, transferindo as propriedades das suas empresas à *Standard Oil Company of Ohio*, ou a indivíduos, para serem detidos em proveito de todos os interessados, e receberam participação na citada empresa, no valor correspondente a sua quota na empresa criada. Até 1872, a *Standard Oil* controlava aproximadamente 90 por cento das refinarias na área de *Cleveland*¹⁴⁸.

Com o claro intuito de monopolizar o mercado e restringir o comércio, a coalizão e seus membros alavancaram a sua posição dominante no mercado de logística, recebendo descontos expressivos pelas companhias ferroviárias, forçando, assim, cada competidor a aderir ao mecanismo ou ser eliminado do mercado¹⁴⁹. Assim, o conglomerado expandiu, incorporando, entre outros, refinarias de *New York*, *Pennsylvania* e *Ohio*, sendo uns diretamente acolhidos pela *Standard Oil Ohio* e outros transferidos a intermediários ou ficando na propriedade dos donos originais, sendo transformados em acionistas da referida companhia.

Esse processo fez com que o cartel dominasse todos os gasodutos dos campos de óleo até as refinarias em *Cleveland*, *Pittsburg*, *Titusville*, *Philadelphia*, *New York* e *New Jersey*, o que culminou no controle de 90 por cento do mercado de produzir, transportar, refinar e vender petróleo e seus subsidiários, tendo se tornado capaz de fixar preços de óleo cru e refinado e de restringir e monopolizar o comércio completo da indústria¹⁵⁰.

O segundo período, entre 1882 e 1899, foi caracterizado pela transformação do conglomerado difuso na forma de um truste. Segundo a acusação, o referente acordo previu o repasse da diretoria das respectivas empresas e companhias pelos participantes da conspiração a nove administradores fiduciários (*trustees*), resultando na transmissão das ações de 40 empresas do cartel (incluindo a *Standard Oil de Ohio*) e de um vasto número de empreendimentos por ele adquiridos no decorrer do tempo, estabelecendo regras exatas de controle, gerenciamento e formação de novas corporações no território dos Estados Unidos¹⁵¹.

Os donos anteriores foram recompensados com *trust certificates*¹⁵², correspondendo à quota exata de cada um no truste¹⁵³. Para disfarçar a atividade, os *trustees* transferiram ao título próprio todas as ações em questão e fundaram, entre outros, a *Standard Oil Company of New*

¹⁴⁸ EUA. U.S. Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1. 15 maio 1911. p. 32. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁴⁹ EUA, *ibidem*, p. 33.

¹⁵⁰ EUA, *ibidem*, p. 33.

¹⁵¹ EUA, *ibidem*, p. 34.

¹⁵² Esses certificados representaram a propriedade proporcional dos ativos do truste. SAUNDERS, Anthony *et al.* The Economic Implications of International Secured Transactions Law Reform: A Case Study. **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, v. 20, n. 2, 1999. p. 320. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1375&context=jil>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁵³ EUA, *op. cit.*, p. 36.

York e a *Standard Oil Company of New Jersey*, para incorporar os diversos empreendimentos¹⁵⁴.

Em 1892, numa ação perante a suprema corte do estado de *Ohio* que controlou a legitimidade dos procedimentos no contexto da *Standard Oil Company of Ohio*, o acordo de truste foi declarado como ilícito, por que este por si só restringiria o comércio e contribuiria para a criação de um monopólio ilegal¹⁵⁵. Em decorrência do julgamento, o truste voluntariamente se obrigou a abolir essas práticas e dissolver o grupo¹⁵⁶. Isso, no entanto, não afastou a natureza enganosa da manobra, levada pela acusação como farsa, por transferir as ações de um total de 84 empresas que compuseram o truste a apenas 20 empresas deles, sendo todos controlados pelos antigos nove *trustees* e seus familiares ou associados¹⁵⁷.

Em 1897, a instauração de procedimentos por violação das condições do julgamento anterior pelo Procurador-Geral de *Ohio*, junto com outra ação no contexto de um gasoduto, cujas ações seriam mantidas pelo truste já condenado como ilícito, culminaram nas condutas ilícitas cometidos no terceiro período, entre 1899 e 1906¹⁵⁸.

Aproveitando-se da nova legislação, os antigos *trustees* reorganizaram o grupo em reunir todas as empresas sob o telhado de uma *holding*, expressamente a *Standard Oil Company of New Jersey*, transferindo todas as ações para esta empresa preexistente, cujo capital social cresceu pelo fator onze, e emitindo outra vez certificados para os donos difusos do conglomerado¹⁵⁹.

Concluído o processo, os mesmos administradores do antigo truste formaram a maioria no conselho administrativo da nova *holding*, persistindo a restrição do comércio e o monopólio, substanciado pelas seguintes práticas¹⁶⁰. No pedido final da acusação se destaca a pretendida dissolução da *Standard Oil Company of New Jersey*¹⁶¹.

¹⁵⁴ EUA. U.S. Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1. 15 maio 1911. p. 33. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022. p. 36-37.

¹⁵⁵ EUA, *op. cit.*, p. 39-40.

¹⁵⁶ EUA, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵⁷ EUA. U.S. Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1. 15 maio 1911. p. 40. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁵⁸ EUA, *ibidem*, p. 41.

¹⁵⁹ EUA, *ibidem*, p. 42.

¹⁶⁰ EUA, *ibidem*, p. 42-43: “Alavancagem da posição dominante no mercado do transporte ferroviário, emprego local de preços predatórios para suprimir concorrência, espionagem industrial, operação de empresas independentes fictícias, operação de um cartel territorial com extensão nos Estados Unidos inteiros, eliminando qualquer competição no mercado de petróleo, contribuindo essas medidas, no seu conjunto, a lucros enormes e injustificados”.

¹⁶¹ EUA, *ibidem*, p. 43.

O Supremo Tribunal não acolheu o recurso e manteve a primeira sentença, confirmando a dissolução da *holding* por implementar uma combinação em restrição do comércio e tentar monopolizar o comércio, configurando violação direta dos §§ 1º e 2º do *Sherman Act*¹⁶² como também decretou a cessação a conduta completa de qualquer prática conspiratória¹⁶³.

A parte que se destaca no julgamento é definitivamente a análise do presente caso sob a luz da razoabilidade da conduta, enfrentando a argumentação da defesa que se sustentou em última instância na alegação de que toda conduta tratou de acordos voluntários entre atores livres do mercado e atos comuns de compra e aquisições de propriedade, não identificando como a venda do próprio negócio restringiria a liberdade do vendedor, que muito mais executaria o seu direito civil fundamental de comprar e vender propriedade¹⁶⁴. A seguinte transferência das ações para a *Standard Oil Company of New Jersey* configurou apenas uma reestruturação de um grupo econômico que já estava sob propriedade comum¹⁶⁵.

O relator do caso, *Chief Justice White*, começa sua análise com as origens do direito antitruste americano no *common law* inglês, para interpretar os primeiros dois artigos do *Sherman Act* à luz do direito antigo, deduzindo que, a partir das citadas práticas de *forestalling*, *regrating* e *engrossing* e seu foco nos efeitos parecidos aos do monopólio (real), pode-se identificar como princípio base da atuação histórica qualquer conduta que interfere no *devido percurso do comércio*¹⁶⁶. Da mesma maneira, destaca-se o enfoque da limitação da liberdade contratual do *common law*, visando em primeiro lugar, em vez de se preocupar com a vida do indivíduo, ao bem-estar geral por meio de uma oferta ampla e diversa de produtos e a ausência

¹⁶² Sherman Act, U.S. Code Title 15, Chapter 1—Monopolies and Combinations in Restraint of Trade: § 1.Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty: “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. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court”. § 2.Monopolizing trade a felony; penalty: “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

EUA. U.S. Code Title 15, Chapter 1. Monopolies and Combinations in Restraint of Trade. **26 U.S. Statutes at Large**. Washington D.C.: Office of the Federal Register; National Archives and Records Administration, jun. 2004. Publicação original de 02 jul. 1890. p. 209-210. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁶³ EUA. U.S. Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1. 15 maio 1911. p. 78 et seq. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁶⁴ EUA, *ibidem*, p. 7.

¹⁶⁵ EUA, *ibidem*, p. 8.

¹⁶⁶ EUA, *ibidem*, p. 54.

dos males do monopólio como aumento de preços, deterioração de qualidade e carência econômica dos agentes afetados¹⁶⁷.

Assim, segundo *White*, fica claro que a expressa citação de contratos “*em restrição de comércio*” no § 1º do *Sherman Act* não apenas se refere a restrições subjetivas, mas a todas as formas possíveis que resultam nos efeitos maliciosos supracitados¹⁶⁸. Porém, pela necessidade do emprego de um conceito bastante aberto para englobar condutas contemporâneas e futuras de qualquer natureza, o artigo precisa da aplicação de julgamento, seguindo certos critérios e padrões, e este padrão, como já identificado no *common law*, tem que ser o padrão da razoabilidade, que define em última instância se um ato se encaixa nos males que o estatuto pretende combater¹⁶⁹.

Importante notar que segundo o § 2º do *Sherman Act* também a tentativa é proibida e punível, porém, pelo uso das palavras *monopolizar* e *tentativa de monopolizar*, visa a uma coisa parecida com o § 1º, o que é, vedar condutas que configuram uma restrição de comércio¹⁷⁰. Contudo, o artigo deve ser entendido como complemento do primeiro, aumentando o seu escopo, visto que este texto “*cada contrato, associação [...] ou conspiração*”, enquanto aquele pode ser entendido como extensão a condutas unilaterais, por um lado, e fechando eventuais lacunas na enumeração dos atos do § 1º¹⁷¹. Portanto, torna-se claro que também o segundo artigo do *Sherman Act*, por sua relação com o primeiro, requer o emprego do mesmo critério, isto é, a avaliação do fato concreto por meio da *regra da razão*¹⁷².

Por não aduzir proibições de práticas concretas, pode-se entender que os legisladores queriam deixar claro que eles não tinham o propósito de restringir a liberdade de fechar contratos, sendo esta compreendida como melhor método de prevenir qualquer forma de monopólios, tendo em vista sua tendência ao mesmo tempo tanto a favor de concentração de mercado quanto a favor da diversificação do mesmo¹⁷³. Mecanismo que, no entanto, é condicionado a não intervenção nessa liberdade, nem pelo Estado por meio da outorga de monopólios reais, nem por outros agentes por meio de contratos ilícitos¹⁷⁴.

¹⁶⁷ EUA. U.S. Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1. 15 maio 1911. p. 54. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁶⁸ EUA, *ibidem*, p. 59.

¹⁶⁹ EUA, *ibidem*, p. 60.

¹⁷⁰ EUA, *ibidem*, p. 61.

¹⁷¹ EUA, *ibidem*, p. 61.

¹⁷² EUA, *ibidem*, p. 62.

¹⁷³ EUA, *ibidem*, p. 62.

¹⁷⁴ EUA, *ibidem*, p. 62.

Ou seja, como destaca o relator do caso, a “liberdade contratual era a essência da liberdade pela ausência de restrições indevidas do direito a contratar”¹⁷⁵.

A formulação de White da regra de razão fica mais clara quando contraposta à argumentação do governo, a qual ele se opõe, porém, sem discordar substancialmente no julgamento do mérito.

Por interpretar literalmente o § 1º (*Sherman Act*), ele conclui que apenas a realidade fática deve ser levada em consideração, em concreto se a competição se encontra restringida ou monopolizada, sem considerar a instrumentalidade de qualquer conduta¹⁷⁶. Assim ele interpreta também o termo monopólio do § 2º como monopólio criado por quaisquer atos individuais, em contraste a monopólios criados por atos públicos, ou como “concentração de comércio nas mãos de uma combinação, corporação ou pessoa, a fim de obter controle sobre o produto ou preços”¹⁷⁷.

Chief justice White critica essa literalidade por seu excesso restritivo. Ao assumir efeitos de condutas de antemão ou concluir pelo resultado concreto a um ato qualquer, cada contrato ou acordo entre agentes econômicos pode ser considerado posteriormente ilícito, atuando assim contra liberdade de contratar¹⁷⁸. Ainda, omitir o nexó necessário entre conduta e efeito, impossibilitaria a sua aplicação por causa da insegurança jurídica¹⁷⁹. Ou seja, a norma atentaria contra o princípio da legalidade, no sentido de impossibilitar o prévio conhecimento pelo agente econômico da tipicidade da sua conduta.

Como única metodologia de aplicação do primeiro parágrafo (levando em conta que White entende o segundo como seu complemento) o juiz identifica a análise de cada ato particular se encaixar na norma e, no caso positivo, se este, por sua natureza ou por seus efeitos, resulta em uma restrição do comércio dentro da intenção da lei¹⁸⁰. O termo definitivo nessa formulação é “dentro da intenção da lei”, que reforça a necessidade de análise específica a respeito dos efeitos de condutas e contraria à interpretação e aplicação exclusivamente gramatical.

A argumentação fica clara pensando em concentração de mercado temporária evocada por atos lícitos, como inovação ou vantagens relativas à eficiência, às vezes reforçadas pela

¹⁷⁵ EUA. U.S. Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1. 15 maio 1911. p. 62. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁷⁶ EUA, *ibidem*, p. 23

¹⁷⁷ EUA, *ibidem*, p. 26.

¹⁷⁸ EUA, *ibidem*, p. 63.

¹⁷⁹ EUA, *ibidem*, p. 63.

¹⁸⁰ EUA, *ibidem*, p. 63.

própria topologia do mercado específico. Em resumo, a aplicação da *regra de razão*, como construída no presente caso, significa analisar se cada ato singular é capaz de configurar por sua natureza circunstancial, isto é, considerando participantes, mercado, características do mercado, etc., uma interferência no devido percurso do comércio, e se os seus efeitos, de fato, resultam em uma restrição indevida do comércio, ou seja, em uma monopolização do mercado.

Outro caso importante, no qual a Suprema Corte americana acolheu o raciocínio da regra de razão, explicitou-o e usou-o para reverter uma sentença da instância inferior, foi *Chicago Board of Trade v. United States* (1918)¹⁸¹, em que foi negociado o recurso sobre uma regra da bolsa que atrelou o preço da negociação de trigo fora do horário da bolsa, executado por seus membros, ao último preço do *aftermarket*, chamado de *Call*, portanto, a regra em questão se chama de *Call rule*¹⁸².

O governo questionou a regra judicialmente e o *District Court for the Northern District of Illinois* vedou a sua aplicação por entendê-la como acordo por meio do qual homens em posição dominante fixaram preços por quais eles iriam comprar ou vender durante parte importante do dia comercial e, portanto, violaria a legislação antitruste¹⁸³. *Justice Brandeis*, relator do caso, reverteu a sentença, definindo uma forma da *regra de razão*:

O teste verdadeiro de legalidade é se uma restrição imposta meramente regulamenta e assim talvez promove a competição ou se de tal modo que ela suprime ou até destrói a competição. Para determinar tal questão o corte geralmente tem que considerar os fatos peculiares do comércio a qual a restrição é aplicada; sua condição antes e depois que a restrição foi imposta, a natureza da restrição a seu efeito, de fato ou provável. O histórico a restrição, o mal que é assumido de existir, a razão por adotar o remédio específico, o propósito ou fim que foi pretendido de ser atendido, são todos fatos relevantes (tradução própria).¹⁸⁴

Assim, aplicando esse princípio, o juiz identificou vários elementos positivos advindo da *Call rule*, como fortalecimento do pregão regulamentado pela bolsa e portanto proteção do participantes, em conjunto com uma diminuição de riscos advindo de uma assimetria de informações anterior, possibilitando um diminuição dos preços finais ou aumento da renda dos fazendeiros vendedores; fortalecimento e aumento de número de intermediários promovendo o

¹⁸¹ EUA. Supreme Court. **U.S. Chicago Board of Trade v. United States**, 246 U.S. 231. 04 mar 1918. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁸² EUA, *ibidem*, p. 237.

¹⁸³ EUA, *ibidem*, p. 238.

¹⁸⁴ EUA, *ibidem*, p. 238.

acesso entre fazendeiros regionais e a bolsa; aumento de transparência, por conectar vendedores e compradores mais direto no ambiente da bolsa; entre outros¹⁸⁵.

A conceituação de *Brandeis* foi usada como referência na jurisprudência americana até o final dos anos 1970, quando em *Continental TV., Inc. v. GTE Sylvania Inc*¹⁸⁶. O tribunal decidiu que o julgador deve considerar todos as circunstâncias existentes ao imputar à conduta uma restrição indevida irrazoável, contestado depois por *National Society o Professional Engineers v. United States*¹⁸⁷, no qual o tribunal limitou os fatos laterais a levar em conta apenas aqueles que fornecem resposta à pergunta se a conduta promoveu ou limitou a competição¹⁸⁸.

Em uma próxima fase, havia uma maior estruturação na aplicação da regra, embutindo-a no rito processual: assim o autor da denúncia no âmbito antitruste teria que comprovar o efeito fático ou hipotético prejudicial de uma certa conduta à concorrência ¹⁸⁹. Assim, se o autor consegue demonstrar de forma satisfatória, a carga probatória é transferida ao réu, que precisa comprovar os efeitos positivos da sua conduta em termos de competição e bem-estar geral¹⁹⁰. Superado esse obstáculo, o autor tem que mostrar ou a falta de nexo necessário entre a conduta e o resultado pretendido pelo réu ou que os efeitos anticoncorrenciais ultrapassem os efeitos positivos¹⁹¹.

A Suprema Corte Americana definiu, por exemplo no caso *Broadcast Musci Inc., v. CBS*¹⁹² que, quando uma conduta quase obviamente parece ser sempre anticompetitiva e diminuir a produção em vez de ser beneficiária à competição e gerar eficiências, a conduta deve ser considerada ilícita por si só e condenada sem análise mais profunda, ou seja, julgada com aplicação da *regra per se*¹⁹³. Igualmente, no caso *Northern Pacific R. Co. v. United States*¹⁹⁴.

¹⁸⁵ EUA. Supreme Court. **U.S. Chicago Board of Trade v. United States**, 246 U.S. 231. 04 mar 1918. p. 240-241. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁸⁶ EUA. Supreme Court. **Continental TV., Inc. v. GTE Sylvania Inc.**, 433 U.S. 36. 23 jun. 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁸⁷ EUA. Supreme Court. **National Society of Professional Engineers v. United States**, 435 U.S. 679. 25 abr. 1978. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/679/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁸⁸ TUCKER, Darren S. *et al.* (Ed.). **Antitrust Law Developments (Eighth)**. Chicago: American Bar Association, 2017. p. 61.

¹⁸⁹ TUCKER, *ibidem*, p. 61.

¹⁹⁰ TUCKER, *ibidem*, p. 61.

¹⁹¹ TUCKER, *ibidem*, p. 62.

¹⁹² EUA. Supreme Court. **Broadcast Music Inc., v. CBS**, 441 U.S. 1. 17 abr. 1979. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/441/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁹³ TUCKER, *op. cit.*, 54.

¹⁹⁴ EUA. Supreme Court. **Northern Pacific R. Co. v. United States**, 356 U.S. 1. 10 mar. 1958. p. 5. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022: “No entanto, há certos acordos que que, por causa dos seus efeitos perniciosos na competição e falta de qualquer virtude benéfica, são presumidos conclusivamente irrazoáveis, e portanto ilegais, sem inquérito elaborado a respeito do seu dano causado ou justificativa comercial por seu emprego. Este princípio de irrazoabilidade *per se* não apenas esclarece melhor o tipo de condutas proibidos pelo *Sherman Act*, em benefício de todos os envolvidos, mas também evita a

Importante notar que a *regra per se* não deve ser entendida como oposta à *regra da razão*, mas em tese como um resumo do mesmo procedimento, no qual se sabe de antemão, por dispor de ampla experiência jurídica referente a uma certa conduta, que sempre produz os citados efeitos, quase inevitavelmente¹⁹⁵.

No entanto, a sua aplicação deve ser limitada a casos claros, considerando como formulado no caso *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*¹⁹⁶, que a *regra da razão* apenas deve ser abolida quando fundamentável em efeitos econômicos em vez de recorrer a meras questões formais¹⁹⁷. No mesmo sentido, Hovenkamp afirma que a *regra per se* é legitimada com o alcance de certo grau de conhecimento da conduta investigada, sem necessidade de investigação adicional. O autor compreende que a diferença entre os padrões de análise *per se* e a *regra da razão* está em decidir qual será esse nível de conhecimento da prática sob investigação antes de se tomar uma decisão¹⁹⁸.

Esse conflito aparente, porém, não se verifica na realidade. O que parte da doutrina quer dizer, ao afirmar que condutas como unimilitância ou cartéis são passíveis de análise *per se*, é que muito da questão “*o quanto precisamos conhecer antes de tomar a decisão*”¹⁹⁹ pode ser sanada a partir da comprovação da materialidade do ilícito, com atenção à norma antitruste. Os estudos dos efeitos anticompetitivos, assim, não são dispensados. O que a jurisprudência entende, nesse sentido, é que tais condutas muito raramente apresentam benefícios líquidos, de modo que investigações e padrões de prova perdem relevância.

necessidade de uma investigação econômica, tremendamente complicada e prolongada, do histórico inteiro do mercado envolvido, tanto como dos mercados relacionadas, em um esforço de determinar geralmente se uma restrição particular foi irrazoável [...] (tradução e grifos próprios).”

¹⁹⁵ TUCKER, Darren S. *et al.* (Ed.). **Antitrust Law Developments (Eighth)**. Chicago: American Bar Association, 2017. p. 56.

¹⁹⁶ EUA. Supreme Court. **Continental TV., Inc. v. GTE Sylvania Inc.**, 433 U.S. 36. 23 jun. 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁹⁷ TUCKER, *op. cit.*, p. 57.

¹⁹⁸ Em tradução livre: “Na realidade, toda análise legal é *per se* em algum grau. A *regra per se* afirma que quando se atinge um determinado nível de conhecimento sobre a prática investigada pode-se passar para o exame de sua legalidade sem necessidade de investigação adicional. A diferença entre os padrões de investigação *per se* e *regra da razão* está no quanto nós precisamos conhecer antes de tomar esta decisão. Um agente racional coletará informações, iniciando com o que possui maior relevância e maior facilidade de ser coletado, até chegar ao ponto, no qual o custo marginal de aquisição exceda o seu retorno marginal esperado. Neste caso, o ‘retorno marginal’ é o aumento da precisão da decisão final. Caso o custo de obter certas informações seja muito alto, e a chance for baixa, isso fará a com que a decisão final tenha maior grau de precisão; o agente racional ao tomar a decisão não buscará as informações adicionais. HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice**. 3. ed. Saint Paul: West Hornbook Series, 2005. p. 255.

¹⁹⁹ AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. **Estudos Econômicos**, v. 39, n. 4, 2009, p. 17. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ee/article/view/35989>. Acesso em: 02 jun. 2022.

A análise não deve ser focada no fato de determinada conduta poder ou não ser decidida sob os fundamentos da razão ou *per se*, mas sim na compreensão exata do sentido do “*quanto precisamos conhecer*”. Um ato, afinal, somente será ilícito caso leve a efeitos anticompetitivos e não compensá-los com benefícios para a sociedade. Para realizar tal análise, portanto, à luz da razão, é preciso observar todo o contexto envolvido, como o mercado relevante, a posição dominante, a possibilidade de uso do poder de mercado, os efeitos compensatórios, etc. ou seja, fazer a análise à luz da regra da razão. Dessa forma, assim que for alcançado o nível satisfatório de compreensão do fato, a análise na regra da razão é interrompida e dá lugar para a regra *per se*, ainda que nem todos os possíveis efeitos da conduta tenham sido considerados.

Finalmente, não se pode deixar de reconhecer o papel institucional do Direito Antitruste como estruturador de incentivos pró-concorrência e, com isso, gerador de inovação no mercado e proteção ao consumidor. Nesse sentido, pode ele (diga-se até que deve), reduzir custos de transação para operar no mercado, impulsionando as transações de mercado.

2.1.2 Experiência europeia

Ao analisar a legislação do direito antitruste europeu, faz-se mister considerar certas peculiaridades do seu contexto. Por isso, o este item descreve inicialmente o desenvolvimento histórico do antitruste europeu, depois aborda as suas influências doutrinárias características, com destaque para a *Escola de Freiburg*, e na terceira parte analisa o *status quo* da legislação e sua aplicação contemporânea.

Tradicionalmente, a economia europeia continental sofreu fortes intervenções governamentais, o que explica o fato de cartéis ou acordos em restrição do comércio não terem sido rotulados como necessariamente problemáticos. Essa ideia foi reforçada pela crença de que a competição era um processo caótico e dispendioso, que não necessariamente resultaria em uma alocação de recursos mais eficiente, se comparado com sistemas de cartelização, empresas estatais e planejamento econômico²⁰⁰. Assim, durante as guerras mundiais, a política concorrencial não considerou cartéis como uma prática ilegal *per se* e focou em proteger a economia de intervenções governamentais, em vez de preocupar-se com limitações advindas de posições dominantes de mercado²⁰¹. Com exceção da Alemanha, cartéis eram monitorados

²⁰⁰ GIOCOLI, Nicola. Competition vs. property rights: American antitrust law, the Freiburg School and the early years of European competition policy. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, 2009. p. 17. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=987788>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁰¹ GIOCOLI, *ibidem*, p. 18.

e fiscalizados por órgãos administrativos, sendo que a fiscalização era feita quando detectados abusos, de forma posterior, portanto; e bastante discricionária, com foco mais nos resultados específicos das práticas, ao contrário do foco na conduta, como praticado pela política antitruste americana, que estabeleceu, ao lado da *regra da razão*, um sistema de proibições *per se*, com eficácia *ex ante*²⁰².

Depois da segunda guerra mundial, diversos impactos influenciaram a formulação do primeiro sistema antitruste comum europeu: o surgimento da guerra fria condicionou a necessidade de uma Europa economicamente forte e unida, o que culminou na fundação, apoiada pelos Estados Unidos, da *Comunidade Europeia do Carvão e do Aço* (CECA)²⁰³, no ano de 1951, fato esse que gerou a necessidade de uma regulamentação conjunta da competição no citado mercado.

Deste modo, havia o interesse americano caracterizado pelo desejo de descentralizar a indústria pesada da Alemanha, bem como o interesse francês em fortalecer as empresas domésticas perante o país vizinho. Isso resultou, em 1951, em uma lei antitruste da CECA bastante rígida quando comparada à cultura continental anterior e levou à implementação da lei antitruste alemã em 1957, igualmente severa, o que foi facilitado por certa congruência com a teoria econômica alemã.²⁰⁴

A introdução de proibições como “impedir, restringir ou falsear o curso normal da competição”, conforme disposto no artigo 65 do Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço²⁰⁵, ou a implementação do controle de fusões e aquisições trazida pelo seu artigo 66, já remetem à prevalência da livre competição e, conseqüentemente, ao sistema americano. Há, porém, a diferença de que a lei europeia exemplificou as restrições do art. 65, como a manipulação de preços (alínea a), o controle de produção, investimentos ou avanço tecnológico (alínea b), ou a divisão de mercados (alínea c), tanto que só permite vetar fusões quando esta resulta em uma posição dominante no mercado.²⁰⁶

Com a fundação da *Comunidade Econômica Europeia* (CEE) pelo tratado de Roma em 1957, que sucedeu a CECA e criou o mercado comum entre os seis países fundadores, incluindo

²⁰² GIOCOLI, Nicola. Competition vs. property rights: American antitrust law, the Freiburg School and the early years of European competition policy. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, 2009. p. 17. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=987788>. Acesso em: 02 jun. 2022. p. 18.

²⁰³ Consistindo de Alemanha Ocidental, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos.

²⁰⁴ GIOCOLI, *op. cit.*, p. 18.

²⁰⁵ Tradução livre do art. 65, § 1º de UNIÃO EUROPEIA. **Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier**. Paris, 18 abr. 1951. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=LV>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁰⁶ UNIÃO EUROPEIA, *ibidem*.

a constituição da união alfandegária, houve uma reformulação das normas referentes ao antitruste, introduzindo no lugar do controle de fusões e aquisições a vedação expressa do abuso de posição dominante no mercado (Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Europeia (TCE), art. 86)²⁰⁷, que o distanciou bastante da tradição antitruste americana.²⁰⁸

Outra inovação foi a introdução do conceito da restrição por objeto ou por efeito em seu art. 85, o que caracteriza a política concorrencial europeia até hoje. Esse afastamento parcial da política legal americana se explica bem pela coincidência temporal com a “*Lei contra as Restrições à Concorrência*” alemã em 1957 e a forte influência da doutrina econômica alemã, o chamado *Ordoliberalismo* ou também referenciado como *Escola de Freiburg*²⁰⁹.

2.2.1 Impacto do Ordoliberalismo no desenvolvimento do antitruste europeu

Fundado pelo economista Walter Eucken e os juristas Franz Böhm e Hans Grossmann-Doerth, essa vertente visou, perante as convulsões sociais e políticas da Alemanha dos anos 30, a encontrar uma ordem de organização capaz de garantir uma sociedade liberal e estável²¹⁰. Como fonte principal do fracasso político e econômico da época eles identificaram o poder econômico privado, que deixou o livre mercado ser encarado como fonte de divisão social e desigualdade²¹¹.

Portanto, era necessário convencer a população de que o mecanismo do mercado, integrado num sistema legal bem definido, era a fonte de qualquer integração, e não o seu obstáculo, por meio do estabelecimento de uma ordem econômica capaz de promover desenvolvimento e progresso tanto como garantir estabilidade política e social, voltado a valores democráticos, juntando, dessa maneira, abordagens econômicas e jurídicas constitucionais²¹². Sendo assim, assumiu-se que uma ordem liberal econômica, garantindo propriedade, liberdade contratual e mobilidade econômica, ao lado de uma ordem política fundada em liberdade pessoal e democracia, se condicionavam reciprocamente, sendo que uma

²⁰⁷ Artigo 86 de UNIÃO EUROPEIA. *Traité instituant la Communauté Économique Européenne et documents annexes*. **Journal officiel des Communautés européennes**, n. 152, 14 jul. 1967. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=CS>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁰⁸ GIOCOLI, *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁹ GIOCOLI, Nicola. Competition vs. property rights: American antitrust law, the Freiburg School and the early years of European competition policy. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, 2009. p. 20. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=987788>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²¹⁰ GIOCOLI, *ibidem*, p. 23.

²¹¹ GIOCOLI, *ibidem*, p. 23.

²¹² GIOCOLI, *ibidem*, p. 23

estava altamente ligada a existência da outra, o que poderia possibilitar o alcance do mencionado objetivo²¹³. Como peça chave foi identificada a livre competição, não apenas como mecanismo de incentivos, mas primordialmente como instrumento de retirada de poder em excesso.²¹⁴

Deste modo, o ordoliberalismo defendeu, como primeiro pilar, uma ordem econômica com o maior grau de competição possível, traduzindo o abstrato, irreal conceito da *competição perfeita* da ciência econômica ao conceito pragmático da *competição completa*, em que os participantes, tanto no lado da oferta como na demanda, não possuem o poder de coação sobre a conduta do outro ou de influenciar o preço, e, portanto, todos agem como tomadores de preço²¹⁵. Logo, existia como condição positiva desse tipo de competição a estrutura de mercado na forma de um polípólio, e como condição negativa, a ausência de condutas como restrições verticais, preços predatórios, destruição de estoques, etc., que, seriam impossíveis ou prejudiciais sob competição completa – único critério que decide sobre o sucesso do agente no mercado é o próprio desempenho (*performance competition* em detrimento de *obstructive competition*)²¹⁶.

No entanto, para garantir a persistência desta ordem econômica, mostra-se necessário a contenção da sua força autodestrutiva, causada pela busca constante por posições monopolísticas pelos agentes, esquivando-se da competição²¹⁷. Essa contenção requer um arcabouço jurídico e político, capaz de proteger o funcionamento do mercado e a competição, implementado por meio de uma *constituição econômica*, segundo pilar dessa vertente, responsável por definir os princípios e estrutura da atividade econômica de um país²¹⁸.

O terceiro pilar do ordoliberalismo é a política regulamentar (*Ordnungspolitik*), que traduz todos os princípios econômicos e da *competição completa* em termos jurídicos, concretizando a constituição por meio de leis e atuações políticas, executado por um *estado*

²¹³ SULLIVAN, Lawrence A.; FIKENTSCHER, Wolfgang. On the Growth of the Antitrust Idea. **Berkeley Journal of International Law**, v. 16, n. 2, 1998. p. 212. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1414&context=bjil>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²¹⁴ AHLBORN, Christian; GRAVE, Carsten. Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective. **Competition Policy International**, v. 2, n. 2, 2006. p. 200. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1585797>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²¹⁵ AHLBORN; GRAVE, *ibidem*, p. 200.

²¹⁶ AHLBORN; GRAVE, *ibidem*, p. 200.

²¹⁷ AHLBORN; GRAVE, *ibidem*, p. 201.

²¹⁸ GIOCOLI, Nicola. Competition vs. property rights: American antitrust law, the Freiburg School and the early years of European competition policy. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, 2009. p. 24. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=987788>. Acesso em: 02 jun. 2022.

forte, no sentido de resistir a pressões econômicas e particulares, porém restringido na sua discricionariedade pela constituição²¹⁹.

Aplicando os seus pilares à política de competição, o ordoliberalismo prevê em primeiro lugar uma lei antitruste, baseado nos princípios da constituição econômica, promovendo ordem de livre transação de bens e a competição, protegendo o indivíduo tanto de poder de mercado como de poder estatal, na medida necessária.²²⁰

Além disso, uma *agência de monopólios* independente, de natureza administrativa e com forte vínculo à lei econômica e à constituição, encarregada da dissolução de monopólios evitáveis e o controle de monopólios inevitáveis, servindo-se no caso dos últimos de uma abordagem “*como se*”, implementando condições e metas de avaliações como se o monopólio fosse exposto à competição completa, com foco especialmente em renda de monopólio e discriminação de preços²²¹. A política rígida contra monopólios também serviria como efeito dissuasivo para que oligopólios se abstivessem de condutas colusivas²²². Como órgão de revisão serve a justiça comum, para contrabalançar a discricionariedade do tribunal administrativo²²³.

No desenvolvimento do antitruste europeu observa-se diversos efeitos da teoria descrita, que até hoje, embora de forma mais atenuada, impactam a atuação da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça da União Europeia. Logo após a homologação do Tratado de Roma surgiu entre os estados-membros a questão sobre o efeito jurídico das normas referentes à política concorrencial, especialmente os arts. 85 e 86 do TCE²²⁴. Em concreto, questionou-se se elas representaram meras guias de decisões administrativas, aplicáveis a casos de interesse excepcional, ou se elas devem ser entendidas como normas legais com plena eficácia na jurisdição europeia²²⁵. Prevaleceu a posição alemã que entendeu, seguindo as ideias da Escola de Freiburg, o TCE como constituição econômica, servindo como norte para as políticas nacionais, aplicáveis a todos os casos.²²⁶

²¹⁹ GIOCOLI, Nicola. Competition vs. property rights: American antitrust law, the Freiburg School and the early years of European competition policy. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, 2009. p. 23-24 Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=987788>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²²⁰ GIOCOLI, *ibidem*, p. 27.

²²¹ AHLBORN, Christian; GRAVE, Carsten. Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective. **Competition Policy International**, v. 2, n. 2, 2006. p. 204. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1585797>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²²² AHLBORN; GRAVE, *ibidem*, p. 206.

²²³ GIOCOLI, *op. cit.*, p. 28.

²²⁴ GIOCOLI, *op. cit.*, p. 30.

²²⁵ GIOCOLI, *op. cit.*, p. 30.

²²⁶ GIOCOLI, *op. cit.*, p. 30.

Outro ponto que separa bastante a abordagem europeia do antitruste americano é o entendimento de que a política de competição, além de mirar em objetivos primordialmente econômicos, também deve atender a propósitos políticos, como, de significância elevada, a realização de mercados integrados europeus, mas também propósitos como o fortalecimento democrático da Comunidade Europeia ou aspectos sociais e ambientais²²⁷. Também na atuação concreta da Comissão Europeia se estabeleceu por meio do Regulamento 17/62²²⁸ a abordagem de proibição prévia de condutas anticompetitivas dos arts. 85 e 86 do TCE, submetendo as empresas a um controle prévio, incluindo casos dentro da exceção do artigo 85 §3º do TCE²²⁹, o que marcou outra referência ao ideal ordoliberal da política antitruste rígida em prol da *competição completa*.

Nota-se que, embora a União Europeia tenha modernizado a sua política antitruste, mais focada no objetivo primário da proteção da competição²³⁰, ainda há elementos do ordoliberalismo bastante presentes na atuação contemporânea, como a admissão de objetivos abstratos como a integração de mercado com todas suas implicações²³¹ ou a abordagem *laissez-faire* após o cumprimento de certos requisitos formais.

2.2.1.1.1 Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

A legislação principal vigente referente ao antitruste na União Europeia encontra-se no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que entrou em vigor com o Tratado de Lisboa em 2007. Os dispositivos da política da competição acolheram completamente o texto dos arts. 85 e 86 do TCE de 1957.

Observa-se que o art. 101 do mencionado regramento proíbe as condutas anticompetitivas que por objetivo ou efeito impedem, restringem, ou falseiam a concorrência no mercado interno europeu, e exemplifica a fixação de preços (ou outras condições), a

²²⁷ TALBOT, Conor C. Ordoliberalism and Balancing Competition Goals in the Development of the European Union. **The Antitrust Bulletin**, v. 61, n. 2, p. 288, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2701240>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²²⁸ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 17. Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 21 fev. 1962, p. 2. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31962R0017&qid=1574196832533&from=PT>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²²⁹ UNIÃO EUROPEIA. Traité instituant la Communauté Économique Européenne et documents annexes. **Journal officiel des Communautés européennes**, n. 152, 14 jul. 1967. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=CS>. Acesso em: 02 jun. 2022..

²³⁰ TALBOT, *op. cit.*, p. 288.

²³¹ GIOCOLI, Nicola. Competition vs. property rights: American antitrust law, the Freiburg School and the early years of European competition policy. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, 2009. p. 32 Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=987788>. Acesso em: 02 jun. 2022.

limitação da produção, do progresso técnico ou de investimentos, a repartição de mercados ou das fontes de abastecimento e a venda casada²³². No seu segundo parágrafo, estipula que tais acordos serão nulos *ex ante*. O parágrafo terceiro determina exceções válidas, legitimando acordos que, sob devida participação do consumidor, melhoram a produção ou a distribuição do produto, entre outras circunstâncias.

Já o art. 102 dispõe sobre o abuso de posição dominante, especialmente a imposição de preços de compra e venda e de condições não adequadas, a limitação da produção e distribuição de um produto distinto ou do avanço tecnológico, em detrimento do consumidor, discriminação de preços ou por outros meios perante os parceiros comerciais e a venda casada.

Destaca-se que os órgãos responsáveis para implementação das normas concorrenciais são a Comissão Europeia (CE), o Órgão executivo da União Europeia, o Tribunal Geral da União Europeia como instância recursal e o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que julga as apelações contra as decisões do Tribunal Geral.

Nesse marco legal já se destaca uma diferença eminente em comparação ao direito antitruste americano: em vez de analisar condutas por meio do emprego de uma regra de razão e regra *per se*, a Comissão Europeia as categoriza, como visível na formulação do art. 101 TFUE, em restrição (da competição) por objeto e por efeito, o que será analisado nos seguintes capítulos. Nota-se, porém, que a jurisprudência considera essa diferenciação como princípio implícito no art. 102 TFUE.²³³ Em muitos casos, porém, essa diferenciação, embora apropriada, não é feita.²³⁴

2.2.1.1.2 Restrição por objeto

Por sua formulação disjuntiva, o art. 101 do TFEU prescreve um exame separado, em dois estágios, de uma conduta sob suspeita de ser anticompetitiva, processo em qual prevaleceu na jurisprudência europeia a análise do objeto a ser executada antes do efeito. A restrição por objeto, portanto, foi descrita no caso *Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others v Gazdasági*

²³² Art. 101, § 1º, de UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**, Lisboa, 13 dez. 2007. Versão consolidada em Jornal Oficial da União Europeia, 07 jun. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²³³ ITALIANER, Alexander. The Object of Effects. In: CRA ANNUAL BRUSSELS CONFERENCE: Economic Developments in Competition Policy, 2014, Brussels. **Speech [...]**. 2014. p. 4. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

²³⁴ ROTH, Peter; ROSE, Vivien (Ed.). **Bellamy & Child: European Community Law of Competition**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 162.

Versenyhivatal como conduta que, “na sequência de uma análise individual e concreta do teor e do objetivo desses acordos assim como do contexto econômico e jurídico no qual se inserem, se verifica que os mesmos são, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência”²³⁵.

Em outras palavras, essa categoria se aplica a todos os procedimentos que, pela sua natureza, podem ser considerados prejudiciais à concorrência, porém não dispensam uma certa análise de condições e circunstâncias, como a maneira como um acordo foi implementado, a real intenção que o motivou (aqui cabe pontuar que a comprovação desta intenção não é condição necessária para a reprovabilidade) ou a sua finalidade objetiva, sendo as condutas típicas classificadas como restrições por objeto, no âmbito de acordos horizontais, a fixação de preços, a limitação da produção e a repartição de mercados e clientes. No caso de acordos verticais, são considerados como anticompetitivas por objeto condutas como, por exemplo, a manutenção de preços de revenda (o seu valor mínimo) ou restrições garantindo proteção territorial absoluta, incluindo restrições na venda passiva.

No caso emblemático *Consten SaRL and Grundig GmbH v Comissão Europeia*, que se destacou pela prevalência na decisão do TJUE do processo de integração do mercado comum sobre eventuais ganhos de bem-estar do consumidor no âmbito de um acordo de distribuição exclusiva, porém com proibição de exportação, entre um produtor alemão e um distribuidor francês, o tribunal também definiu que não é necessário considerar efeitos concretos de um acordo, em que o objeto parece consistir em uma restrição, impedimento ou distorção da competição. Nesses casos não é necessário que a CE tome a sua decisão com base em uma análise e delimitação do mercado em detalhe.

Há situações, por sua vez, em que a classificação da restrição por objeto não fica óbvia, especialmente considerando a presença ou não de exceções do art. 101 § 3º do TFUE, entre outras, que requer uma análise mais profunda em termos de efeitos atuais e potenciais e por consequência, uma análise das circunstâncias concretas e individuais. Quando existem explicações plausíveis que demonstram que uma atividade objetivou o aumento da competição (por exemplo, por meio de penetração de novos mercados ou pelo aproveitamento de sinergias),

²³⁵ UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia (Primeira Câmara). **C-32/11 - Allianz Hungária Biztosító and Others**. Reitor: M. Ilešič (Rapporteur), 14 mar. 2013. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135021&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1395802>. Acesso em: 02 jun. 2022.

há significativa dificuldade em se considerar a existência de uma restrição por objeto, razão por que a CE em muitos casos deixa de aplicar a distinção entre objeto e efeito.

Resta dizer que, de forma similar à praxe americana, existe a análise no contexto da restrição por efeito como regra, sendo aplicada apenas por objeto, na hipótese em que a restrição da competição advindo de uma conduta é inevitável pela própria natureza desta. Outro aspecto similar é a indicação de ter um certo acervo de experiências na classificação de uma conduta ilícita por objeto, com a diferença de que isso apenas implica uma certa cautela, em vez de impossibilitar a classificação em dita categoria.

2.2.1.1.3 Restrição por efeito

A análise por efeito é basicamente sempre aplicada no caso em que não se pode encontrar uma restrição por objeto, princípio que o Tribunal de Justiça da União Europeia formulou pela primeira vez no caso *Société Technique Minière e Maschinenbau Ulm GmbH*, que tratou, como o caso Grundig supracitado, de um acordo de distribuição exclusiva, porém, com menos restrições e menor importância dos participantes no mercado respectivo, diferenciando-se especialmente na permissão de importações paralelas. Alega-se no acórdão que, quando a análise das cláusulas de um acordo não demonstra em grau suficiente o impacto pernicioso delas na concorrência, devem ser levantados os efeitos do acordo, evidenciando os fatores que geram a restrição, o impedimento ou a distorção da competição.

O meio de análise é o chamado contrafactual, em que a condição e a competição se encontrariam se determinada conduta nunca tivesse existido. Analisa-se, no caso de venda exclusiva, fatores como qualidade e natureza limitadas ou não de produtos, posição do mercado dos participantes, rigor de imposição das cláusulas restritivas, a posição do acordo num eventual conjunto de acordos no mercado afetado ou seu caráter isolado. Importante ressaltar que a jurisprudência leva tanto os efeitos potenciais como os atuais em conta, além de analisar como o acordo afeta outras atividades dos pactuantes, ainda que estas não constem como objeto direto nele. Porém, a realização de efeitos não é condição necessária para um enquadramento na restrição por efeito, no qual basta demonstrar, numa suposição realística dentro da análise contrafactual, os efeitos prováveis da conduta em questão.

Outro ponto a ser considerado na análise de efeitos contrafactual é o grau de fechamento do mercado, ou seja, a possibilidade de outros novos concorrentes entrarem no mercado afetado pelo acordo restritivo.

2.2.1.1.4 Justificativas e exceções da imputação da restrição por objeto e por efeito

Como já indicado nos itens anteriores, o direito antitruste europeu considera várias exceções e justificativas para evitar uma condenação de condutas aparentemente ilícitas. Inicialmente, cabe mencionar a necessária demonstração de que a conduta afeta o comércio entre os Estados-membros, sendo isentados todos os acordos entre empresas cuja participação agregada no mercado respectivo não ultrapasse 5% e cujo volume anual agregado de negócios referente aos produtos incluídos no acordo dentro da União Europeia não supere EUR 40 milhões²³⁶. Além da política concorrencial promovida, em termos de estrutura de mercado, o art. 102 § 1º do TFUE estipula essa condição também por questões de competência, admitindo legislações antitrustes nacionais divergentes, em casos cujos efeitos se limitam exclusivamente à economia nacional do estado-membro.

Um exemplo claro é a *Lei contra Restrições à Concorrência (GWB)* alemã, que permite em seu artigo 3º condutas concertadas e cartéis entre empresas concorrentes, que visam racionalizar os processos econômicos por meio da cooperação empresarial, enquanto estas condutas servem para melhorar a competitividade de pequenas e médias empresas, não afetando a competição de forma significativa. Ressalta-se que a lei não pressupõe benefício algum dos consumidores advindo do acordo, sendo avaliado o encaixe de empresas como pequena e média caso a caso²³⁷.

Outra exceção é prevista para casos de impacto de menor relevância, o chamado princípio *de minimis*. Critério implícito no art. 101 do TFEU é, se um acordo em análise é capaz de ter um impacto significativo (*appreciable effect*) na competição, não se aplicando, no entanto, a restrições por objeto, nas quais, por definição, se presume, independentemente de quaisquer efeitos, impacto considerável.²³⁸ Em termos quantificados, essa exceção se aplica a

²³⁶ UNIÃO EUROPEIA. Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81º e 82º do Tratado. **Jornal Oficial da União Europeia**, 27 abr. 2004. (2004/C 101/07). p. 6. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(06\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(06)&from=PT). Acesso em: 02 jun. 2022.

²³⁷ ALEMANHA. **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**. Act against Restraints of Competition in the version published on 26 June 2013 (Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette) I, 2013, p. 1750, 3245), as last amended by Article 4 of the Act of 9 July 2021 (Federal Law Gazette I, p. 2506). Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0018. Acesso em: 02 jun. 2022.

²³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.o, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis). **Jornal Oficial da União Europeia**, 30 ago. 2014. (2014/C 291/01). p. 1. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=EN). Acesso em: 02 jun 2022.

acordos entre empresas, cuja quota de mercado agregada não ultrapassa 10 % em qualquer dos mercados relevantes, no caso de acordos horizontais, 15 % no caso de acordos verticais e 5 % se no mercado relevante já existem outros acordos restritivos que afetam, no total, no mínimo 30 % do mercado.²³⁹ Nota-se, portanto, que estes limites estabelecidos pela Comissão Europeia não prejudicam qualquer interpretação do art. 101 do TFUE feita pelo TJUE, nem excluem a possibilidade que efeitos surgindo de acordos entre empresas com quotas maiores sejam considerados como de menor importância.²⁴⁰ Muito mais, esses valores servem como *porto seguro*, ou como norte em que empresas podem se orientar na sua tomada de decisões.²⁴¹

O terceiro grupo de exceções se encontra no próprio art. 101, § 3º do TFUE, que define que as proibições do § 1º podem não ser aplicadas a acordos entre empresas, decisões ou conjuntos de decisões de associações de empresas ou práticas concertadas, isoladas ou dentro de um grupo de práticas, que contribuíam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos, promovem o avanço tecnológico ou econômico, sob participação adequada dos consumidores no lucro resultante. Para isso, não pode haver restrições não necessárias para o objetivo pretendido, nem eliminar a competição em uma parte substancial dos mercados de produtos afetados. Desde o regulamento 1/2003 do Conselho da União Europeia essa regra se aplica a todos os setores, legalizando acordos que se submetem à norma *ex ante*, abolindo o sistema antigo de notificações prévias obrigatórias²⁴². Contudo, a análise apenas é conduzida quando a conduta se insere no art. 101, § 1º do TFUE²⁴³, e objetiva responder se os efeitos pró-competitivas superam os restritivos, ou seja, se há ganhos líquidos de eficiência.

²³⁹ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.o, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis). **Jornal Oficial da União Europeia**, 30 ago. 2014. (2014/C 291/01). p. 2. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=EN). Acesso em: 02 jun 2022.

²⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.o, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis). **Jornal Oficial da União Europeia**, 30 ago. 2014. (2014/C 291/01). p. 2. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=EN). Acesso em: 02 jun 2022.

²⁴¹ UNIÃO EUROPEIA, *ibidem*, p. 3.

²⁴²UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Regulamento (CE) Nº 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado. **Jornal Oficial da União Europeia**, 04 jan. 2003. p. 7. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁴³ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicação da Comissão: Orientações relativas à aplicação do nº 3 do artigo 81º do Tratado. **Jornal Oficial da União Europeia**, 27 abr. 2004, p. 2. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=%20CELEX:52004XC0427\(07\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=%20CELEX:52004XC0427(07)&from=PT). Acesso em: 02 jun. 2022.

Entende-se como participação adequada do consumidor a sua realização efetiva, especialmente em mercados sem pressão competitiva nos preços, caso em que meras realizações de economias de escala ou resultantes da racionalização da produção, advindo de operações internas dos participantes do acordo, não são aceitas sem repasse na forma de descontos no preço.²⁴⁴ Requisito mínimo é um efeito neutro na perspectiva do consumidor, sem que ele se encontre numa posição pior depois do acordo restritivo, levando em conta, porém, fatores como um consumo menor de recursos no processo produtivo ou um aumento de qualidade do produto²⁴⁵.

A Comissão Europeia especificou a aplicação das exceções do art. 101, § 3º por meio de regulamentos próprios para certas categorias, as chamadas *Block Exemption Regulations* (BER), como o referente a acordos verticais e práticas concertadas, que isenta acordos entre uma associação de empresas e seus membros ou entre essa associação e seus fornecedores²⁴⁶. Define-se em referido regulamento que, se todos os membros forem retalhistas de bens e nenhum membro com as suas empresas associadas não tem um volume de negócios que supera EUR 50 milhões anuais, junto com a condição de que nem a quota do mercado do fornecedor nem a do comprador ultrapasse 30% do mercado relevante respectivo, pode-se presumir que estes acordos melhoram em regra a produção ou a distribuição e proporcionam ao consumidor um benefício equitativo²⁴⁷.

²⁴⁴ ROTH, Peter; ROSE, Vivien (Ed.). **Bellamy & Child**: European Community Law of Competition. 6. ed. Oxford: University Press, 2009. p. 216.

²⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão: Orientações relativas à aplicação do nº 3 do artigo 81º do Tratado (2004/C 101/08). **Jornal Oficial da União Europeia**, 27 abr. 2004. (2004/C 101/08). p. 14. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=%20CELEX:52004XC0427\(07\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=%20CELEX:52004XC0427(07)&from=PT). Acesso em: 02 jun. 2022

²⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Regulamento nº 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101º, nº 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas. (L 102/1). **Jornal Oficial da União Europeia**, 23 abr. 2010. p. 4. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=DE>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA, *ibidem*, p. 2.

Do mesmo modo existem, entre outros, regulamentos no âmbito de acordos referente a especializações²⁴⁸, pesquisa e desenvolvimento²⁴⁹ ou de transferência de tecnologia²⁵⁰. Todos os *Block Exemptions Regulations* têm em comum o fato de excluírem expressamente a aplicação da isenção ao acordo em questão em casos de *restrições hardcore* como, por exemplo, no caso dos acordos verticais, a fixação de preços (manutenção de preços de revenda) ou a limitação da área geográfica de atuação²⁵¹. As chamadas *restrições excluídas* levam a uma desconsideração parcial de certas cláusulas, como obrigações de não concorrência no prazo maior de cinco anos ou a proibição de um participante vender, produzir ou comprar qualquer bem ou serviço após o término do acordo, podendo o resto do acordo, todavia, se encaixar no BER²⁵². Vale destacar que as *restrições hardcore* de qualquer regulamento, em que se encaixa o caso específico, impossibilitam a exceção *de minimis*, sendo consideradas como restrições por objeto²⁵³.

²⁴⁸ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Regulamento (UE) n° 1218/2010 da Comissão de 14 de Dezembro de 2010 relativo à aplicação do artigo 101º, n° 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de especialização. **Jornal Oficial da União Europeia**, 18 dez. 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1218&from=DE>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁴⁹ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Regulamento (UE) n° 1217/2010 da Comissão de 14 de Dezembro de 2010 relativo à aplicação do artigo 101º, n° 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento. **Jornal Oficial da União Europeia**, 18 dez. 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:335:0036:0042:PT:PDF>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Regulamento (UE) n° 316/2014 da Comissão de 21 de março de 2014 relativo à aplicação do artigo 101º, n° 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia. **Jornal Oficial da União Europeia**, 28 mar. 2014. Disponível em: Acesso em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=%20CELEX:32014R0316&from=DE>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁵¹ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Regulamento n° 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101º, n° 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas. (L 102/1). **Jornal Oficial da União Europeia**, 23 abr. 2010. p. 5. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=DE>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁵² UNIÃO EUROPEIA, *ibidem*, p. 5.

²⁵³ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.o, n° 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis). **Jornal Oficial da União Europeia**, 30 ago. 2014. (2014/C 291/01). p. 1. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=EN). Acesso em: 02 jun. 2022.

Por outro lado, isso não significa que qualquer restrição por objeto impossibilita a regra *de minimis*, existindo justificativas, por exemplo, para fixação de preços²⁵⁴, repartição de mercado²⁵⁵ e limitação da produção²⁵⁶.

Além disso, um não cumprimento de todas as condições do referido regulamento por um acordo não impede a aplicação da exceção geral prevista no § 3º²⁵⁷, o que é evidenciado pela possibilidade de a Comissão decidir, após uma denúncia ou *ex officio*, que um caso concreto, embora cumprindo os requisitos de uma *group exemption*, fere os princípios do art. 101, § 3º do TFUE, podendo retirar o benefício da isenção²⁵⁸, com eficácia *ex nunc*²⁵⁹, no entanto, sem violar o princípio do *porto seguro* dos regulamentos.

O ponto interessante da exceção do § 3º é que ela se aplica tanto às restrições por objeto quanto aos por efeito, admitindo uma defesa de eficiências em ambos os casos, o que distancia o antitruste europeu bastante de uma *regra per se* nos moldes da legislação americana. O que chega mais perto a uma classificação comparável seriam as prescrições dos regulamentos da Comissão Europeia, gerando uma modalidade de legalidade *per se*²⁶⁰. A respeito de uma existência de uma *regra da razão* no direito antitruste europeu, relevando-se na relação entre o art. 101 § 1º TFUE e § 3º, há divergências.

Por um lado, é defendido que a análise do § 1º não abrange uma análise completa de todos os efeitos pró e anticompetitivos²⁶¹ e um balanceamento deles no âmbito deste parágrafo desvalorizaria o §3º²⁶²; outros veem no mesmo parágrafo uma regra da razão formalizada²⁶³.

²⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Commission Staff Working Document: Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice** (SWD (2014) 198 final). Brussels, 25 jun. 2014. p. 6. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA, *ibidem*, p. 8.

²⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA, *ibidem*, p. 10.

²⁵⁷ ROTH, Peter; ROSE, Vivien (Ed.). **Bellamy & Child: European Community Law of Competition**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 227.

²⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Regulamento (CE) N° 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado. **Jornal Oficial da União Europeia**, 04 jan. 2003. p. 7. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁵⁹ WISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 711.

²⁶⁰ ITALIANER, Alexander. Competitor Agreements under EU Competition Law. In: 40TH ANNUAL CONFERENCE ON INTERNATIONAL ANTITRUST LAW AND POLICY, 40., 2013, New York. **Speech [...]**. 2013. p. 4. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_07_en.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁶¹ ITALIANER, *ibidem*, p. 7.

²⁶² ROTH, Peter; ROSE, Vivien (Ed.). **Bellamy & Child: European Community Law of Competition**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 158.

²⁶³ SULLIVAN, Lawrence A.; FIKENTSCHER, Wolfgang. On the Growth of the Antitrust Idea. **Berkeley Journal of International Law**, v. 16, n. 2, 1998. p. 212. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1414&context=bjil>. Acesso em: 02 jun. 2022.

Enquanto se deixa observar certo balanceamento entre efeitos e impactos de condutas restritivas de um lado e ganhos de eficiência tanto a partir da perspectiva do mercado comum europeu no conjunto, como pelo visto do consumidor, no outro, parece encontrar-se diferença maior entre o sistema americano e europeu na aplicação mais leniente pelo lado europeu quando se trata de objetivos políticos do antitruste, como a promoção de pequenas e médias empresas, visando à estrutura do mercado com uma competição mais numerosa, ou a maior integração do mercado em comum, em casos de *portos seguros* para restrições verticais.

Há de se considerar nesse quesito, no entanto, que embora um acordo configure uma restrição *hardcore* definido pelos regulamentos da Comissão, sempre resta a defesa de eventuais ganhos de eficiência, em teoria até em casos de *hardcore* cartéis, porém com poucos efeitos práticos neste último caso.

2.2.1.2 Experiência brasileira

O sistema antitruste brasileiro se mostra como híbrido entre o sistema americano e europeu. A formulação das suas normas principais (art. 36 da Lei 12.529/2011²⁶⁴) se deu fortemente pelo exemplo europeu, com distinção expressa entre objeto e efeito. Conforme indicado pelo Conselheiro Marcos Veríssimo²⁶⁵, as linhas de interpretação europeia devem ser fortemente aplicadas ao sistema brasileiro, uma vez que não há sentido exigir da autoridade investigante prova específica da potencialidade de efeitos de condutas que não tem, a princípio, outro intuito que não prejudicar a livre concorrência.

Nota-se, porém, que a lei brasileira, com exceção das normas referentes aos atos de concentração horizontais (art. 88 Lei 12.529/2011), repetindo os termos do art. 101 § 3º do TFUE no seu § 6º, não conhece exceções positivadas, tanto na forma de lei como na forma de regulamentos, ao serem contrapostas às condutas do art. 36 (Lei 12.529/2011), salvo a conquista

²⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Diário Oficial da União, 01 dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁶⁵ “[...] o mesmíssimo sistema de interpretação não apenas pode, mas verdadeiramente deve ser utilizado na exegese da lei brasileira. E isso ocorre não apenas porque o sistema europeu serviu-lhe de inspiração ou porque a redação do texto normativo brasileiro é quase idêntica à do europeu. Ocorre, principalmente, porque seria absurdo exigir da autoridade investigante prova específica da potencialidade de efeitos anticompetitivos decorrente de condutas que aparentemente não tem nenhum outro propósito senão restringir a concorrência”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18**. Representante: SDE ex officio. Representada: Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro (ABAV/RJ). Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Brasília, 20 fev. 2013.

legal de posição dominante baseada em eficiências (art. 36 § 2º). Essa ausência pode ser interpretada como indicação do legislador a usar, como princípio implícito de análise, a regra da razão, bem como desenvolvida pela cultura antitruste americana. A materialização desse fato se encontra no Anexo da Resolução nº 20 (09 de junho de 1999), que prescreve, no âmbito da análise de condutas anticoncorrenciais, um exame criterioso dos efeitos nos mercados relevantes, levando em conta o seu contexto e sua razoabilidade econômica, balanceando custos e benefícios da prática em questão, visando a apuração dos seus efeitos líquidos, tanto para o mercado, tanto para o consumidor.²⁶⁶

Historicamente, chegou-se à diferenciação entre objeto e efeito em poucas etapas, originando-se a tradição antitruste brasileira mais como um intuito de proteção ao consumidor e combate ao abuso de poder econômico do que de equilibrar a dicotomia entre ordem econômica liberal, no sentido de ausência do Estado nos processos, e garantia da liberdade concorrencial, seguindo, assim, uma abordagem parecida com o surgimento do antitruste europeu moderno.

O primeiro ato legislativo antitruste, o Decreto-Lei nº 7.666/45²⁶⁷, a chamada Lei de Malaia, em vigor por apenas três meses, imputou no art. 1º caráter ilícito exclusivamente a condutas, num rol taxativo, que produzissem certo efeito lesivo à ordem econômica. Na mesma época, em 1946, também foi promulgada uma nova Constituição²⁶⁸, com forte inspiração no Decreto anterior, vedando, no seu art. 148, o abuso de poder econômico, inclusive por meio de acordos ou agrupamentos entre empresas com o fim de “dominar o mercado nacional, dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”²⁶⁹. A Constituição de 1946 focava principalmente na repressão ao abuso do poder econômico, em grande parte por ter sido inspirada nas leis antitrustes americanas. Isso já representou uma mudança com relação à Constituição anterior, mais voltada para a repressão dos crimes contra a economia popular.

²⁶⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999**. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Diário Oficial da União, 30 jun. 1999. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/normas-e-legislacao/resolucoes>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁶⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945**. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Brasília, 22 jun. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7666.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁶⁸ BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Rio de Janeiro, 19 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁶⁹ Art. 148 de [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

A Lei 4.137/62, em seu art. 8º, cria o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com competência para apuração e repressão ao abuso do poder econômico e, ainda, regulamenta o art. 148 da Constituição de 1946²⁷⁰. A lei foi de encontro ao Decreto-lei 7.666/45 quanto à caracterização dos ilícitos com base apenas nos efeitos, buscando corrigir uma suposta insegurança jurídica.

Naquela época já era debatida a natureza do rol ilícitos concorrenciais descritos na norma antitruste – se seria exaustivo ou exemplificativo²⁷¹. Ainda, a norma dispunha que associações de empresas seriam consideradas ilegais apenas se acarretassem resultado ou objetivo tipificado na lei, e autorizava a prática de condutas restritivas, mediante análise prévia, conforme seu art. 74²⁷². A lei, contudo, carecia de eficácia material, até mesmo pelo momento político atravessado pelo país na época: entre o controle econômico concentrado no Estado e a defesa da concorrência, havia um contrassenso²⁷³.

Finalmente, em 1985, a Emenda Constitucional nº 26 deu início à Assembleia Constituinte que se instalou em 1º de fevereiro de 1987, que elaborou e promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988 (CF/88). Ainda vigente, a chamada Constituição Cidadã atribuiu ao Estado, na seara econômica, um novo foco

²⁷⁰ “Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações; b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro; c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados; d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.” BRASIL. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Diário Oficial da União, 12 nov. 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14137.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁷¹ Nesse sentido: VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. O autor cita o parecer do Procurador-Geral do CADE que afirma que o rol não era taxativo e que a Lei fornece apenas um roteiro, o caminho, a estrada para que se faça a apuração pelo órgão antitruste.

²⁷² “Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações; b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro; c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados; d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.” BRASIL. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Diário Oficial da União, 12 nov. 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14137.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁷³ Corroborar-se esse entendimento pelo número de julgamentos proferidos pelo CADE entre 1962 e 1975, apenas 11. MAGALHÃES, Carlos Francisco de. Uma contribuição ao aperfeiçoamento da sistemática de repressão aos abusos do poder econômico no direito brasileiro. **Revista de Direito Econômico**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 28-45, ago. 1976.

para o desempenho de suas funções. A Carta também é chamada de Constituição Econômica do Brasil, pois seus preceitos econômicos estão espalhados por todo o seu conteúdo e não se restringem ao seu título próprio.

Para melhor definir o conceito de Constituição Econômica ora pertinente, cabe evocar a perspectiva de Washington Albino Peluso de Souza²⁷⁴. Para o jurista, a função do Direito Econômico seria a de promover a judicialização do fato econômico, sendo este uma construção complexa, fruto de um contexto sociocultural e de uma formulação político-constitucional. Tal campo jurídico, portanto, fornece as normas necessárias à interpretação do fato econômico, atuando como um instrumento hermenêutico.

Os princípios do Direito Econômico podem ser entendidos tanto como elemento de posituação de uma ideologia constitucionalmente adotada, na ordem jurídica econômica, quanto como instrumento hermenêutico. No primeiro caso, a Constituição estabelece determinados fundamentos e valores. É o que se chama de ideologia constitucionalmente adotada, segundo os quais o sistema econômico deverá ser conduzido. A ideologia é resultante de um intenso debate entre diversas correntes econômico-políticas e fruto da conciliação destas a partir das escolhas dos constituintes. No Brasil, destaca-se a escolha de uma ordem econômica-constitucional plural, admitindo-se a coexistência de princípios que representam diferentes matrizes, como a liberal e a social.

Destaca-se, por exemplo, o princípio da economicidade, que consiste em um instrumento para buscar harmonizar elementos conflitantes e contraditórios da ideologia constitucional. Assim, conforme as características de cada fato econômico concreto, “a economicidade busca, portanto, assegurar uma flexibilidade e maleabilidade [...] dentre os diversos princípios que compõem a ordem econômica no momento do discurso de justificação ou aplicação da política econômica”²⁷⁵. Nesse sentido, tem-se um instrumento hermenêutico que permite uma interpretação da Constituição Econômica de forma a harmonizar as diversas correntes ideológicas da ordem econômica.

Merece destaque o artigo 170 da CF/88, que dispõe sobre os fundamentos da ordem econômica brasileira. São eles a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos existência digna, com atenção à justiça social; à defesa do

²⁷⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. São Paulo: LTR, 2005.

²⁷⁵ CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves. Direito Econômico e pós-positivismo: O diálogo entre a Teoria das normas da Filosofia e a divisão de regras, princípios e normas de Washington Peluso Albino de Souza. In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2009, São Paulo. **Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 4235-4255.

consumidor, à propriedade privada e sua função social; e à livre concorrência. A livre iniciativa também é assegurada no art. 170, parágrafo único, que garante a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Ainda, destaca-se o artigo 173, §4º, que diz que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Ainda durante o movimento de fortalecimento das instituições, no processo de redemocratização do país, foi publicada a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que deu nova tônica ao direito concorrencial brasileiro ao instituir o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculado ao Ministério da Fazenda, e pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Outro ponto trazido pela lei foi o estabelecimento do dualismo das condutas, revelado pela formulação do Art. 20 da nº Lei 8.884, com a classificação disjuntiva das condutas em ilícito por objeto ou ilícito por efeito²⁷⁶.

Anos depois, foi editada a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, também conhecida como Lei do CADE, que trouxe consigo muitas inovações. No artigo 3º, por exemplo, é disposto que o SBDC será formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, sendo extinta a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, de maneira a incorporar todas as suas funções ao CADE, mais especificamente à Superintendência-Geral (SG)²⁷⁷. Assim, o CADE, conforme art. 5º da lei, passou a ser composto pelos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; Superintendência-Geral; e Departamento de Estudos Econômicos.

Para a verificação da ilicitude da prática de cartel deve-se adotar uma regra procedimento, sistematizado pelo Direito Antitruste norte-americano, para análise dos casos concretos: regra *per se* ou regra da razão. A regra *per se* independe dos efeitos reais ou potenciais causados do mercado, ou seja, não há necessidade de comprovação de danos à

²⁷⁶ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 94.

²⁷⁷ Destaque para a Superintendência Geral (SG) que, além de incorporar as funções da extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, teve suas atribuições ampliadas, visto que antigo órgão apenas emitia pareceres não vinculativos. Já a SG tem competência para requisitar informações e documentos necessários; decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório; instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas; propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento; entre outras.

sociedade. Nesse caso, o ilícito decorre da existência da própria conduta. Seria uma conduta por objeto, com presunção absoluta de ilegalidade (presunção *iuris et de iuri*).

O cartel *a priori* se encaixaria nessa definição, ou seja, configura-se sem a necessidade da prova dos efeitos. Assim, nas investigações de condutas de cartel, pela análise *per se*, pode-se concluir que o próprio acordo entre concorrentes é que define o mercado relevante e tem comprovado o poder de mercado²⁷⁸.

Em contrapartida, a regra da razão²⁷⁹ pressupõe a demonstração dos efeitos lesivos ao mercado, pois nesse caso, o ilícito não tem por objeto, a finalidade de prejudicar a concorrência. Há necessidade de se analisar, no caso concreto, o contexto econômico, o mercado relevante e o poder de mercado.

O Brasil a princípio tem adotado uma regra da razão modificada, ou seja, pela presunção *juris tantum* constata-se a existência de efeitos anticompetitivos no mercado onde se inseriu o cartel, em que pese a jurisprudência do CADE venha considerando cartéis clássicos como ilícitos *per se*. Há quem defenda a aplicação da regra da razão com inversão do ônus da prova como uma via intermediária adequada ao nosso sistema de justiça codificado. Embora haja consenso de que os cartéis causam efeitos deletérios no mercado, para alguns, a mera existência de um acordo fixando preços não deveria ser o bastante para caracterizar a ilicitude da conduta²⁸⁰.

É essencial um exame mais aprofundado dos efeitos da conduta, exigindo assim uma consideração sobre o mercado relevante, o poder de mercado detido pelo agente, as eficiências relacionadas à prática e seus efeitos líquidos. Em regra, os ilícitos por efeitos constituem das condutas unilaterais com exceção daquelas relacionadas a tabelas de preços.

A possibilidade de se defender até mesmo dos ilícitos por objeto foi enfatizada expressamente pelo Conselheiros não Marcos Paulo Veríssimo, durante o julgamento do

²⁷⁸ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **A prova no processo administrativo de investigação de cartel**. 2015. 219 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-24112015-153722/pt-br.php>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁷⁹ “A regra da razão, elaborada pelos anglo-saxões, nada mais é que uma forma inconsciente de busca de um critério de reprovação social. Reconhecida a importância do valor institucional *concorrência* (o que sem dúvida, havia nos primórdios do direito antitruste americano), são só atos que sobre ela tenham potenciais efeitos a serem reprovados”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 98.

²⁸⁰ Nesse sentido ver SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 263: “É conclusão pacífica e resultado adquirido pelo Direito Brasileiro o não tratamento de qualquer conduta como ilícito *per se*. Todas estão sujeitas a algum critério de racionalidade que as possa vincular a produção de algum efeito”.

Processo Administrativo (PA) n. 08012.006923/2002-18²⁸¹, em que se discutia a edição de tabelas no mercado de agências de turismo no Rio de Janeiro, quando declarou que, embora submetida a um regime de presunção relativa de ilegalidade, a ilicitude da prática poderia ser afastada caso ficasse demonstrado que era acessória a outro objeto lícito e razoável, como a compensação de um eventual poder de oligopsônio.

Com o voto pacificou-se o entendimento do CADE de que os cartéis e as tabelas de preços deveriam ser considerados ilícitos pelo próprio objeto, que são caracterizados por uma presunção relativa de ilicitude, autorizando um padrão de análise que seria mais simplificado pela autoridade antitruste.

Por isso as infrações por objeto são associadas a regra *per se*, que se caracteriza por um padrão probatório mais simples, que visa a reduzir os custos do exame das infrações à ordem econômica, quando a probabilidade de a conduta ser considerada lícita é extremamente remota, o que torna desnecessário um aprofundamento de sua análise.

No caso das infrações por efeitos pode-se associar a metodologia da regra da razão, que envolve um juízo probatório mais complexo e sofisticado, porém que é imprescindível para se caracterizar a infração^{fra}.

2.2.1.2.1 *Entre Estados Unidos e Europa*

O sistema brasileiro parece uma síntese entre as leis positivas europeias e a tradição antitruste americana, fortemente moldada pela jurisprudência e suas mudanças de paradigmas no decorrer do tempo, criando assim um sistema único, porém, às vezes, difícil de decifrar. Superficialmente encontra-se se uma junção simples dos sistemas, destacando os elementos comuns entre *restrição por objeto e ilícito per se* e *restrição por efeito e regra da razão*, especialmente os elementos de apreciação de efeitos (reais ou potenciais) no primeiro e da presunção de efeitos nocivos no segundo caso, como, por exemplo, no caso Google:

Em geral, o CADE tem analisado esses casos sob o prisma da “regra da razão”, que impõe um exame dos efeitos anticompetitivos de determinada conduta comercial. Para tanto, inicia-se com a aferição de poder de mercado do agente econômico, bem como a existência de capacidade e incentivo para praticar o alegado comportamento anticompetitivo. Em seguida, os efeitos anticompetitivos - efetivos ou potenciais - da conduta são examinados. Por fim, coteja-se com eventuais eficiências econômicas

²⁸¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 012.006923/2002-18**. Representante: SDE *ex officio*. Representada: Associação Brasileira de Viagem do Rio de Janeiro (ABAV/RJ). Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Brasília, 20 fev. 2013.

advindas da conduta, além de possíveis justificativas capazes de afastar a ilicitude no terreno concorrencial. [...] Em outras palavras, as infrações à ordem econômica são reprimidas quando geram efeitos negativos sobre o mercado. Em algumas situações, esses efeitos negativos são presumidos, o que se denomina de ilícitos “por objeto” na Europa e ilícitos “per se” nos EUA, sendo o maior exemplo a prática de cartel. Em outras situações, faz-se necessário um exame mais detido da conduta apurada, de modo a identificar se a conduta resultou em efeitos negativos – sejam esses efetivos ou potenciais.²⁸²

Observa-se, porém, que a junção dos sistemas pode trazer certas incertezas e inexactidões, perante o tratamento diferente das respectivas regras no EUA e na Europa, primordialmente na aplicação dos conceitos *per se* e *por objeto*. Além do elemento comum da presunção dos efeitos, as duas regras se destacam em sua rigidez, sendo que a primeira é vinculada a classificação da conduta como ilegal, enquanto a segunda, na jurisprudência europeia, permite múltiplas defesas e exceções, até um grau que nem se deve falar de *ilicitudes por objeto*, mas apenas de *restrições por objeto*. Assim, pode ser levantada certa confusão no emprego das palavras, quando se usa o conceito de “*ilícito por objeto*” para descrever as consequências de uma *infração per se*, como no caso do cartel do metrô:

Também consequência de considerarmos o cartel como ilícito por objeto é que não apenas seus efeitos negativos são presumidos, como eventual ausência desses efeitos, ou não aferição de vantagem pelo membro do cartel não são prova da inexistência de conduta. Fazendo um paralelo com o direito penal, estamos diante de um “crime de mera conduta” em oposição a um “crime de resultado”, ou seja, estamos diante de uma conduta que é punível em si independentemente dos resultados que produz.²⁸³

Isso indica que existe na jurisprudência, como característica única do antitruste brasileiro, uma terceira via na forma do *ilícito per se*, diferenciando-o do *ilícito por objeto* do padrão europeu, fato que também é indicado por Silveira e Baqueiro²⁸⁴:

No exame da jurisprudência do Conselho, cabe ainda destacar o voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no PA nº 08012.006923/2002-18, mencionado anteriormente, em que se discutia a edição de tabelas no mercado de agências de turismo. Embora não houvesse qualquer discussão de assimetria que pudesse justificar eventual análise de poder compensatório, o Conselheiro fez questão de ressaltar que,

²⁸² Voto-vogal de Paulo Burnier em BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Brasília, 19 jun. 2019. p. 3.

²⁸³ Voto-relator de João Paulo de Resende em BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. *et al.* Conselheiro-Relator: João Paulo de Resende. Brasília, 08 jul. 2019. p. 113.

²⁸⁴ 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. In: JESUS, Agnes Macedo de *et al.* (Org). **Mulheres no Antitruste**, v. 1. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 149.

mesmo constituindo uma infração por objeto, a divulgação de tabela de preços não configura uma infração *per se*. Logo, a presunção de ilicitude poderá ser afastada caso seja possível demonstrar, diante das circunstâncias concretas, que a sugestão de preços foi utilizada para a realização de outro objeto lícito e razoável, como a compensação de eventual poder de oligopólio.²⁸⁵

Outro caso emblemático para a aplicação dos *ilícitos per se* com presunção absoluta de ilicitude, sem admitir defesas do mérito são os *cartéis hardcore*:

O presente caso enquadra-se na suposta hipótese do ilícito pelo objeto, uma vez que se trata de cartel clássico, também conhecido como *hard core*, por causa da sua gravidade. Esse tipo de cartel se caracteriza pela estruturação institucionalizada e permanente, que visa à manutenção e à durabilidade do acordo por meio de mecanismos de controle e coordenação entre os participantes. Dessa forma, para efeitos de condenação, seria necessária a comprovação do suposto cartel denunciado pelos meios de prova elencados na instrução processual, isto é, pelos áudios, pelos documentos encontrados na inspeção e pelas oitivas e declarações constantes na prova testemunhal.²⁸⁶

Nota-se que o antitruste brasileiro difere do europeu, nesse ponto, ao excluir *ex ante* qualquer efeito benéfico que pode advir de um cartel, em qualquer circunstância e estrutura de mercado, numa rigidez quase maior do que no sistema antitruste americano que, no decorrer do tempo, viu-se submetido a mudanças significantes de jurisprudência²⁸⁷. No outro lado, há de se considerar que, comparada com a tradição estadunidense, a história do antitruste brasileiro efetivo é relativamente nova, podendo-se esperar inovações e desenvolvimentos que devem alterar o padrão atual expressivamente.

Na questão da adequação do conceito do *ilícito per se* brasileiro, há na doutrina dois posições opostas: enquanto um lado aduz os ganhos de bem-estar social por uma maior

²⁸⁵ Voto-relator de Ana Frazão em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001591/2004-47**. Representante: SDE *ex officio*. Representados: Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal *et al.* Conselheira-Relator: Ana Frazão. Brasília, 19 jul. 2015.

²⁸⁶ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001600/2006-61**. Representante: SEAE/MF. Representados: Sinto Brasil Produtos Ltda. *et al.* Conselheiro-Relator: Paulo Burnier. Julgado em: 16 mar. 2019. p. 4.

²⁸⁷ Especialmente nas proibições *per se* um desenvolvimento bastante volátil desde o início do século XX, em que o *Sherman Act* foi primeiro interpretado de forma estrita, depois suavizado pela aplicação da *regra da razão* no caso *Standard Oil*, cuja resposta era o *Clayton Act* que positivou certos ilícitos anticoncorrenciais e introduziu o antitruste baseado na conduta. Essa fase seguiu fase associacionista, consideravelmente leniente com acordos horizontais e cartéis, sendo substituída pela *Havard School* e seu abordagem de estrutura-conduta-desempenho, aumentando fortemente os ilícitos *per se*. Como resposta se formou a *Chicago School* com abordagens mais afundadas na teoria econômica moderno, abrindo a porta para o antitruste moderno do *Post-Chicago*, com sua reação oposta se iniciando nos anos recente na forma do chamado *hipster antitrust*, que visa além de raciocínios analíticos estritamente econômicos. Cf., entre outros: GIOCOLI, Nicola. Competition vs. property rights: American antitrust law, the Freiburg School and the early years of European competition policy. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, 2009. p. 17. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=987788>. Acesso em: 02 jun. 2022.

celeridade de processo e o emprego mais econômico de recursos públicos, o outro lado aponta a punição de acordos com zero potencial lesivo para a concorrência e o consumidor, exemplificado pelo chamado dilema dos padeiros, um caso hipotético de um mercado de verduras na condição de concorrência completa, em que dois verdureiros estabelecem um acordo de cobrar um múltiplo do preço de equilíbrio. Nesse caso, haveria uma apuração pelo acordo ilícito, quando o mecanismo do mercado, em que em tese cada produtor é tomador de preço, iria punir a cobrança heterodoxa.

CAPÍTULO III - PANORAMAS JURISPRUDENCIAIS SOBRE A APLICAÇÃO DA TESE DO PODER COMPENSATÓRIO

3.1 Panorama Jurisprudencial Internacional

A experiência estrangeira utiliza-se da tese do poder compensatório, mas ainda com restrições²⁸⁸. Para analisar a existência ou não de poder compensatório²⁸⁹, as autoridades antitruste da Comissão Europeia, dos Estados Unidos e do Reino Unido consideram os seguintes fatores: (i) tamanho do comprador, (ii), ameaça de troca de fornecedores, (iii), importância para o vendedor, (iv) habilidade de recusa de comprar outros produtos ou atrasar compras, (v) poderosos incentivos dos compradores.

De acordo com os primeiros Guias de análise de fusões e aquisições elaborados nos EUA (Guia H), no início da década de 1980, mesmo com as recentes adaptações, não se verifica nenhuma alusão ao conceito de poder compensatório. Outros países como o Canadá ou países-membros da União Europeia, embora mencionem o conceito de poder compensatório, não o utilizam como aquele desenvolvido por Galbraith, pois no primeiro “(i) o resultado é entendido como uma possível eficiência econômica, sem ser contemplado o impacto em termos de redução de peso-morto e; (ii) o poder compensatório criado se traduz somente na forma de poder de compra”²⁹⁰.

Nos EUA, o acordo entre concorrentes ao longo do tempo passou a ser admitido com algumas restrições. O Guia de análise dos atos de cooperação (*Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*) elaborado, em abril de 2010, conjuntamente entre a Divisão de Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) e a Comissão Federal de Comércio (FTC), traz um rol de possíveis formas de condutas coordenadas que devem passar pela análise das autoridades de defesa da concorrência. No entanto, condutas

²⁸⁸ OCDE. Comitê de Concorrência. Directorate for financial and enterprise affairs. **Enhancing beneficial competition in the health professions**, 2005. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/sectors/35910986.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁸⁹ COLITTI, Katia. Countervailing buyer power and its role in competition analysis. **European Competition Journal**, v. 12, n. 2-3, p. 361-386, fev. 2017. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17441056.2017.1286877>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁹⁰ ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência**: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 79. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022.

voltadas à coordenação entre concorrentes para o exercício de poder compensatório não são sequer mencionadas pelo guia.

O *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors* traz benefícios decorrentes da colaboração entre competidores, como a “oferta de produtos que não estariam disponíveis ou que levariam mais tempo para serem ofertados, além da possibilidade de redução de custos e, conseqüentemente, de queda de preços ao consumidor final”²⁹¹.

O entendimento de poder compensatório na *Horizontal Merger Guidelines*²⁹² (HMGs), um dos mais importantes compilados de normas de fusões horizontais promulgadas pela DOJ em conjunto com a FTC, em 2010, também é breve. Há uma alusão ao poder compensatório na seção 8 sobre os “*powerful buyers*”, afirmando que podem limitar a “habilidade” de uma empresa fundida em aumentar seus preços, porém a existência deles, por si só, não é suficiente para realizar tal limitação. Ademais, o Guia também não explica como as agências concorrenciais poderiam analisar uma fusão que criaria poder compensatório ao invés de poder de monopólio.

A jurisprudência norte-americana sobre o tema “poder compensatório” é escassa. Não há nenhum processo no qual a alegação principal verse diretamente sobre o tema. Contudo, há alguns casos paradigmas²⁹³ já enfrentados pela Suprema Corte Americana, cujas decisões versaram que acordos entre concorrentes devem ser analisados sob a regra da razão, a menos que tendentes a restringir a concorrência e diminuir a produção.

Conforme o julgamento do caso *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*²⁹⁴, “na ausência de alguma eficiência pró-competitiva referente ao poder compensatório, esse acordo não poder ser amparado pela Regra da Razão”²⁹⁵. Essa conclusão

²⁹¹ ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência**: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 85-86. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁹² EUA. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Horizontal Merger Guidelines**. Washington D.C., 19 ago. 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁹³ “[...] unless a practice facially appears to be one that would always or most always tend to restrict competition and decrease output, the agreement should be analyzed under the rule of reason” cf. EUA. Supreme Court. **Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.**, 472 U.S. 284. 11 jun. 1985. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/284/>. Acesso em: 02 jun. 2022; e EUA. Supreme Court. **FTC v. Indiana Federation of Dentists**, 476 U.S. 447, 2 jun. 1986. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/447/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁹⁴ EUA. Supreme Court. **FTC v. Indiana Federation of Dentists**, 476 U.S. 447, 2 jun. 1986. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/447/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁹⁵ Tradução livre de: “absent some Countervailing procompetitive virtue, such an agreement cannot be sustained under the Rule of Reason”.

não é impedida pela falta de “descobertas específicas” quanto ao mercado em que o agente restringiu a concorrência ou o quanto de poder de mercado que detinha.

Em *Northwest Wholesale Stationers Inc v. Pacific Stationery Printing Co*²⁹⁶, o réu consistia em uma empresa cooperativa de compra no atacado, composta por aproximadamente cem empresas varejistas de materiais de escritórios. A parte autora, Pacific, ingressou na empresa Wholesale em 1977, contudo, em 1978, a Northwest expulsou-a da associação. Como resposta, a Pacific ingressou com uma ação contra a Northwest alegando que a expulsão foi um boicote coletivo e que violava o *Sherman Act*. Todavia, a decisão do Tribunal foi contrária à parte autora. No entendimento do Tribunal, a regra *per se* somente deve ser aplicada se a conduta aparentar ou realmente restringir a competição: “Diante dessas circunstâncias, a probabilidade dos efeitos anticompetitivos é evidente, e a possibilidade de efeitos pró-competitivos decorrentes do poder compensatório é remota”²⁹⁷.

Importante mencionar que nos EUA são concedidas *antitrust exemptions*²⁹⁸, um tipo de imunidade antitruste, em situações envolvendo aspectos trabalhistas, formação da união de trabalho, associações esportivas e associações médicas (*healthcare*). A premissa para a concessão de uma *antitrust exemption* é que a colaboração entre fornecedores torne-se necessária para reduzir custos e aumentar a qualidade do produto final, uma vez que isso não seria possível dada a rigidez da legislação concorrencial atual.

Em julho de 2004, o FTC e o DOJ emitiram um relatório²⁹⁹ sobre o sistema de saúde americano, em que consta uma sessão sobre barganha coletiva dos médicos³⁰⁰. Todavia, a autoridade antitruste americana opõe-se a isso³⁰¹. Conforme o entendimento das agências concorrenciais norte-americanas, a aplicação das leis antitrustes para evitar aquisições ilegais

²⁹⁶ EUA. Supreme Court. **Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.**, 472 U.S. 284. 11 jun. 1985. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/284/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁹⁷ Tradução livre de: “Under such circumstances the likelihood of anticompetitive effects is clear and the possibility of countervailing procompetitive effects is remote”

²⁹⁸ Trata-se de uma espécie de imunidade antitruste que isenta a empresa das sanções aplicadas pela autoridade da concorrência. Nos Estados Unidos, as *exemptions* mais relevantes são relacionadas às uniões trabalhistas e aos esportes. Em 1922, a Suprema Corte americana proferiu uma decisão histórica no caso *Federal Baseball Club v. National League*, afirmando que as leis federais de antitruste não se aplicam ao baseball.

²⁹⁹ EUA. Department of Justice. Federal Trade Commission. **Improving Health Care: A Dose of Competition: A Report by the Federal Trade Commission and the Department of Justice.** [S. l.], jul. 2004. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/improving-health-care-dose-competition-report-federal-trade-commission-and-department-justice/040723healthcarerpt.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³⁰⁰ O Report utiliza o termo “physicians” para se referir aos médicos.

³⁰¹ Tradução livre de: “Some physicians have lobbied heavily for an antitrust exemption to allow independent physicians to bargain collectively. They argue that payors have market power, and that collective bargaining will enable physicians to exercise countervailing market power. The Agencies have consistently opposed these exemptions, because they are likely to harm consumers by increasing costs without improving quality of care”.

ou o exercício do poder de monopólio pelas seguradoras de saúde é mais adequado do que admitir que as associações médicas exerçam o poder compensatório. Além disso, entendem que alterações legais com o intuito de permitir o poder compensatório não são necessárias. De acordo com o relatório das agências, a barganha coletiva possibilita que haja um aumento substancial no preço dos serviços de saúde, visto que os prestadores desses serviços, coletivamente, estão mais suscetíveis a aumentar as taxas de demanda e a recusar a negociação individual.

A jurisprudência norte-americana compreendeu que tais grupos de compras somente devem demonstrar eficiência para serem considerados lícitos. Isso faz com que a regra da razão seja utilizada na análise feita pela autoridade antitruste. Vale mencionar a teoria do *waterbed effect*³⁰², segundo a qual o poder de compra pode reduzir preços para um grupo de compradores de determinado mercado, e, ao mesmo tempo, aumentá-los para o restante.

Gradativamente, os acordos de compra têm sido aceitos pelo *Department of Justice*, com algumas condicionantes. Na grande maioria dos países, o poder de compra está atrelado à ideia de poder compensatório como uma contraposição ao exercício de poder de mercado de agentes a montante, e ao mesmo tempo, jurisdições como EUA, Inglaterra e Comissão Europeia têm demonstrado interesse pela utilização da teórica econômica moderna, sendo a maior parte de seus casos rejeitados ou aprovados com restrição³⁰³.

No Canadá, há maior tolerância para a barganha coletiva. Dificilmente a prática ensejará sanção, ainda que os agentes possuam considerável poder de mercado. O item 8 do *Merger Enforcement Guidelines*³⁰⁴ (Guia de Atos de Concentração Canadense), publicado em 2011, traz uma consideração particular sobre o poder compensatório criado para manter a concorrência no mercado *upstream*:

³⁰² DOBSON, Paul W.; INDERST, Roman. The waterbed effect: Where buying and selling power come together. *Wisconsin Law Review*, v. 331, n. 2, p. 331-357, 2008. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/wlr2008&div=20&id=&page=>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³⁰³ “Provavelmente, devido à crescente concentração do varejo nos Estados Unidos e Europa e, ainda, pela utilização indiscriminada da tese do poder compensatório pelos advogados militantes no antitruste em suas defesas, em operações envolvendo empresas intermediárias, com elevadas concentrações, o assunto passou a ser mais discutido tanto pelos órgãos antitrustes quanto pela academia, ganhando nova dimensão a partir de meados dos anos 90. Atualmente, os guias de análise de concentração horizontal adotados pelos principais órgãos antitruste do mundo fazem menção ao poder compensatório e como analisá-lo, à luz dos recentes avanços no estudo desse tema”. GORDILHO JÚNIOR, Mário Sérgio Rocha. Análise de poder de compra no mercado de varejo de bens duráveis – desafios para o novo CADE. *Boletim latino-americano de concorrência*, n. 31, abr. 2012. p. 27. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³⁰⁴ CANADÁ. Competition Bureau Canada. *Merger Enforcement Guidelines*. 6 out. 2011. Disponível em: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03420.html>. Acesso em: 02 jun. 2022.

Para que esse poder de monopólio conteste um eventual exercício de poder de mercado de sua contraparte, é preciso que os compradores: (i) possam migrar imediatamente para outros fornecedores; (ii) ameacem de forma crível a realizar uma integração vertical ou; (iii) patrocinem a entrada de outro fornecedor, (iv) recusem comprar os produtos do fornecedor em outros mercados geográficos onde as condições competitivas são diferentes, (v) impõe custos ao fornecedor.³⁰⁵

Em conformidade com a legislação de Atos de Concentração, a agência antitruste canadense não pode presumir que um comprador possua a habilidade de exercer o poder compensatório apenas em virtude de seu tamanho. Deve haver evidências concretas de que, independentemente do tamanho, o comprador terá a capacidade de restringir o exercício de poder de mercado *by the merged firm*. Quando a fusão elimina um fornecedor que possui importância histórica no poder de barganha do comprador, após esse ato de concentração ser aprovado, o fornecedor, provavelmente, não será capaz de exercer o poder compensatório.

Efetivamente, a autoridade concorrencial canadense, Competition Bureau Canada, aprovou as seguintes fusões: *National Oilwell Varco's acquisition of Robbins & Myers*³⁰⁶, mencionado o poder compensatório exercido pelos clientes, dentre outros fatores. Já no Ato de Concentração *Kraft Heinz Canada ULC by Parmalat Canada Inc.*³⁰⁷, alegou-se na decisão o grau de poder compensatório exercido pelas maiores redes de supermercados.

O item 8.3 do referido guia canadense faz referência às situações nas quais a discriminação de preço é uma característica do mercado relevante. Nessa circunstância, pode ser que alguns compradores consigam contrabalancear os efeitos do exercício do poder de mercado. Por exemplo, uma empresa resultante de uma fusão poderá aumentar o preço para aqueles compradores que não possuem a opção de integrar verticalmente suas operações, porém aqueles compradores que dispõem dessa opção possuem a capacidade de resistir a esse aumento de preço. A autoridade canadense irá, normalmente, considerar que o poder compensatório é insuficiente para evitar que a empresa fundida exerça o poder de mercado no mercado relevante, apenas em situações nas quais uma parte de compradores possui capacidade de se opor a um aumento de preço ou a algum outro tipo de exercício de poder de mercado.

³⁰⁵ FACEY, Brian A., HUSER, Henry. Convergence in International Merger Control: a comparison of horizontal merger guidelines in Canada, the European Union, and the United States. **Antitrust Magazine**, 2004.

³⁰⁶ THIGPEN, Jeremy. National Oilwell Varco Completes Acquisition of Robbins & Myers. **NOV**, Houston, 20 fev. 2013. Disponível em: <https://investors.nov.com/news-releases/news-release-details/national-oilwell-varco-completes-acquisition-robbins-myers/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³⁰⁷ PARMALAT: acquisition in Canada of the “natural cheese” division of Kraft Heinz Canada. **Parmalat**, Milan, 6. nov. 2018. Disponível em: https://www.parmalat.com/attach/content/5729/2018_11_06_ENG.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

A Europa, entre os anos 1980 e 1990, foi reconhecida pelo seu viés pró-colaboração, na medida em que foi um exemplo de modelo de desenvolvimento. A competição entre concorrentes era prática consolidada dado que não existia o entrave de legislações antitrustes, como nos EUA. No entanto, autoridades de países-membros da União Europeia vêm recentemente discutindo o tema e mostrando menos aptidão a tolerar poder compensatório, a exemplo dos acordos de compra.

Na União Europeia³⁰⁸, o Guia de Análise de Concentração Horizontal Da Comissão Europeia³⁰⁹ (2004) cita o conceito de poder compensatório, bem como os benefícios a ele relacionados ao alcançar equilíbrio com um poder original pré-existente, ou seja, o aumento de concentração. Em relação a fusões e aquisições, o referido Guia traz expressamente o conceito de poder compensatório, permitindo que seja examinado nas análises de atos de concentração como um fator capaz conter o poder de mercado das empresas que seja objeto da operação³¹⁰.

Dessa forma, no mercado *upstream*, se o ato de concentração resultar no aumento de poder econômico, ainda assim, o poder de compra é capaz de operar de modo compensatório perante o vendedor na transação. Ressalta-se que não se considera, na experiência europeia, nem canadense, a existência de poder compensatório do lado da oferta.

A União Europeia também observa os benefícios derivados dos acordos entre rivais, conforme as Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (2011)³¹¹, analisados sob o poder de

³⁰⁸ Além do Guia de Análise de Concentração Horizontal, a Comissão Europeia também dispõe de um outro guia, chamado de Análise de Ato de Concentração não Horizontal (2008). UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. **Official Journal of the European Union**, 18 out. 2008. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=EN). Acesso em: 02 jun. 2022.

³⁰⁹ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. **Official Journal of the European Union**, 18 out. 2008. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=EN). Acesso em: 02 jun. 2022.

³¹⁰ “É verdade que uma das possibilidades é a firma fusionada reduzir o preço do bem intermediário diminuindo o volume de compra desses insumos. O resultado pode ser redução da produção total – e conseqüentemente da oferta – e aumentando o preço no mercado downstream, o que seria prejudicial aos consumidores (resultado de exercício de poder de monopólio). Entretanto, a Comissão reconhece que um aumento no poder de compra pode ser pró-competitivo quando essa diminuição de custos associada à redução do preço do insumo – resultante do exercício do poder de compra – for repassada ao consumidor. Para tanto, de acordo com a Comissão, é necessário que a competição no mercado a jusante não seja eliminada ou mesmo reduzida”. ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro**. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 79. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022

³¹¹ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Rectificação à Comunicação da Comissão: Orientações sobre a aplicação do artigo 101. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação

compra e pela possibilidade de se eliminar a concorrência³¹². Na verdade, tanto o guia europeu quanto o americano tratam o poder de mercado em relação à venda, e trazem o poder de monopólio (poder de compra) em um item específico através de uma abordagem genérica³¹³.

No mesmo sentido, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia³¹⁴ (2012), no Título VII, destinado às “Regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações”, mais especificamente quanto às regras aplicáveis às empresas, em seu art. 101º, prevê expressamente que acordos e práticas concertadas que “contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante” não serão aplicáveis como se cartéis fossem. O mesmo Tratado citado acima, em seu art. 102º, também prevê expressamente que:

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste dessa maneira, poder compensatório surge como um mecanismo para controlar os efeitos de um comportamento abusivo.³¹⁵

Logo, teoricamente, o poder compensatório torna-se um instrumento para controlar os efeitos de eventual comportamento abusivo por parte de alguma empresa.

Veja-se um caso em que a Comissão Europeia acusou a empresa *Imperial Chemical Industry (ICI)*³¹⁶ de abuso de posição dominante no mercado do carbonato de sódio no Reino

horizontal. **Jornal Oficial da União Europeia**, 02 fev. 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:033:0020:0020:PT:PDF>. Acesso em: 02 jun 2022.

³¹² “Poder compensatório, para a Comissão Europeia, não resulta da coordenação horizontal sob análise, mas é um elemento já presente no mercado a montante ou a jusante que funciona como inibidor de adoção de práticas danosas ao ambiente económico.” ALMEIDA, *op. cit.*, p. 88.

³¹³ “A compensação dos compradores (a Europa explicitamente no tópico V) indica apenas maneiras de como os compradores poderiam “compensar” uma eventual concentração no mercado a montante (venda de insumo), sem especificar como se caracteriza a concentração na compra deste insumo. De acordo com o Guia Europeu, há ao menos três fatores que devem ser considerados para analisar o efetivo poder de mercado dos compradores frente a um monopólio, quais sejam: 1) que os compradores possam rapidamente direcionar sua demanda para outros fornecedores; 2) que os compradores consigam entrar no mercado a montante, caso não consigam preços razoáveis; e 3) que os compradores sejam capazes de patrocinar a entrada de outros fornecedores no mercado a montante”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21**. Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo (SBT), Rádio e Televisão Record S.A. (Record) e TV Ômega Ltda. (Rede TV!). Conselheira relatora: Cristiane Alkmim Junqueira Schmidt. Brasília, 11 maio 2016.

³¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**, Lisboa, 13 dez. 2007. Versão consolidada em **Jornal Oficial da União Europeia**, 07 jun. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN>. Acesso em: 02 jun. 2022

³¹⁵ UNIÃO EUROPEIA, *ibidem*.

³¹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities**. Caso 48/69. 14 jul. 1972. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61969CJ0048&from=EN>. Acesso em: 02 jun. 2022.

Unido. A recorrente afirmou que os seus quatro maiores clientes representam 50% de suas vendas, mas não informou suas porcentagens de participação. A ICI também alegou que esses clientes, em particular os fabricantes de vidro, tinham alto “poder compensatório de compra”; consequentemente, ela não possuía posição dominante. A decisão do Tribunal quanto a isso foi tal que “a Comissão não reconheceu que o poder compensatório dos compradores constituía uma limitação ao seu poder no mercado”³¹⁷.

O poder compensatório também está presente no Tratado de Fusão da União Europeia (2014)³¹⁸, na Seção V, e afirma que o comprador pode exercer o poder compensatório de compra³¹⁹ recusando-se a comprar outros produtos fornecidos pela empresa resultante da fusão ou adiando a compra de bens duráveis. Além disso, o comprador pode optar por não patrocinar a entrada das empresas fundidas, ou então se opor ao quadro de negociação na nova empresas, fazendo isso, ele também beneficia os seus concorrentes.

A fusão entre Enso/Stora³²⁰ resultou em um grande e dois pequenos fornecedores enfrentando um comprador grande e dois pequenos. Devido a essa estrutura excepcional de mercado, os compradores possuem poder compensatório suficiente para retirar a possibilidade das partes exercerem o poder de mercado.

O caso Guinness/Grand Metropolitan³²¹ foi uma fusão realizada em 13 de maio de 1997, com o intuito de criar a companhia GMG Brands, pertencente ao mercado de bebidas alcoólicas. A Comissão concluiu, ao final da investigação, que os atacadistas não podem exercer o poder compensatório.

³¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities**. Caso 48/69. 14 jul. 1972. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61969CJ0048&from=EN>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³¹⁸ UNIÃO EUROPEIA. **EU Competition Law Rules Applicable to Merger Control: Situation as at 1st December 2014**. dez. 2014. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/Merger2015.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³¹⁹ É importante ressaltar que tanto nos Guias de Análise Horizontal, Guia de Análise não Horizontal e Tratado de Fusão, o termo poder compensatório diz respeito ao poder compensatório de compra. Para a Comissão Europeia, o poder compensatório de compra ocorre quando os compradores possuem poder de mercado relativo ao dos fornecedores. As três fontes de poder compensatório de compra são: (i) imediatamente trocar para outros fornecedores, (ii) ameaçar com credibilidade para se integrar verticalmente no mercado *upstream* e (iii) patrocinar a expansão *upstream*.

³²⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Case No IV/M.1225 Enso/Stora**. Commission Decision of 25 November 1998 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement. Official Journal of the European Union, 29 set. 1999. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31999D0641>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³²¹ UNIÃO EUROPEIA. **Case IV/M.938 Guinness/Grand Metropolitan**. Commission Decision of 15 October 1997 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement. Official Journal of the European Commission, 27 out. 1998. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31998D0602>. Acesso em: 02 jun. 2022.

No caso Danish Crown/ Vestjyske Slagterier³²², a Comissão reconheceu que as grandes redes de supermercados possuem maior poder de compra em relação as menores. Porém, isso não significa necessariamente que as grandes cadeias possuem poder compensatório suficiente para contrapor a posição dominante de cadeias menores.

Os organismos internacionais como OCDE, ICN e UNCTAD não possuem nenhuma publicação específica sobre a temática do poder compensatório. A OCDE é a que dispõe de mais informações sobre o tema. No glossário³²³ do seu site, embora haja o termo “poder compensatório”, não há nenhuma definição acompanhando-o. No entanto, é possível encontrar o conceito de “poder compensatório” descrito em uma *roundtable* da OCDE elaborada pelos Estados Unidos, *Roundtable on Monopsony and Buyer Power*³²⁴, em que é utilizada a mesma definição de Galbraith: “O termo poder compensatório foi criado para descrever a forma do poder do comprador quando possui o efeito de mitigar os efeitos adversos do poder de venda do lado oposto no mesmo mercado”³²⁵.

Ainda assim, tanto na Europa quanto nos EUA, em que pese a elaboração de Guias e a evolução quanto à diferenciação entre colusão e colaboração entre concorrentes, tais condutas podem ser entendidas como configuração de cartel.

3.2 Panorama Jurisprudencial Brasileiro

O Brasil vem pautando sua política de defesa da concorrência com base nas decisões jurisprudenciais europeia e norte-americana, principalmente em casos que não têm entendimento pacificado, como questões envolvendo a tese do poder compensatório. Contudo, no Brasil, a legislação apresenta algumas peculiaridades quanto à cooperação entre concorrentes, diferenciando-se do entendimento estrangeiro apresentado³²⁶.

³²² UNIÃO EUROPEIA. **Case IV/M.1313 Danish Crown/Vestjyske Slagterier**. Brussels, 9 mar. 1999. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=2_M_1313. Acesso em: 02 jun. 2022.

³²³ COUNTERVAILING POWER. **Glossary of Statistical Terms**. Criado em 03 jan. 2002, atualizado em 29 jan. 2022. Disponível em: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3182>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³²⁴ OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. **Roundtable on monopsony and buyer power**. 13 out. 2008. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/monopsony.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³²⁵ Tradução livre: “The term “countervailing power” was coined to describe the latter form of buyer power when it has the effect of mitigating the adverse effects of seller power on the opposite side of the same market.”

³²⁶ “A compensação dos compradores (a Europa explicitamente no tópico V) indica apenas maneiras de como os compradores poderiam “compensar” uma eventual concentração no mercado a montante (venda de insumo), sem especificar como se caracteriza a concentração na compra deste insumo. De acordo com o Guia Europeu, há ao menos três fatores que devem ser considerados para analisar o efetivo poder de mercado dos compradores frente

Portanto, de acordo com o poder compensatório como formador de poder de compra ou de venda, os efeitos do monopólio ou do monopsonio podem ser compensados com a organização entre agentes em relação ao outro elo da cadeia produtiva. Isso ocorre tanto do lado do fornecedor quanto do lado do comprador, a fim de reduzir os efeitos deletérios do exercício do poder de mercado original, promovendo maior bem-estar.

Ao longo dos anos, o entendimento firmado pela autoridade antitruste brasileira foi amadurecendo em relação ao assunto. Conselheiros aprofundaram-se no tema e enumeraram critérios objetivos a serem considerados para que seja possível a aplicação do poder compensatório.

No Processo Administrativo n. 08012.005374/2002-64, o conselheiro Márcio de Oliveira Júnior elencou três fatores para que a prática do poder compensatório seja justificável e não punível pela legislação antitruste: (i) legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (ii) existência de imposição via coerção direta ou indireta, e (iii) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral:

No critério de **legitimidade para tratar do tema de forma coletiva**, entendo que deve haver autorização individual para que as entidades se reúnam e construam uma solução harmônica e que alcance todos os elementos do conjunto, inclusive os que não estejam diretamente envolvidos na negociação, mas que sejam por ela impactados. Quando a entidade representativa for um ente integrante da Administração Indireta (conselhos, por exemplo), a atuação em nome dos filiados é submetida a reserva legal, isto é, o ente só pode negociar coletivamente se houver autorização legal para tanto, com lei em sentido formal. Em relação à **existência de imposição via coerção direta ou indireta**, os Representados devem demonstrar que a uniformização não deve ser imposta à parte adversa e/ou compulsoriamente adotada pelos próprios elementos que possuem sua vontade substituída na negociação. Observe que a imposição possui dois destinatários: as operadoras de saúde e os médicos/hospitais que são representados pela entidade ou pelo grupo de entidades. No primeiro caso, a uniformização não é impositiva se as operadoras de plano de saúde não forem coagidas a aceitar tal uniformização e puderem negociar individualmente com cada médico/hospital que entender que a uniformização não é aplicável. No segundo caso, os médicos/hospitais devem gozar de "válvula de escape", ou seja, devem ter a prerrogativa de entabular negociação autônoma quando entenderem que as condições fixadas não lhe são aplicáveis sem sofrer qualquer tipo de retaliação ou ameaça. No critério **inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral**, deve-se avaliar se foi estabelecida, de fato, uma relação de negociação e se não houve supressão de barganha por

a um monopólio, quais sejam: 1) que os compradores possam rapidamente direcionar sua demanda para outros fornecedores; 2) que os compradores consigam entrar no mercado a montante, caso não consigam preços razoáveis; e 3) que os compradores sejam capazes de patrocinar a entrada de outros fornecedores no mercado a montante". CADE. Departamento de Estudos Econômicos. **Mercado de Saúde Suplementar: Conduas** – 2015. Brasília, 2015. p. 55. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-saude-suplementar-condutas-2013-2015.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

quaisquer das partes. Para que haja barganha efetiva, é preciso que ambas as partes de uma negociação possam apresentar ofertas, rejeitá-las e propor novas ofertas: "no campo da resolução alternativa de disputas, entende-se por barganhar a atitude de tentar resolver a disputa através de repetidas ofertas, demandas e concessões. Busca-se aproximar as posições ou interesses das partes com o objetivo de encontrar um ponto em que se forme o consenso. Esse é o sentido de negociação, seja ela posicional ou baseada em interesses. A palavra-chave da negociação, portanto, é o consenso, razão pela qual é necessário que, do debate entabulado entre as partes surja um ponto comum e satisfatório a elas. A efetiva existência de barganha é pressuposto para que haja uma negociação. Ou seja, caso não haja efetivo poder de barganha por uma das partes, a deliberação então ocorrida é imposição unilateral de vontades. Tal imposição é acompanhada de meios específicos de coerção, direta ou indireta, capaz de moldar a vontade do agente e suprimir eventual impulso de negociação."³²⁷

Apesar de haver abordagem do tema pelo Tribunal do CADE, a tese do poder compensatório vem ganhando espaço ainda de forma muito tímida no contexto político concorrencial brasileiro. Na parte de controle de estruturas, a tese pode servir para embasar análises de atos de concentração, principalmente quando há alteração do mercado a montante, e concomitantemente, poder de compra original para equilibrar o poder de mercado dos ofertantes. A maioria dos atos de concentração julgados pelo CADE se refere à análise do poder de compra das partes, além dos efeitos gerados pela operação, onde eficiências e seus repasses ao consumidor final não chegam a ser objeto de discussão. Quanto à formação de associações, a preocupação fica em torno da colusão no mercado *downstream*, em que a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre os associados e o exercício de poder de monopólio³²⁸ representam o foco de atenção da autoridade.

Segundo o Guia H, Guia de análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, em um cenário de assimetria de poder de barganha entre dois elos de uma cadeia produtiva pode haver poder compensatório de uma das partes que leve, ao final, ao bem-estar do consumidor. Para tanto, é necessário que seja realizada uma análise sob a regra da razão para verificar as possíveis eficiências geradas pela operação³²⁹.

³²⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005374/2002-64**. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS). Representado: Associação Médica da Paraíba, Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba, Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba, Academia Paraibana de Medicina e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas. Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Brasília, 15 out. 2014.

³²⁸ “[...] é o poder de mercado na compra de insumos usado pelo comprador para se apropriar de parte do excedente do fornecedor”. CADE. **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: jul. 2016. p. 40. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³²⁹ “No cenário de assimetria no poder de barganha entre dois elos de uma cadeia produtiva, a questão é saber se há aumento de bem-estar, em especial do consumidor final, em permitir a criação de poder de mercado de um dos elos – gerando poder compensatório – por haver poder de mercado pré-existente em outro elo”. CADE, *ibidem*, p. 42.

Importante frisar que a tese do poder compensatório aplicada à análise antitruste deve abordar a redução de custo social, ou seja, os benefícios advindos devem estar atrelados à redução de peso-morto do poder original. “Não se trata de aumentar a produtividade que resultaria em menores custos de produção, mas sim de reduzir custos sociais”. Por isso, ao se incorporar o conceito de poder compensatório na análise antitruste, “os possíveis benefícios não devem ser interpretados como fonte de eficiência. Assim, não devem ser contrabalanceados com os possíveis efeitos negativos decorrentes do aumento da concentração de mercado para avaliar qual é o efeito líquido”³³⁰.

Em que pese o reconhecimento de benefícios advindos do poder compensatório, ressalta-se que o Guia H admite tal possibilidade apenas em relação ao poder de compra e, de acordo com a jurisprudência pátria, considera-se tão somente a presença de um demandante de grande porte, ou seja, uma estrutura de monopsonio em que o comprador, como principal demandante de determinado bem ou serviço, controla substancialmente o mercado no qual atua, podendo precificar mercadorias. Nesses casos, o resultado pode ser uma queda de preços ou aumento da quantidade ofertada, visando a apropriação de parte do excedente do fornecedor com consequência distorção dos mercados.

Ocorre que o preço abaixo do mercado competitivo não é o único efeito do poder de monopsonio. O poder de compra de agentes coordenados, além de se manifestar como poder de monopsonio, também pode se manifestar como poder compensatório, na medida em que serve para barganhar vantagens, o que não se conseguiria individualmente, face a um poder de mercado pré-existente. Em outras palavras, os agentes buscam aumentar seu poder de compra para obterem melhores condições contratuais, melhorias em qualidade e na gestão da cadeia de suprimentos, bem como criar incentivos para que o fornecedor apresente melhor atendimento às demandas do grupo, sendo positivo para a concorrência.

Percebe-se, até o momento, certa indefinição em relação à análise dos acordos de compra na política antitruste, tendo em vista a complexidade e a possibilidade de que tais arranjos possam trazer riscos para a concorrência e para o bem-estar social³³¹.

³³⁰ ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência**: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 81. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³³¹ “A despeito de a jurisprudência firmada indicar que alguns acordos entre concorrentes podem ser entendidos como pró-competitivos, não é reconhecido de maneira formal na legislação brasileira qualquer benefício associado a esse tipo de cooperação. Tanto é que, no Brasil, nenhuma cooperativa – nem mesmo as agrícolas – são explicitamente isentas da análise por parte das autoridades da defesa da concorrência. O resultado é que, em muitos casos, o alinhamento de conduta é entendido como formação de cartel e, por conta disso, considerada um ilícito

Pela jurisprudência brasileira, a maioria dos atos de concentração julgados pela autoridade antitruste preocupa-se com a análise do poder de compra dos requerentes, e com os efeitos da interação entre compradores e fornecedores. Em alguns casos, quando os requerentes possuem alto *market share* no mercado a jusante, a relação com os compradores tem sido meramente contratual, sem haver expressiva preocupação com a troca de informações sensíveis. Eficiências e seu alcance aos consumidores finais sequer chegam a ser analisadas. Já nos casos relacionados à formação de associações e *joint ventures*, a preocupação do órgão de defesa da concorrência seria a possibilidade de colusão entre os associados no mercado a jusante.

Em relação ao controle de condutas, a autoridade antitruste brasileira tem visto a tentativa de criação de poder compensatório quando se trata de ações coordenadas, como sinônimo de formação de cartel. A condenação pelo CADE das ações concertadas entre concorrentes deve ocorrer quando possam produzir efeitos, ainda que não sejam alcançados, conforme previsão do art. 36, caput, da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011).

Condutas comerciais uniformes, como sindicatos ou associações de classe, são exemplos de arranjos muitos propensos à aplicação de poder compensatório. Isso se dá pela ação coordenada entre concorrentes, cuja função se legitima em incrementar o bem-estar social e aumentar a eficiência no mercado, em que pese a negociação coletiva e as condutas uniformes ao longo dos anos tenham sido consideradas mecanismos ilegais pelas autoridades antitrustes. Ainda, a forma de tratamento a ser dado a esse tipo de conluio não era clara, tendo em vista as lacunas legislativas das leis antitrustes.

Destarte, não há como descartar que tais condutas podem ser vistas como facilitadoras da formação de cartéis ao possibilitar encontros ilícitos para troca de informações concorrencialmente sensíveis entre competidores e criação de barreiras à entrada no mercado, haja vista a limitação da independência de ação das firmas em decorrência da cooperação, com a consequente redução da concorrência³³².

antitruste”. ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência**: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 81. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³³² “[...] Essa cooperação limita a independência de ação das firmas, reduzindo sua capacidade de adotar estratégias com caráter competitivo. Além disso, pode aumentar a possibilidade de conluio, tácito ou explícito, uma vez que o fluxo de informação entre os envolvidos é ampliado, facilitando a criação de mecanismos de controle do cumprimento do acordo e aumentando a estabilidade do possível cartel. Por fim, só o fato de os agentes se reunirem para fazerem o acordo inicialmente prócompetitivo já cria oportunidades para que estes adotem estratégias com o objetivo de eliminar a concorrência. A colaboração entre as empresas será interpretada como anti-competitiva caso resulte em prejuízos traduzidos em aumento de preço, redução de quantidade ou piora na qualidade do produto e do serviço prestado”. ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência**: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em

Ainda assim, os acordos entre competidores podem ser, concorrencialmente falando, mais adequados do que fusões entre empresas, visto que na primeira opção a concorrência pode estar preservada. De toda forma, cabe o reconhecimento da cooperação entre concorrentes como algo importante, não apenas pelos benefícios a ela associados em relação ao aumento do poder de barganha, mas pela própria colaboração em si na integração da atividade econômica por diferentes empresas.

Em relação às condutas comerciais uniformes, quando “puras”, ou seja, que restrinjam a concorrência ou elevem preços, nota-se que sequer têm sua análise aprofundada porquanto seus benefícios sociais são irrisórios. São analisadas assim pela modalidade *per se*. Já as condutas comerciais uniformes auxiliares, em que o fim está pautado em ganhos de eficiência, precisam ser analisadas sob os ditames da regra da razão, isto é, pela ponderação de efeitos líquidos da ação coordenada sobre a sociedade, que, se positivos, não podem levar a condenação pela autoridade antitruste.

Esses tipos de ações concertadas voltadas à criação de poder de mercado, ainda que compensatório, são, portanto, passíveis de condenação por serem avaliadas como condutas ilícitas *per se*, já que, em tese, aumentam os preços ou reduzem a concorrência, o que independe da análise quanto aos seus efeitos no mercado³³³.

Em suma, condutas comerciais uniformes, em tese, podem ser condenadas pela sua simples existência. No entanto, quando tais condutas são criadas com a finalidade de exercer poder compensatório frente à negociação com grandes agentes econômicos, oligopólios ou oligopsônios, podem ser analisadas pela regra da razão. Até o momento, o entendimento jurisprudencial nacional e internacional é no sentido de que, em relação a condutas uniformes, não se reconhece benefícios relacionados à criação de poder compensatório. E, de modo geral, a ação coordenada entre concorrentes é vista como uma conduta ilegal pela doutrina antitruste.

Condições para a ocorrência de benefícios decorrentes do poder compensatório, como existência de poder de mercado original e que este seja avaliado inclusive na esfera dos que

Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 86. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³³³ Por outro lado, cita-se: “[...] a coordenação entre concorrentes voltada à exploração de competências complementares, produção de bens coletivos ou que, em geral, promovam o aumento da produção, são analisadas sob a regra da razão, levando-se em plena consideração os benefícios decorrentes da conduta. Mesmo o acordo comercial para exploração de canais de comercialização comuns podem ser enquadrados nessa categoria, desde que não impliquem qualquer estratégia de estabelecimento de preço comum”. AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. **Estudos Econômicos**, v. 39, n. 4, 2009, p. 4. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ee/article/view/35989>. Acesso em: 02 jun. 2022.

negociam, trazem resultados sensíveis ao identificar a interdependência das partes rivais e a formação de preços por meio de barganha coletiva. A verificação de um processo de barganha na prática já é realizada quando da apreciação pela defesa da concorrência de fusões ou restrições verticais por fixação de preços abusivos, com base na análise de custo *versus* benefício, ou seja, com base na regra da razão. Assim, a ponderação dos efeitos líquidos negativos associados à aplicação do poder compensatório nos casos de barganha coletiva não geraria custos.

Além disso, o papel periférico da aplicação tese do poder compensatório na política antitruste pode estar atrelado ao seu desconhecimento ou a má interpretação da parte econômica da teoria, já que muitos a entendem como uma possível eficiência³³⁴.

Os benefícios sociais líquidos da aplicação do poder compensatório advêm com a mitigação dos efeitos do poder original de mercado pré-existente, e não com a redução de custos de produção, por exemplo.

Além do mais, nos casos de contraposição ao poder de monopólio observa-se a falta de aceitação do poder compensatório, pois seus arranjos não implicariam necessariamente a redução de preços^{335 336}. Quanto à análise de possíveis condutas colusivas de compra (cartéis de compra), onde a discussão paira sobre o potencial ilícito das negociações coletivas³³⁷, ressalta-se a dissonância de entendimento entre conselheiros sobre a legitimidade de um acordo lícito de compra ou se deve ser considerado um cartel, bem como se a análise deveria considerar o ilícito por objeto ou pela regra da razão.

³³⁴ “[...] que teria o papel de contrabalançar os prejuízos decorrentes do menor grau de competição. Nesse sentido, a conduta comercial uniforme seria tratada como uma prática auxiliar (*ancillary*), a exemplo de colaborações entre concorrentes que impliquem uso mais eficiente de ativos e competências complementares. Como o poder compensatório não tem implicações de redução de custos, o argumento é descartado como uma fonte clara de eficiências”. AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. **Estudos Econômicos**, v. 39, n. 4, 2009, p. 16. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ee/article/view/35989>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³³⁵ GAYNOR, Martin; VOGT, William B. Antitrust and Competition in Health Care Markets. In: CULYER, A. J.; NEWHOUSE, J. P. (Ed.). **Handbook of Health Economics**. Amsterdam: Elsevier, 2000. v. 1. p. 1405-1487.

³³⁶ Vale ressaltar que o poder de monopólio pode gerar má alocação de recursos. Suponha uma barganha em que o comprador/monopsonista tenha capacidade de aproximar o preço pago ao fornecedor de seu CMg, apropriando-se de uma parte maior do excedente gerado na transação. É o caso, p.e., de frigoríficos. Como o comprador/monopsonista não tem poder de mercado (é *price taker*), ele aumenta sua margem ao exercer seu poder de monopólio. Imagine que os pecuaristas troquem informações sobre o preço de compra do boi. Isso não teria necessariamente um efeito negativo, pois o frigorífico monopsonista não conseguirá repassar o aumento do custo (preço pago pelo boi gordo) para o preço da carne. O resultado seria uma disputa mais equilibrada pelo excedente. Portanto, não faria sentido analisar a conduta dos pecuaristas pela regra *per se*.

³³⁷ Cf. Processo Administrativo nº 08012.006241/1997-03; Processo Administrativo nº 08012.005135/2005-57; e Requerimento 08700.008213/2015-99 (ref. Inquérito Administrativo nº 08700.009515/2014-01).

Nos casos de criação de poder de mercado na parte da demanda, ou seja, do poder de compra em oposição a fornecedores, pode ter efeitos tanto benéficos quanto deletérios para o bem-estar social, conforme já demonstrado quando tratou-se de controle de estruturas³³⁸. Para Goldberg, aumentar o poder de mercado dos compradores apenas resultará na redução de preços ao consumidor se preservada a competição no mercado a jusante.

Em contrapartida, alguns autores defendem irrestritamente a aplicação da tese do poder compensatório nos casos de poder de compra, desde que este seja substancialmente menor do que o poder de mercado do lado da oferta³³⁹. Portanto, deve-se dar a devida importância à aplicação da tese do poder compensatório.

Por fim, ainda que as implicações decorrentes do poder compensatório não sejam devidamente consideradas pelas autoridades antitrustes na análise de tais condutas e de atos de concentração, não se pode ignorar a existência das organizações de produtores ou consumidores propositadas a angariar melhorias de negociação³⁴⁰.

Usualmente, exceto nos casos de isenção antitruste, as autoridades entendem a coordenação horizontal como um instrumento de elevação de preços e, portanto, passíveis de condenação. É preocupante que o Direito Concorrencial, em relação ao tema, possa estar cometendo grave contradição interna, ao proteger demasiadamente a posição original, e sistêmica, ao analisar a barganha sob o ponto de vista dos outros ramos do direito, como o contratual.

Questões de assimetria entre as partes devem ser de interesse das autoridades antitrustes, em que a compensação da parte mais fraca venha a ser observada com mais cautela e não o contrário. Ações coordenadas, como cartéis e condutas comerciais uniformes, em algumas circunstâncias, podem aumentar o bem-estar social ao gerarem poder compensatório e

³³⁸ Este último pode ser manifestado “em duas circunstâncias: quando exercido contra produtores que não têm, por sua vez, poder de mercado, ou quando exercido por compradores que detêm, simultaneamente, poder de mercado a montante e a jusante da cadeia”. GOLDBERG, Daniel K. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006. p. 161.

³³⁹ JACOBSON, Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Joint Purchasing, Monopsony and Antitrust. **The Antitrust Bulletin**, v. 36, n. 1, p. 1-79, mar. 1991. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603X9103600101>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³⁴⁰ Como por exemplo: “Trabalhadores, agricultores familiares e pequenas empresas muitas vezes se organizam, das mais variadas formas, com o objetivo de melhorar as condições de barganha na venda de seu serviço ou produção para grandes empresas que desfrutam de poder monopsonico. Do mesmo modo, pequenos varejistas e consumidores, de um modo geral, organizam-se em centrais de compras ou cooperativas de consumo com o objetivo expresso de melhorar as condições de comprar junto a grandes empresas”. AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. **Estudos Econômicos**, v. 39, n. 4, 2009, p. 5. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ee/article/view/35989>. Acesso em: 02 jun. 2022.

atenuarem o poder de mercado pré-existente. Nesses casos, havendo interesse da sociedade, a coordenação de agentes deve ser não apenas permitida como também incentivada.

Ante o exposto, tem-se que situações de poder compensatório, em que há organização ou ação concertada das mais diversas formas, com o fim de aperfeiçoar condições de barganha na venda ou produção de um produto ou serviço a grandes empresas, ou quando pequenos consumidores ou varejistas se arranjam em cooperativas ou associações com o objetivo de aprimorar suas condições de compras em relação a outras empresas, então são passíveis de condenação pela autoridade de defesa da concorrência, exceto quando houver expressa isenção antitruste, pois em tese gera efeitos negativos da conduta sobre os preços oferecidos aos consumidores finais (*per se*).

Nesse sentido, é importante levantar casos já julgados pela autoridade antitruste brasileira para entender como têm sido, de fato, aplicados os efeitos compensatórios da barganha coletiva no Brasil. E isso fica muito claro pela atuação do CADE no mercado de saúde suplementar, onde o tema do poder compensatório é melhor desenvolvido pelo Conselho.

3.2.1 Jurisprudência administrativa brasileira envolvendo aplicação da tese do poder compensatório em antitruste: casos gerais

3.2.1.1 Metodologia

A primeira fase do levantamento dos casos se deu no ano de 2019, a partir da ferramenta de pesquisa processual (consulta pública) utilizada no site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (<https://www.gov.br/cade/pt-br>), utilizando-se no campo pesquisa livre os termos “poder compensatório”, “barganha coletiva”, “boicote coletivo”, “unimilitância”, “monopsônio” e “poder de compra”, tendo em vista a proximidade de tais conceitos em relação ao tema em estudo. Foram considerados processos públicos e julgados.

Após esse primeiro levantamento, 118 processos foram mapeados e, a partir destes, para fins de adequação da busca com a pesquisa, foram selecionados apenas os que mencionaram o termo “poder compensatório”, somando um total de 55, entre atos de concentração, processos administrativos, inquéritos administrativos e consultas.

Destes 55 procedimentos selecionados, 41 tratam do mercado de saúde, motivo pelo qual serão analisados separadamente, na seção seguinte. Para esta seção foram selecionados 14 casos, aqueles que mostraram maior relevância ao abordarem o tema com maior profundidade.

A presente pesquisa atentou para a análise específica da tese de poder compensatório, sem necessariamente entrar no mérito das condutas e das concentrações de mercado de cada caso.

Portanto, o critério de análise utilizado para a pesquisa jurisprudencial envolvendo casos de poder compensatório foi o nível de desenvolvimento do tema em cada processo. Muitos deles citaram a tese superficialmente, e a minoria adentrou com maior profundidade na discussão da tese. Entre os casos analisados, prevaleceram as discussões concorrenciais de poder compensatório nos seguintes mercados: transmissão de conteúdo/programação linear da TV aberta para as operadoras de TV; mercado de serviços de transporte de cargas e contêineres, prestação de serviços de rebocagem; distribuição de serviços de transporte de passageiros de táxi, mercados de reposição de pneus comerciais e de passeio; mercado nacional de carbonato de sódio; execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas; prestação de serviço de transporte de veículos; distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP); mercado de comparadores de preços online; compra de suco de laranja para a produção de suco concentrado congelado (SLCC).

3.2.1.1.1 Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21³⁴¹ (Caso SIMBA)

O Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21, mais conhecido como caso Simba, analisou a formação de uma *joint venture* societária entre três empresas do setor de telecomunicações (SBT, Record e RedeTV) no mercado de transmissão de conteúdo/programação linear da TV aberta para as operadoras de TV. A nova formação se chamaria *Newco*, cujo objetivo seria comercializar conjuntamente o licenciamento da transmissão de sinais digitais do conteúdo/programação linear em TV aberta para as prestadoras de serviços de acesso condicionado (TV paga).

A Superintendência-Geral concluiu pela aprovação da operação sem restrições. Desta decisão a ABTA, a Sky e a Claro-Net protocolaram recursos ao Tribunal, manifestando-se contra a operação pois a JV não visaria à produção conjunta de nova oferta de produtos, e por entenderem que seria uma concentração anticompetitiva, com efeitos análogos de um cartel, sem comprovação de eficiências ao bem-estar dos consumidores.

³⁴¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21**. Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo (SBT), Rádio e Televisão Record S.A. (Record) e TV Ômega Ltda. (Rede TV!). Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, 11 maio 2016.

No caso, foram observadas condições para a geração de poder compensatório das emissoras de TV aberta em relação às operadoras, contestando-se o poder pré-existente destas, para o conseqüente aumento de bem-estar e eliminação do duplo *mark-up*. As requerentes alegaram que a *joint venture* viabilizaria uma negociação mais equilibrada frente às operadoras detentoras do poder de mercado pré-existente (poder de monopólio) na compra do insumo (conteúdo/programação linear) pelas empresas Net e Sky, que possuem 83% do mercado. Defenderam que haveria aumento no preço da transmissão do conteúdo de TV aberta da JV para as operadoras, mas estas diminuiriam o preço dos pacotes finais para os consumidores finais e a oferta seria ampliada.

Ao longo do julgamento, buscou-se discorrer se, de fato, dar maior poder de barganha a nova JV para negociação de forma conjunta aumentaria o bem-estar do consumidor final e da sociedade. No presente caso, o poder compensatório ocorre no mercado a montante pelas TVs abertas frente ao mercado jusante concentrado formado pelas operadoras.

No seu voto, a relatora conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt afirmou que a tese do poder compensatório apresentada pelas requerentes traz falhas, primeiramente porque não teria havido negociação *ex ante* pelas partes que a justificasse, segundo, porque a nova regulação *retransmission consent* já garantiria um poder adicional para as emissoras, gerando assimetria na barganha, não se podendo afirmar que não haveria inversão de assimetria entre o poder pré-existente e o compensatório. Além disso, para ela, o poder compensatório desconsideraria efeitos deletérios sobre a franja das operadoras e sobre os potenciais entrantes neste mercado. No mais, defendeu que a imposição de preço abusivo pela JV à operadora incentivaria o aumento de preço dos pacotes, com conseqüente redução do bem-estar do consumidor final:

Nesta situação, se o CF da operadora pequena não tiver mais acesso ao conteúdo das TVs abertas, esse consumidor deve passar a contratar uma das líderes ou simplesmente voltar ao mercado de TV aberta gratuito. A assimetria nas condições de negociação entre as operadoras pequenas (e entrantes) e as TVs abertas, assim, pode, no limite, levar à falência das pequenas operadoras, aumentar a concentração neste segmento entre Net e Sky e criar uma substantiva barreira à entrada de novas operadoras. Se este é um problema sem a JV, com o dito AC a situação é agravada consideravelmente.³⁴²

³⁴² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21**. Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo (SBT), Rádio e Televisão Record S.A. (Record) e TV Ômega Ltda. (Rede TV!). Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, 11 maio 2016.

A conclusão da relatora foi no sentido de que milhões de brasileiros teriam perda de bem-estar com o poder compensatório pela formação da JV devido ao duplo *mark-up*, o que não deve ser considerado como eficiência da operação. Em síntese, quis enfatizar o entendimento de que concorrentes não podem objetivar juntar-se para fazer preço, uma vez que dita operação mais se parece com um cartel, pelo fato de haver aumento de preço sem geração de eficiência e com maior custo repassado ao consumidor final. Assim, para a conselheira, o objeto da operação seria anticompetitivo, motivo pelo qual entendeu pela reprovação do AC.

No voto-vista do conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, foram analisadas as possíveis eficiências da operação, acompanhando em parte o voto da relatora, para concordar que a pura coordenação entre as emissoras, desprovida de eficiências e de eventual poder compensatório, geraria perda de bem-estar para a sociedade, e ainda afirmando que o tema é especial e deve ser utilizado para situações específicas. Atentou-se para a necessidade de uma reflexão bem fundamentada no âmbito do CADE, assim como é feito em jurisdições mais experientes, que aceitam a barganha coletiva e o acordo entre competidores para situações específicas, o que demonstra a importância do tema na comunidade antitruste internacional. No entanto, divergiu-se quanto ao tratamento que deve ser dado à tese do poder compensatório, defendendo-se a meritória cautela na aplicação, devendo-se dar a devida importância para a matéria pela possibilidade de gerar eficiências e benefícios à coletividade:

O objetivo a apresentar os procedimentos acima é demonstrar que à matéria é dada a sua devida importância pela comunidade antitruste internacional e não é tratada de forma marginal. As referidas autoridades identificam possibilidade de eficiências e benefícios à coletividade em barganhas coletivas justamente assumindo a “tese do poder compensatório” diminuindo assimetria de poder de mercado entre as partes nos dois polos dos mercados *upstream* e *downstream*. Se assim não fosse tratariam todo e qualquer tipo de conduta desse tipo com presunção *juris et de jure* e não criariam procedimentos que possibilitassem a comprovação de eficiências.³⁴³

Em que pese a especialidade do caso em análise para possível aplicação da tese do poder compensatório, esta não poderia ser aplicada na forma como foi apresentada pelas requerentes, pois os ganhos seriam ínfimos, além de ter havido uma “quase que absoluta falta de concretude sobre como, e se, seriam implementadas essas ações que seriam desejáveis de um ponto de vista social”³⁴⁴. Concluí que eventual incremento de poder das requerentes, via JV, não compensaria

³⁴³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21**. Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo (SBT), Rádio e Televisão Record S.A. (Record) e TV Ômega Ltda. (Rede TV!). Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, 11 maio 2016.

³⁴⁴ BRASIL, *ibidem*.

um suposto exercício de poder pré-existente pelas operadoras líderes em TV por assinatura, sendo ausentes eficiências intrínsecas à operação na forma originalmente apresentada.

Ao final, votou-se pela aprovação da operação, com restrições, por entender que não restou identificado efeito adverso à possibilidade de produção de conteúdo audiovisual por meio da JV, nem mesmo qualquer risco anticoncorrencial.

O plenário, por maioria, nos termos do voto-vista, aprovou a operação condicionada a Acordo em Controle de Concentração (ACC), com cumprimento de algumas medidas, como obrigação de investimento na JV, subsídio a pequenas e médias operadoras de TV por assinatura, e estabelecimento de prazo para vigência do ACC e da *Newco*. Os recursos interpostos foram rejeitados. Ficaram vencidos a Conselheira relatora e o Conselheiro João Paulo Rezende.

O conselheiro João Paulo entendeu que ao caso concreto não se aplicaria a tese do poder compensatório, pois o “exercício de poder decorrente do duopsônio existente no mercado de TV por assinatura reduziria a quantidade-qualidade dos serviços adquiridos das emissoras, e, portanto, a quantidade-qualidade ‘revendida’ para o consumidor final, piorando seu bem-estar”. Além disso a inaplicabilidade da teoria ocorre pela natureza não homogênea do produto revendido e pela forma de aquisição do insumo feita por canal (pacotes de conteúdo) ser diferente da precificação para a venda (pela quantidade de assinantes) ao consumidor final. Assim, descartou a tese de que o poder compensatório seria capaz de gerar eficiências no caso.

3.2.1.1.2 Processo Administrativo n° 08012.009566/2010-50

No Processo Administrativo n. 08012.009566/2010-50³⁴⁵, o conselheiro relator Alexandre Cordeiro Macedo analisou se a conduta em questão sobre tabelamento de preços e barganha coletiva deveria ser analisada sob a regra da razão. Por conseguinte, votei pela condenação dos sindicatos Sindicam, Sindicon e Sindisan, e de seus representantes, por considerar suas ações como claramente intencionais, e, portanto, ilícitos concorrenciais, pelo próprio objeto.

³⁴⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.009566/2010-50**. Representante: Conselho de Autoridade Portuária do Porto de Santos – CAP. Representados: Sindicon - Sindicato dos Transportadores Autônomos de Contêineres do Litoral Paulista, Sindisan - Sindicato das Empresas de Transporte Comercial de Carga no Litoral Paulista, Sindicam - Sindicato dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens da Baixada Santista, José Luiz Ribeiro Gonçalves, Davi Santos de Lima, Marcelo Marques da Rocha e José Nilton Lima de Oliveira. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, 05 abr. 2017.

No voto, oportunamente, foram apontadas as diferenças entre infração *per se* e por objeto na análise de negociação coletiva, demonstrando que na última a presunção de ilicitude não é absoluta, podendo ser afastada caso a caso quando comprovado que a conduta não tinha como natureza a produção de efeitos deletérios à concorrência.

Ao citar o PA nº 08012.002874/2004-14, foi demonstrado que o CADE vem entendendo a negociação coletiva como uma prática que configura infração por objeto contra a ordem econômica. No entanto, eventuais eficiências devem ser ponderadas frente a eventuais riscos concorrenciais. E foi dado o exemplo do caso em apreço à época:

No caso, no que tange à UNIDAS, **redução de custos de transação e aumento do poder de barganha fundado na tese do poder compensatório poderiam significar ganhos sociais maiores do que eventuais riscos concorrenciais**, dado que a UNIDAS tinha apenas 8% de participação de mercado. Ressalto que esse meu entendimento seguia outros precedentes, como os AC nº 08012.005135/2005-57 e AC nº 08012.005374/2002-64, de relatoria do Conselheiro Eduardo Pontual, em que se concluiu pela necessidade de se avaliar os efeitos líquidos da conduta. No entanto, tendo em vista decisões mais recentes do Conselho, que passou a considerar a negociação conjunta uma infração por objeto, incluindo o PA nº 08012.003422/2004-41 e o PA nº 08012.009381/2006-69, votei pela condenação da UNIDAS. Como colocado naquele voto, a segurança jurídica é um valor a ser perseguido por qualquer órgão julgador, de forma que entendo que cada Conselheiro deve considerar isso em seus julgamentos.³⁴⁶

Em seu voto-vogal, a conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt divergiu do relator e votou pelo arquivamento do processo para todos os representados. Ela defendeu que haveria que se fazer uma análise de poder compensatório, e considerou ausente, a partir da regra da razão, a demonstração dos efeitos nocivos à sociedade brasileira:

Neste caso, diferentemente do PA ACTA/Sindigran, houve uma barganha entre duas partes por meio de seus sindicatos, logo, haveria que fazer uma análise de poder compensatório. Há que verificar se nesse impasse houve efeitos nocivos, tal como requer que se faça a lei nº 12.529, sob uma análise de regra da razão.³⁴⁷

O Tribunal, ao final, determinou a condenação de quase todos os representados, nos termos do voto relator, arquivando o processo apenas em relação a uma pessoa física.

³⁴⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.009566/2010-50**. Representante: Conselho de Autoridade Portuária do Porto de Santos – CAP. Representados: Sindicon - Sindicato dos Transportadores Autônomos de Contêineres do Litoral Paulista, Sindisan - Sindicato das Empresas de Transporte Comercial de Carga no Litoral Paulista, Sindicam - Sindicato dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens da Baixada Santista, José Luiz Ribeiro Gonçalves, Davi Santos de Lima, Marcelo Marques da Rocha e José Nilton Lima de Oliveira. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, 05 abr. 2017.

³⁴⁷ BRASIL, *ibidem*.

3.2.1.1.3 Processo Administrativo nº 08000.009391/1997-17

O Processo Administrativo nº 08000.009391/1997-17³⁴⁸ apurou a prática de fixação de preços na prestação de serviços de rebocagem por meio de tabela (como mecanismo de coordenação do mercado) e o estabelecimento de acordos tendentes a dificultar a atuação de concorrentes e a limitar a entrada de novas empresas no mercado, incluindo os possíveis efeitos anticoncorrenciais dos mecanismos de subcontratação entre as empresas rebocadoras.

As representadas, sindicatos que representavam armadores tomadores do serviço de rebocagem, dentre os fundamentos apresentados na defesa, argumentaram que os “armadores ou seus agentes marítimos ditam às rebocadoras as condições de contratação dos serviços e, por possuírem elevado poder de barganha, dificilmente se submeteriam a qualquer acordo de cartel que pudesse lhes trazer prejuízos”³⁴⁹.

O entendimento do conselho foi pelo arquivamento do processo pois a tabela teria resultado de uma negociação bilateral entre os dois segmentos econômicos envolvidos na contratação do serviço de rebocagem, armadores e rebocadores, ou seja, a tabela não era uma imposição unilateral. Além disso, não se vislumbrou mecanismos de coerção no uso da tabela; as negociações do serviço eram livres. Ou seja, não ficou demonstrada racionalidade anticompetitiva na negociação da tabela, que foi realizada entre ofertantes e demandantes do serviço de reboque. No mais, não estavam presentes efeitos líquidos negativos resultantes da conduta, nem mesmo potencialmente. Também não foram encontrados quaisquer indícios de infração à ordem econômica em razão do mecanismo de subcontratação realizado entre empresas rebocadoras concorrentes.

³⁴⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08000.009391/1997-17**. Representante: Grupo Executivo para Modernização dos Portos, do Ministério da Marinha Representados: Sindicato das Agências de Navegação Marítima do Estado de São Paulo —SINDAMAR, Companhia de Navegação de Lagoas (incorporada e sucedida por Saveiros Camuyrano Serviços Marítimos S.A. - SAAM), Saveiros Camuyrano Serviços Marítimos S.A., Sobrare-Servermar S.A., Metalnave S/A Comércio e Indústria e Sulnorte Serviços Marítimos Ltda. Relatora Conselheira Ana Frazão. Brasília, 03 abr. 2013.

³⁴⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08000.009391/1997-17**. Representante: Grupo Executivo para Modernização dos Portos, do Ministério da Marinha Representados: Sindicato das Agências de Navegação Marítima do Estado de São Paulo —SINDAMAR, Companhia de Navegação de Lagoas (incorporada e sucedida por Saveiros Camuyrano Serviços Marítimos S.A. - SAAM), Saveiros Camuyrano Serviços Marítimos S.A., Sobrare-Servermar S.A., Metalnave S/A Comércio e Indústria e Sulnorte Serviços Marítimos Ltda. Relatora Conselheira Ana Frazão. Brasília, 03 abr. 2013.

3.2.1.1.4 Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31

O Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31³⁵⁰ cuidou da conduta de cartel praticado entre associações de rádio táxi, no mercado de distribuição de serviços de transporte de passageiros de táxi por meio de central telefônica na cidade de Curitiba e região metropolitana do estado do Paraná. A conduta teria ocorrido através da fixação de desconto máximo oferecido pelas associações de taxi em licitações realizadas no estado. O Tribunal decidiu pela condenação das associações e de pessoas físicas, com fixação de multa no valor de R\$ 159.615,00 e de R\$15.961,50 para cada uma, respectivamente.

Nesse processo, a tese do poder compensatório foi mencionada sutilmente no voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin, quando diferenciou cartéis *hard core* de *soft* cartéis. A diferença entre as duas nomenclaturas se daria pelos objetivos de cada conduta, traçados pela OCDE em 1998 e pela jurisprudência do CADE. A conselheira basicamente definiu cartéis *hard core* como uma “ação concertada entre concorrentes com ao menos um dos seguintes objetivos: fixação de preço/quantidade, divisão de mercado ou de participação em licitação pública”³⁵¹. Essa diferença implica a forma de análise de cada conduta, em que ações concertadas sem os objetivos acima citados não devem ser feitas pela análise *per se*, uma vez que podem trazer eficiência “como o poder compensatório”³⁵² (citou a Conselheira), devendo, portanto, ser analisadas pela regra da razão:

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). É o que

³⁵⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31**. Representante: Associação Rádio Táxi Alternativa (Alternativa). Representados: Associação das Centrais de Rádio Táxi de Curitiba (ACERT); Associação dos Cotistas de Rádio Táxi Sereia (Associação Sereia); Associação dos Cotistas de Rádio Táxi Curitiba (Associação Curitiba); Associação Rádio Teletáxi (Associação Teletáxi); Associação Rádio Táxi Paraná (Associação Paraná); Associação Rodo Rádio Táxi Capital (Associação Capital); Associação Rádio Táxi Faixa Vermelha (Associação Faixa Vermelha); Alexandre Ferreira; Joaquim Adir da Rocha; Sérgio Luiz de Araújo; Joil José Mores; Gilmar Abreu e Silva; e Agostinho Ferreira. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Brasília, 08 ago. 2018.

³⁵¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31**. Representante: Associação Rádio Táxi Alternativa (Alternativa). Representados: Associação das Centrais de Rádio Táxi de Curitiba (ACERT); Associação dos Cotistas de Rádio Táxi Sereia (Associação Sereia); Associação dos Cotistas de Rádio Táxi Curitiba (Associação Curitiba); Associação Rádio Teletáxi (Associação Teletáxi); Associação Rádio Táxi Paraná (Associação Paraná); Associação Rodo Rádio Táxi Capital (Associação Capital); Associação Rádio Táxi Faixa Vermelha (Associação Faixa Vermelha); Alexandre Ferreira; Joaquim Adir da Rocha; Sérgio Luiz de Araújo; Joil José Mores; Gilmar Abreu e Silva; e Agostinho Ferreira. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Brasília, 08 ago. 2018.

³⁵² BRASIL, *ibidem*.

acontece com casos no setor de saúde, por exemplo, em que se observa às vezes poder compensatório.³⁵³

3.2.1.1.5 Consulta nº 08700.004594/2018-80

A Consulta nº 08700.004594/2018-80³⁵⁴ apresentada pela Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda. sobre a licitude da Política de Preços Anunciados que pretendia implementar para os varejistas nos mercados de reposição de pneus comerciais e de passeio, por meio da qual buscava impor aos revendedores preço mínimo de anúncio dos pneus de sua marca.

Em resposta, o Tribunal do CADE, por maioria, conheceu a Consulta e declarou a legalidade da política de preço mínimo anunciado à luz da legislação antitruste, por não impor qualquer limitação ao preço de revenda, sendo a restrição unicamente relacionada ao preço anunciado, embora tal conduta guardasse semelhança com estratégias de fixação de preço de revenda. No voto, o Conselheiro Paulo Burnier destacou que a conduta seria lícita: pela ausência de poder de mercado da Continental nos mercados afetados, pela unilateralidade da política (ausência de colusão), e pela ausência de tratamento discriminatório entre os revendedores afetados.

A Conselheira Cristiane Alkmin, em seu voto-vogal, entendeu pela ilicitude da política planejada pela Continental. Na visão da Conselheira, qualquer política impositiva de preço anunciado ou praticado deve ser considerada *per se*, condenável “na medida em que a Continental tornará obrigatória a divulgação de um patamar mínimo estabelecido unilateralmente pela empresa a todos os seus revendedores, uniformizando ditos preços, prejudicando, desta maneira, a livre concorrência e a livre iniciativa”³⁵⁵.

Para ela, a política de preço mínimo anunciada coercitivamente poderia ser comparada à imposição de tabela de preços estabelecidos por associações e conselhos de medicina. Nos casos de mercado de saúde suplementar, a análise de edição de tabelas referenciais de honorários médicos deve ser analisada pela regra da razão, “uma vez que se poderia observar

³⁵³ BRASIL, *ibidem*.

³⁵⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta nº 08700.004594/2018-80**. Consulente: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 16 out. 2018.

³⁵⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta nº 08700.004594/2018-80**. Consulente: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 16 out. 2018.

poder compensatório entre os distintos elos da cadeia”³⁵⁶. No caso da Consulta, apontou que é diferente, pois a relação entre revendedor e consumidor é direta, não havendo poder compensatório entre os elos da cadeia produtiva como ocorre no mercado de saúde suplementar.

3.2.1.1.6 *Processo Administrativo nº 08012.008881/2010-60*

No Processo Administrativo nº 08012.008881/2010-60³⁵⁷, nos termos do voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier, o Tribunal, por unanimidade, determinou o arquivamento dos autos em relação a todos os representados no Processo, que investigou suposta prática de infração à ordem econômica no mercado nacional de carbonato de sódio.

Embora o processo não tenha trazido discussão a respeito da tese do poder compensatório, referenciou a discussão sobre cooperação de empresas no mercado de exportação. No voto, o relator, ao diferenciar cartéis de exportação de associações de exportação, pontuou a licitude da última quando a atuação se dá de forma favorável à concorrência, caso de não aplicação da análise pela regra *per se*. Há práticas desse tipo inclusive autorizadas em algumas jurisdições como Alemanha, UE, e Japão, que permitem a atuação conjunta de empresas na exportação de seus produtos a fim de garantir maior competitividade no mercado internacional. Nos EUA, é preciso autorização prévia e expressa da autoridade antitruste para tal.

O conselheiro rejeitou em seu voto que a possibilidade de atuação conjunta dessas empresas para alcançar padrões de qualidade exigidos no mercado de exportação poderia ainda fortalecer empresas nacionais a contraporem poder de barganha de clientes internacionais.

3.2.1.1.7 *Processo Administrativo nº 08012.000504/2005-15 – “cartel das transportadoras”*

O Processo Administrativo nº 08012.000504/2005-15³⁵⁸ cuidou da investigação de condutas anticompetitivas no mercado de transporte rodoviário de cargas a granel (matérias-

³⁵⁶ BRASIL, *ibidem*.

³⁵⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.008881/2010-60**. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: American Natural Soda Ash Corp., Tronox Alkali Wyoming, Tata Chemical (Soda Ash) Partners, Ciner Resources Corporation e Solvay Chemicals USA. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 05 set. 2018.

³⁵⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08012.000504/2005-15**. Representante: SDE *ex officio*. Representados: ACTA – Associação Comercial dos Transportadores Autônomos e SINDGRAN – Sindicato dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Cargas e Granel de Guarujá, Santos e Cubatão. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, 18 jan. 2017.

primas de fertilizantes) nos terminais de uso público do Porto de Santos, nos municípios de Santos e Guarujá.

As condutas, praticadas pela Associação Comercial dos Transportadores Autônomos (ACTA) e pelo Sindicato dos Transportadores Rodoviários de Cargas a Granel de Santos (SINDGRAN), resumiram-se na discriminação entre os associados e não-associados (caminhoneiros e/ou transportadoras) de forma exclusionária, e na influência à adoção de conduta comercial uniforme, mediante intermediação de contratos, regulação privada exclusionária, tabelamento de preços e utilização exclusionária de posse de imóveis públicos.

Em relação à influência à adoção de conduta comercial uniforme para fixação unilateral de preços e serviços de frete através de imposição de tabela obrigatória, os representados alegaram serem desprovidos de poder de barganha para negociar com grandes conglomerados de importadores de adubo. A conselheira relatora entendeu que o argumento não as exime do caráter ilícito de uniformização de preços de concorrentes por meio de tabelamento. Ou seja, a alegada hipossuficiência dos caminhoneiros autônomos sindicalizados e associados não justifica a prática das condutas cometidas.

Para a relatora, a conduta estaria tipificada no inciso II, § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529/11, configurando uma possível situação de *soft* cartel, e por isso justificou a análise pela regra da razão. De início afastou a possibilidade de poder compensatório através da tabela de preços dentro dessa cadeia de prestação de serviços, tendo em vista que o poder compensatório pressupõe determinadas condições, como por exemplo a negociação livre de preços, a qual inexistente no presente caso. Conclui, portanto, pela ausência de eficiências decorrentes da prática.

No voto-vista, o conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo discorreu sobre serem anticoncorrenciais o exercício da exclusividade no acesso aos pátios de estacionamento que funcionam nos imóveis ocupados pela ACTA e pelo SINDGRAN e a limitação do número de carretas/caminhões vinculados à ACTA. A discordância também se deu em relação à dosimetria das penas e sua vinculação a vantagem auferida, considerando excessivas as multas aplicadas pela relatora. O Tribunal por unanimidade condenou as representadas e, por maioria, aplicou a multa nos moldes do voto-vista.

3.2.1.1.8 Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83

O Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83³⁵⁹ tratou da investigação de cartel pela fixação conjunta dos valores referentes aos direitos de execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas, bem como da criação de dificuldade para entrada de novas associações representativas de titulares de direitos autorais (por meio de elaboração de tabela de preços e criação de barreiras à entrada), por parte do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) e das associações³⁶⁰ a ele credenciadas. A investigação teve início por meio de representação da Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA) no âmbito da extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE), que opinou pela procedência das denúncias e pela configuração das infrações contra a ordem econômica, em violação aos art. 20 e 21 da Lei nº 8.884/1994 (LDC vigente à época).

A representante Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA) apresentou, dentre outros argumentos, parecer econômico elaborado pela LCA Consultores a respeito dos efeitos anticoncorrenciais da atuação do ECAD. No parecer, apontou a inadequação do argumento de criação de poder compensatório (em razão da prática concertada de negociação de preços entre as associações). Primeiramente porque não há viabilidade da atuação coordenada dos usuários, já que são de setores diversos. Em segundo lugar, não há margem para negociação entre as partes, porquanto usuários são forçados a adquirir os serviços para se manterem em operação:

No caso do mercado em análise, o argumento da criação de poder de mercado compensatório tampouco se sustenta. Primeiramente, cabe destacar que os usuários são de vários setores, em grande número e pulverizados; são os bares, casas noturnas, cinemas, teatros, rádios, emissoras de TV, empresas de TV por assinatura, hospitais, academias, entre outros. Esta característica inviabiliza a atuação coordenada entre eles. Em segundo lugar, muitos usuários necessitam da execução pública de obras musicais para exercerem suas atividades, por isso são forçados a adquirir o serviço para se manter em operação. Ambas as características contribuem para reduzir drasticamente a possibilidade de haver um poder de compra dos usuários frente às SGCs. Adicionalmente, mesmo que houvesse algum poder de compra localizado, o estabelecimento de qualquer acordo que criasse poder de mercado pelas SGCs

³⁵⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83**. Representante: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA). Representados: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), União Brasileira de Compositores (UBC), Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (SOCIMPRO), Associação Brasileira de Música e Artes (ABRAMUS), Associação de Músicos Arranjadores e Regentes (AMAR), Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música (SBIFEM) e Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (SIGAM). Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça. Brasília, 20 mar. 2013.

³⁶⁰ São elas: União Brasileira de Compositores (UBC), Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (SOCINPRO), Associação Brasileira de Música e Artes (ABRAMUS), Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes (AMAR), Sociedade Brasileira de Autores Compositores e Escritores de Música (SBACEM) e Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (SICAM).

prejudicaria um elevado número de usuários de forma injustificada. Este resultado ocorreria porque o poder de mercado gerado (pretensamente compensatório) não seria apenas utilizado contra os detentores de suposto poder de compra, mas também frente aos usuários pulverizados, que seriam prejudicados.³⁶¹

A representante também trouxe aos autos o Relatório Final da CPI do Senado³⁶² que investigou irregularidades praticadas pelo ECAD (Requerimento no 547, de 2011 - SF). No documento, em entrevista com o então Secretário de Direito Econômico, Vinícius Carvalho, pelo Senador Lindbergh Farias, sobre formação de cartel pelo ECAD e Associados, o tema do poder compensatório foi discorrido com atenção para o cuidado com a criação de poder compensatório maior que aquele pré-existente:

Se o Senhor me permitir uma pequena digressão, Senador, a gente tem, no Brasil, uma série de situações - isso às vezes acontece com profissões -, em que, do lado de lá, com quem se negocia, tem-se um poder econômico consolidado ou grandes empresas e, do lado de cá, tem-se profissionais, autônomos; enfim, com os músicos acontece isso. É claro que há um poder diferenciado de negociação. Agora, na medida em que você permite a constituição das associações e essa negociação ser feita a partir das associações, ou seja, num sistema de livre mercado, o músico deveria negociar sozinho, mas como a gente está falando que isso aqui é diferente, um sistema de livre mercado tem falhas, tem uma relação de poder desbalanceada, então, é claro, que as associações são importantes. O que importa mais não é quantas pessoas eu tenho na associação, quantos músicos estão na associação. O que importa é que o preço não seja imposto, porque esse poder compensatório não pode virar para o outro lado. Não adianta, para compensar um poder, do ponto de vista econômico, criar um poder maior ainda. Então é disso que, no fim, a gente está falando. Isso vale para qualquer cadeia produtiva.³⁶³

Em resposta, o ECAD apresentou Nota técnica elaborada pelo economista Gesner Oliveira contrapondo argumentos trazidos no parecer ofertado pela representante ABAT. Nele,

³⁶¹ SEI 0032539, p. 105 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83**. Representante: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA) Representados: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), União Brasileira de Compositores (UBC), Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (SOCIMPRO), Associação Brasileira de Música e Artes (ABRAMUS), Associação de Músicos Arranjadores e Regentes (AMAR), Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música (SBIFEM) e Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (SIGAM). Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça. Brasília, 20 mar. 2013.

³⁶² Presidente: Senador Randolfe Rodrigues (PSOL/AP); Vice-Presidente: Senador Ciro Nogueira (PP/PI); Relator: Senador Lindbergh Farias (PT/RJ).

³⁶³ SEI 0032542, p. 442-443 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83**. Representante: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA). Representados: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), União Brasileira de Compositores (UBC), Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (SOCIMPRO), Associação Brasileira de Música e Artes (ABRAMUS), Associação de Músicos Arranjadores e Regentes (AMAR), Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música (SBIFEM) e Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (SIGAM). Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça. Brasília, 20 mar. 2013.

apresentou debate sobre poder compensatório e desproteção da cultura, e discutiu o argumento trazido pelo parecer da LCA de que o mercado de usuários de música não teria qualquer poder de mercado frente aos detentores de direitos autorais. Defendeu que “determinados segmentos de usuários de obras musicais são bastante concentrados e seus atores tem elevado poder de barganha, o que justifica um mecanismo compensatório”, e que a “ausência de um mecanismo de equalização do poder de barganha dos artistas representa forte desincentivo à geração de cultura”³⁶⁴.

O parecer apontou divergência em relação àquele trazido pela LCA, observando que não existiria assimetria na relação de barganha entre artistas e usuários, apontando falta de distinção entre as diversas categorias de consumidores. No caso, ao contrário, a ECAD seria um garantidor dos direitos dos artistas com baixo poder de barganha frente a veículos de mídia de alta concentração.

De acordo com o parecer, usuários do ECAD decorrem de segmentos pulverizados como bares, restaurantes, casas de show, etc., e outros menos pulverizados, como TVs abertas e por assinatura, cinema e internet. Sustentou que os últimos segmentos são de grande concentração, o que aumenta substancialmente o poder de barganha dos clientes – concluindo que um dos lados da negociação de direitos autorais tem estrutura de mercado bastante concentrada, e para isso é indispensável um mecanismo compensatório que possibilite a negociação adequada do valor a ser pago pelos usuários aos detentores dos direitos autorais. Questionou, portanto, se a solução proposta pela LCA assegura aos detentores de direitos autorais uma remuneração justa. E, por fim, defendeu que a atuação do ECAD beneficia artistas e consumidores, e que reduzir o poder de barganha dos artistas representaria risco à sua adequada remuneração e prejuízo à cultura.

Por outro lado, a Associação Brasileira de Radiofusores (ABRA), na qualidade de terceira interessada, manifestou-se em alegações finais sobre a nota técnica do Ministério da Cultura e seus argumentos acolhidos no parecer do MPF pelo arquivamento do processo: não procede argumento apresentado pelo ECAD e no parecer GO Associados de que o modelo brasileiro de gestão coletiva de direitos autorais serviria para neutralizar o poder compensatório dos usuários, especialmente das TVs abertas e por assinatura. Defendeu que não há hipossuficiência, e se há um poder a ser compensado seria o das editoras e gravadoras – usuários

³⁶⁴ BRASIL, *ibidem*.

não tem poder de compra em relação ao ECAD, que seriam forçados a adquirir serviços para se manterem em operação:

62. Também não procede o argumento apresentado pelo ECAD e\ desenvolvido no parecer de GO Associados no sentido de que o modelo brasileiro de gestão coletiva de direitos autorais serviria para neutralizar o poder compensatório dos usuários, em especial as TV,s abertas e por assinatura`. 63. Em primeiro lugar, há um equívoco conceitual na presunção de que esse modelo substitui as negociações individuais. A LDA deixa claro que isso não ocorre, como já exaustivamente mencionado (itens 17 e 31) 64. Em segundo lugar, se há algum poder a ser contraposto - segundo os 1 critérios de elevada concentração e porte estabelecidos pela GO Associados - e o das editoras e gravadoras. 65 O poder de compra, no entanto, não está associado apenas a concentração do mercado e ao porte dos players, mas também e principalmente à capacidade de exercício de poder de mercado, que decorre da independência e daí possibilidade de escolha, aspectos que não se verificam com relação aos usuários dos bens administrados pelo ECAD. 66 Os usuários não têm poder de compra em relação ao ECAD, pois, como bem colocado no Parecer da LCA, eles "são de diversos setores, em grande número e pulverizados, muitos usuários necessitam das obras musicais para exercerem suas atividades, por isso são forçados a adquirir o serviços para se manter em operação".³⁶⁵

Em seu voto, o conselheiro relator entendeu que o ECAD agiu para além das suas atribuições determinadas pela Lei de Direitos Autorais, ao fixar valores conjuntamente a serem cobrados pela execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas. Além disso, previa em seu estatuto requisitos abusivos para o credenciamento de novas associações:

Conforme demonstrado por intermédio das atas de reunião e das tabelas de preços do ECAD, a fixação de preço dos direitos autorais se dá com base em assembleia geral, em que estão presentes o ECAD e todas as associações efetivas. [...] A fixação unificada desses valores confere aos Representados um poder de mercado muito grande, permitindo a adoção de critérios abusivos para a cobrança de valores, haja vista a inexistência de poder de barganha do Autor das obras, bem como dos usuários que ficam obrigados a utilizar da *blanket license* [...]. Sendo assim, como restou demonstrado durante o voto, entendo que o efeito líquido do cartel é negativo e que não há poder compensatório que o possa minimizar.³⁶⁶

³⁶⁵ SEI 0032547, p. 26 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83**. Representante: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA). Representados: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), União Brasileira de Compositores (UBC), Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (SOCIMPRO), Associação Brasileira de Música e Artes (ABRAMUS), Associação de Músicos Arranjadores e Regentes (AMAR), Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música (SBIFEM) e Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (SIGAM). Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça. Brasília, 20 mar. 2013.

³⁶⁶ SEI 0032549, p. 120 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83**. Representante: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA). Representados: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) [...]. Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça. Brasília, 20 mar. 2013.

O relator sequer entrou na análise da tese do poder compensatório por entender existente efeito líquido negativo gerado pelo cartel, não havendo poder compensatório que o minimize. Explicou que a fixação unificada de valores por parte dos representados confere elevado poder de mercado e adoção de critérios abusivos na cobrança desses valores pelo baixo poder de barganha dos autores e dos usuários.

O Tribunal, por unanimidade, votou pela condenação de todos os representados por formação de cartel através da imposição ilegal de tabela unificada de preços, e abuso de posição dominante em razão da criação de barreiras à entrada de novas associações no mercado. A conselheira Ana Frazão e o conselheiro Marcos Paulo Veríssimo divergiram quanto à tipificação das condutas e à imposição de sanções comportamentais. Ao final, a soma da multa aplicada aos representados foi de aproximadamente R\$ 38 milhões de reais.

Em que pese o Tribunal não levar adiante a discussão sobre a tese do poder compensatório, o tema serviu como pano de fundo para a instrução, e por isso foi também analisado.

3.2.1.1.9 Processo Administrativo nº 08012.005669/2002-31

O Processo Administrativo 08012.005669/2002-31³⁶⁷ cuidou da análise de condutas concertadas praticadas pela Associação Nacional de Transporte de Veículos (ANTV) e pelo Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Microempresas de Transporte Rodoviário de Veículos (SINDICAM). As condutas anticompetitivas investigadas consistiram na imposição pela ANTV de serviço de transporte às empresas filiadas por meio de, por exemplo, elaboração de tabela de preços excessivos e divisão de mercado para a distribuição de rotas exclusivas de transportes de veículos novos.

Além disso, as requerentes teriam estabelecido conluio em benefício das empresas a elas filiadas, impondo condições da prestação do serviço de transporte às transportadoras e aos caminhoneiros autônomos (cegonheiros), os quais deveriam concorrer entre si. Tais práticas culminariam num fechamento bilateral do mercado e na barreira à entrada de novas empresas na prestação de serviço de transporte de veículos.

³⁶⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005669/2002-31**. Representante: Ministério Público Federal/RS, Representadas: Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos - ANTV; Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Microempresas de Transporte Rodoviário de Veículos - SINDICAM. Relator: Conselheiro Luis Fernando Schuartz. Brasília, 21 nov. 2007.

O conselheiro relator Luís Fernando Schuartz ponderou se as provas apresentadas nos autos estariam de acordo com o padrão probatório requerido para a condenação de uma infração à ordem econômica, diferenciando a prova de uma infração em razão do objeto daquela em razão dos efeitos esperados da conduta.

A menção, ainda que rasa, ao poder compensatório, está presente na defesa das representadas, bem como no voto do conselheiro relator ao tratar da prática de “negociação coletiva dos valores de fretes entre ANTV e as empresas montadoras” ou suas representantes. No que se refere aos referenciais que orientaram as negociações individuais dos preços dos serviços prestados pelos operadores logísticos e transporte às montadoras, o relator entendeu que o caráter infrativo não é *per se*, sendo questionável pela eficiência gerada da eventual necessidade de coordenação de decisões, permitindo redução de custos socialmente desejáveis.

De acordo com a defesa da ANTV, o modelo de divisão de mercado traria vantagens logísticas às operadoras filiadas a ela e eficiência na velocidade de atendimento às concessionárias de todas as regiões do Brasil, sem ter no cerne da conduta o objeto de produção de efeitos anticompetitivos no mercado relevante afetado:

178. Atualmente, o sistema funciona com base em negociações coletivas de preços que atendem duas características dessas transações. Primeiro, existe um oligopsonio com elevado poder de barganha. **Como mostra a literatura econômica, nesse caso, a fragmentação da oferta levaria a ineficiências de ordem alocativa. A negociação por meio de uma associação, melhora o poder de barganha das transportadoras, com ganhos potenciais de eficiência, e compensa o poder de mercado detido pelas montadoras**, como visto acima. Segundo, como as transportadoras operam com ativos especializados e específicos estão altamente expostas ao comportamento oportunista de seu contratante. Essa pressão é feita na negociação e está refletida na realidade dos fatos. O preço do frete apresenta redução na última década.³⁶⁸

A defesa, com base no argumento acima, pontuou que a ANTV não tem poder de mercado e que o fato de as negociações dos valores dos fretes serem feitas conjuntamente com montadoras e concessionárias não traz dano à concorrência. Para a representada, a coordenação no setor, além de ser inevitável, é benéfica para economia. Alegaram ainda que a participação em grupo nas negociações com as montadoras não confere às transportadoras poder para impor preço.

³⁶⁸ Defesa da ANTV. SEI 0319158, p. 219 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.005669/2002-31. Representante: Ministério Público Federal/RS Representadas: Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos - ANTV; Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Microempresas de Transporte Rodoviário de Veículos - SINDICAM. Relator: Conselheiro Luis Fernando Schuartz. Brasília, 21 nov. 2007.

O Conselheiro relator rechaçou o argumento da defesa de conferir à associação natureza de *joint venture*, sendo injustificável sob o ponto de vista de eficiência a negociação conjunta de preços pelas transportadoras filiadas à ANTV. Entretanto, entendeu razoável considerar os ganhos de eficiência advindos da necessidade de coordenação dos agentes associados à consolidação de cargas.

Para ele, com base nos argumentos trazidos pelos pareceres dos professores Afonso Arinos e Rui Santacruz na defesa da representada ANTV, a racionalidade econômica das condutas seria defensável, pois a redução de custos de serviço de transporte se refletiria na redução do preço final dos consumidores³⁶⁹. Destacou que a coordenação e a negociação conjunta de preços entre as montadoras e os operadores logísticos viabilizariam economias de custo:

113. Essa necessidade de aproveitamento de ganhos de eficiência explica, em segundo lugar, certos padrões de comportamento dos agentes envolvidos nessa complexa relação de mercado, tais como a manutenção, por parte dos operadores logísticos, de um mix de caminhoneiros próprios e autônomos enquanto estratégia voltada à redução dos riscos associados a flutuações na demanda por serviços e à captura dos ganhos decorrentes da "especialização" adquirida pelos caminhoneiros com respeito a determinadas rotas 58, e, sobretudo, a prática da consolidação de cargas, i. e., do embarque no mesmo caminhão dos veículos de várias montadoras para transporte ao longo da mesma rota. A realização das economias de custo viabilizadas por essa prática exigem algum grau de coordenação entre os agentes envolvidos e serviriam para sustentar, de acordo com o parecer técnico do Prof. Afonso Arinos, até mesmo a negociação conjunta de preços entre montadoras e operadores logísticos, na medida em que caberia reconhecer à associação de operadores a natureza de uma *joint venture*.³⁷⁰

O conselheiro vislumbrou eficiências advindas da negociação coletiva de preços, razão pela qual defendeu que a conduta não seria caracterizada como um cartel, e sua análise deveria se dar pela regra da razão, comportamento desejável pelos efeitos econômicos esperados. Citou

³⁶⁹ “Quando as empresas de logística de transporte definem as rotas a serem percorridas pelos caminhões, procuram, portanto, maximizar o número de quilômetros que cada veículo embarcado no caminhão percorre. Quanto maior a distância que o caminhão viaja com capacidade ociosa ao longo do trajeto de entrega dos veículos, mais distante estar-se-á de seu uso eficiente. Por isso, considerando-se a situação normal no transporte de veículos 4 novos, em que não existe carga de retorno, a rota ideal, no sentido de se obter o uso mais intensivo do caminhão, seria uma em que todos os veículos embarcados nas instalações da montadora são entregues de uma só vez em um único ponto de destino. Nesse caso, o caminhão viajaria completamente lotado ao longo de todo o trajeto, obtendo-se menor custo por veículo transportado”. SEI 0319158, p. 227 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005669/2002-31**. Representante: Ministério Público Federal/RS Representadas: Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos - ANTV; Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Microempresas de Transporte Rodoviário de Veículos - SINDICAM. Relator: Conselheiro Luis Fernando Schuartz. Brasília, 21 nov. 2007.

³⁷⁰ SEI 0319158, p. 229 em BRASIL, *ibidem*.

manifestações prévias da SEAE e SDE, na Representação nº 198/93, as quais defenderam a licitude dos mecanismos de negociação dos valores dos fretes vigentes à época. Tal negociação seria benéfica, inclusive, para montadoras e concessionárias, pois evitaria custos associados a negociações e a ações oportunistas pelos fornecedores. Contudo, admitir a coordenação entre as políticas de preços dos operadores logísticos seria ir longe demais.

No entanto, em nota de rodapé, reafirmou a invalidade do argumento do poder compensatório como defesa das práticas concertadas de negociação conjunta pela ANTV do frete em nome das suas integrantes para fazer frente ao poder de barganha das montadoras, tendo em vista sua inaplicabilidade frente a acordos de fixação de preços entre concorrentes:

Em meu voto-vista proferido no âmbito do processo administrativo nº 08012.007042/2001-33, manifestei-me expressamente no sentido de que "mesmo as eventuais assimetrias de poder de negociação entre médicos e os 'grandes planos de saúde' não são suficientes para legitimar ações concertadas por parte dos primeiros quanto à fixação dos preços cobrados pela prestação de seus serviços". No referido voto-vista, observei que "se for o caso de os médicos individualmente considerados estarem rendidos ao poder de monopólio dos planos de saúde (algo a se verificar empiricamente e não, se assumir a priori), e se isso vier a afetar negativamente a quantidade ou qualidade dos serviços prestados para o consumidor final, então o único remédio consistente com a legislação antitruste é punir o exercício do poder de monopólio (enquanto caso particular de exercício de poder de mercado), e jamais incentivar, ou pior: reconhecer imunidade, a condutas concertadas por parte dos médicos.³⁷¹

Concluiu que a negociação conjunta de preços relativos à prestação de serviços de logística de transporte e/ou transporte de veículos novos entre montadoras, operadores logísticos de transporte de veículos novos e prestadores de serviços de transportes de veículos novos viola a livre concorrência. No entanto, não foram demonstradas provas inequívocas da conduta.

Ao final, decidi pelo arquivamento do processo por entender que os elementos de prova apresentados pela SDE para sustentar a condenação foram insuficientes, sendo frágeis as provas coletadas; bem como pela inconsciência econômica de uma condenação. O Tribunal, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo administrativo, nos termos do voto do conselheiro relator.

³⁷¹ SEI 0319158, p. 233 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005669/2002-31**. Representante: Ministério Público Federal/RS Representadas: Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos - ANTV; Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Microempresas de Transporte Rodoviário de Veículos - SINDICAM. Relator: Conselheiro Luis Fernando Schuartz. Brasília, 21 nov. 2007.

3.2.1.1.10 Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51

O Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51³⁷² cuidou da investigação de supostas condutas anticompetitivas praticadas por distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP) no Estado do Pará. Entre as condutas incorridas estavam formação de cartel, fixação de preço de revenda, recusa de venda a outros distribuidores, acordo de exclusividade e distribuição de GLP para revendedores clandestinos.

Ao tratar da definição e análise da conduta de cartel, a conselheira relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt conceituou cartéis *hard core* como aquelas condutas cujo objetivo seria unicamente o aumento de lucro dos agentes pertencentes ao conluio, através da fixação de preço ou quantidade de determinado bem ou serviço, divisão de mercado relevante, ou fraude em licitações públicas. Segundo a conselheira, a justificativa para essa conduta ser um ilícito *per se* está no fato de não gerar qualquer eficiência econômica à sociedade.

Em seguida, ao diferenciar cartéis *hard core* (aqueles, portanto, que podem ser tipificados pelo inciso I, parágrafo 3º, artigo 36 da Lei nº 12.529/11) dos cartéis *softs* (termo utilizado para contrapor *hard*), ponderou que, ao contrário dos *hard core*, os cartéis *softs* podem gerar algum tipo de eficiência com a prática do ato ilícito, sendo o poder compensatório um exemplo possível de eficiência gerada com a prática:

Diferentemente do cartel *hard core*, esses *cartéis soft* podem ter diversas outras estratégias, muitas vezes não previstas na literatura econômica e que **podem apresentar algum tipo de eficiência** no ato ilícito, como, por exemplo, apresentar **poder compensatório**, um tipo de eficiência. A motivação pode advir, por exemplo, do desejo de diminuir a assimetria de informação entre um grande número de ofertantes em um determinado mercado, o que foge ao “espírito” dos mercados concentrados, oligopolizados do *hard core*.³⁷³

A relatora defendeu que a análise de cartéis *softs* deve ser feita pela regra da razão, já que há possibilidade de a conduta gerar eficiências, portanto seria razoável ponderar seus custos

³⁷² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51**. Representados: Liquegás Distribuidora S/A (ex-Tropigas), Supergasbras (ex-Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda) e Paragás Distribuidora Ltda. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, 07 dez. 2016.

³⁷³ SEI 0281059 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51**. Representados: Liquegás Distribuidora S/A (ex-Tropigas), Supergasbras (ex-Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda) e Paragás Distribuidora Ltda. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, 07 dez. 2016.

e benefícios, como por exemplo quando há existência de criação de poder compensatório: “No caso da ação de associações de classe ou de sindicatos, estas podem querer compensar um poder de mercado pré-existente, gerando, talvez, alguma eficiência. É preciso que o caso, assim, seja analisado pela regra da razão”³⁷⁴. Sendo assim, uma ação coordenada que não se trate de cartel *hard core* deve passar pelo crivo da regra da razão.

A conselheira também discriminou, em seu voto, alguns pontos a serem considerados na análise de imposição de tabelamento de preços por associações de classe ou de sindicatos, para conferir à conduta cunho prejudicial ou não a concorrência. Com base nos recentes votos dos Conselheiros Márcio Oliveira Junior e João Paulo de Resende, a conselheira também destacou a possibilidade da existência do poder compensatório como um tipo de eficiência a ser considerada, para contrapor poder de barganha pré-existente da outra parte. Nessa linha de entendimento, destacou os seguintes processos administrativos: PA nº 08012.003706/2000-98 (COOTES /COOPERCIGES); PA nº 08012.010470/2005-77 (Cardiotórax); PA nº 08012.010187/2004-64 (Hospital Renascentista); PA nº 08012.001020/2003-21 (Hospitais Campina Grande); e PA nº 08012.012217/2007-10 (cooperativas CE).

Ao final do julgamento, o Tribunal, por maioria, condenou a representada Paragás Distribuidora Ltda. ao pagamento de multa no valor de aproximadamente R\$ 38,7 milhões. As demais representadas, Liquigás Distribuidora S/A e Supergasbrás Energia Ltda., tiveram seus processos suspensos ao celebrarem Termos de Compromisso de Cessação (TCC) com o CADE.

3.2.1.1.11 Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94

Trata-se do processo administrativo³⁷⁵ iniciado pela representação formulada pela E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. contra a Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (chamados aqui apenas de “Google”) em 2011, por abuso de posição dominante no mercado relevante de busca para favorecer o seu produto lançado no mercado relevante de comparadores de preços online, o chamado caso Google Shopping.

A breve menção ao termo poder compensatório se deu primeiramente no Parecer jurídico 10 da ProCade³⁷⁶ que, ao analisar a investigação das representadas em outras

³⁷⁴ SEI 0281059 em BRASIL, *ibidem*.

³⁷⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Brasília, 26 jun. 2019.

³⁷⁶ SEI 0582654 em BRASIL, *ibidem*.

jurisdições, fez referência à investigação do caso pela Comissão Europeia. A autoridade antitruste europeia apontou que

[...] o Google possui posição dominante nos diversos mercados nacionais europeus de busca geral, com altas participações de mercado em ambientes com altas barreiras à expansão e entrada, infrequência de troca de fornecedor, relevante efeito de marca e ausência de poder compensatório.³⁷⁷

A ProCade sugeriu ao Tribunal o arquivamento do processo administrativo por não observar indícios suficientes de cometimento de infração contra a ordem econômica.

O termo poder compensatório também é citado pela representante do MPF junto ao Cade, Samantha Dobrowolski, no Parecer do MPF 16 que, ao avaliar a posição dominante e o potencial da conduta de afetar a concorrência, atentou-se para fatores que podem influenciar no poder de mercado de um agente dominante, citando como exemplo o poder compensatório do ponto de vista dos clientes:

Já quanto à substituíbilidade e ao poder compensatório, verificou-se que é possível o uso de outras plataformas de busca pelos usuários ou anunciantes, como, por exemplo, a Bing (buscador da Microsoft); porém, considerando o histórico de dominância do Google, um concorrente precisa de significativas vantagens competitivas para contrariá-lo.³⁷⁸

A procuradora concluiu que a posição dominante da Google poderia influenciar o mercado e afetar concorrentes e clientes. Ao final, opinou pelo arquivamento do Processo Administrativo por ausência de provas suficientes de efeitos anticompetitivos efetivos no mercado em foco.

O conselheiro relator Maurício Bandeira Maia analisou as investigações contra o Google em outras jurisdições e, em relação ao espaço econômico europeu, apenas citou que a representada possui posição dominante nos diversos mercados nacionais de busca geral “com altas participações de mercado em ambientes com altas barreiras à expansão e entrada, relevante efeito de marca e ausência de poder compensatório”³⁷⁹.

³⁷⁷ SEI 0582654 em BRASIL, *ibidem*.

³⁷⁸ SEI 0621037 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Brasília, 26 jun. 2019.

³⁷⁹ SEI 0632170 em BRASIL, *ibidem*.

No julgamento, os votos não entraram na discussão da tese de poder compensatório. O Tribunal do CADE, por maioria, determinou o arquivamento de processo nos termos do voto do conselheiro relator, justificando-se pela verificação de eficiências e na falta de comprovação de efeitos das condutas imputadas ao Google. Os conselheiros Paulo Burnier, João Paulo de Resende e Paula Azevedo votaram pela condenação e ficaram vencidos.

3.2.1.1.12 Processos Administrativos n° 087010.000729/2016-16, n° 08700.000738/2016-67 e n° 08700.000739/2016-10

Os Processos Administrativos n° 087010.000729/2016-16³⁸⁰, n° 08700.000738/2016-67³⁸¹ e n° 08700.000739/2016-10³⁸² tratam da formação de cartel no mercado de compra de suco de laranja para a produção de suco concentrado congelado (SLCC), iniciados com a denúncia da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Entre as representadas estavam Associação Brasileira dos Exportadores de Cítricos (ABECITRUS), Bascitrus Agroindústria S.A., Cambuhy Citrus, Cargill Agrícola S.A. (adquirida por Sucocítrico Cutrale Ltda. e Fischer S.A. Agroindústria), Citrosuco Paulista S.A. (sucédida por Fischer S.A. Agroindústria), Citrovita Agroindustrial Ltda. (hoje, também, pertencente à Fischer), Coinbra-Frutesp S.A., CTM Citrus S.A., Frutax Agrícola Ltda., Grupo Montecitrus, Sucocítrico Cutrale Ltda., e cerca de vinte pessoas físicas. Os processos contataram com celebração de acordo de leniência, TCCs e busca e apreensão.

No PA n° 087010.000729/2016-16, a Nota Técnica 93 da SG³⁸³ analisou o mercado sob o ponto de vista do poder de compra dos fabricantes de suco de laranja concentrado congelado. Uma das formas pelas quais uma empresa pode exercer seu poder de mercado é pelo poder de compra. Isso ocorre em mercados verticalmente relacionados, em que uma ou mais empresas

³⁸⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n° 087010.000729/2016-16**. Representante: Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Representadas: Associação Brasileira dos Exportadores de Cítricos (ABECITRUS) [...]. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 28 fev. 2018.

³⁸¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n° 08700.000738/2016-67**. Representante: Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Representadas: Antônio Carlos [...]. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 28 fev. 2018.

³⁸² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n° 08700.000739/2016-10**. Representante: Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Representadas: Guillain Patrice [...]. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 28 fev. 2018.

³⁸³ SEI 0381703 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n° 087010.000729/2016-16**. Representante: Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Representadas: Associação Brasileira dos Exportadores de Cítricos (ABECITRUS) [...]. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 28 fev. 2018.

compram insumo de fornecedores a fim de produzir seus produtos finais e vendê-los para o consumidor no mercado *downstream*, o que pode afetar os preços pagos a seus fornecedores, a depender de serem em muitos com pouco poder de mercado, ou em poucos com alto poder de mercado. Ou seja, a depender de como é o mercado *upstream*, o poder de compra pode se manifestar através do poder de barganha ou do poder de monopsonio. Assim, um comprador com muito poder de compra em relação aos fornecedores de insumos poderá interferir nos preços de mercado, obtendo os insumos a preços mais baixos, o que, aparentemente, pode ser benéfico para ambos os elos da cadeia produtiva, incluindo os consumidores finais que poderiam adquirir seus produtos a preços mais baixos.

No entanto, preços abaixo daqueles adquiridos em um mercado competitivo não caracterizam o único efeito de um monopsonio. Há que se observar que o monopsonista nessa condição adquire quantidade menor de produtos do que adquiriria se estivesse em um mercado competitivo, configurando assim um problema de peso morto análogo ao de um monopólio. Para concluir que uma empresa ou grupo de empresas com poder de monopsonio geram efeitos nocivos no mercado a jusante também é preciso analisar a existência de barreiras à entrada no mercado dos compradores de insumo e se as curvas de oferta são positivamente inclinadas. Em resumo, num mercado monopsonista, ao se comprar menos insumos, as empresas passarão a ofertar menor quantidade de produtos aos consumidores finais.

O poder de compra também pode ser observado pelo poder de barganha exercido pelas oligopsonistas. Se no mercado a jusante há também poucos fornecedores, tem-se uma barganha bilateral, sem imposição de nenhuma das partes. Entretanto, quanto maior a concorrência entre os fornecedores frente ao poder de compra dos oligopsonistas, menor será seu poder de barganha (contexto em que surge o poder compensatório).

O caso em questão não traz a discussão da tese do poder compensatório, no entanto traz como pano de fundo a discussão e a análise de mercados oligopsonistas, base para o entendimento da dinâmica do poder compensatório em face ao poder de compra no mercado oligopsonista. Neste processo administrativo, compradores do insumo (no caso, a laranja) supostamente atuavam de forma colusiva (ao dividir clientes, fixar preços e determinar a demanda), enquanto os produtores/fornecedores de laranja (no mercado a montante) não tinham posição significativa para se contraporem ao poder de compra das representadas. E, geralmente, é nesse contexto que surge o poder compensatório, embora a tese não tenha sido explorada aqui.

Segundo o voto do conselheiro relator, Paulo Burnier:

Diante dessas características, os citricultores possuem poder de barganha limitado e reduzido, visto a quantidade de produtores, a baixa diferenciação do produto e o tempo para o seu perecimento quando in natura. Além disso, a grande maioria da produção de laranja é destinada para a cadeia de suco de laranja concentrado, de modo que há uma interdependência entre os citricultores e os processadores.

Em contraste com a produção de laranja pulverizada, a indústria de processamento de SLCC é bastante concentrada e possui significativas barreiras de entrada, especialmente em relação ao maquinário e à infraestrutura de rede de distribuição do suco a granel congelado. Diante desse cenário de um produto homogêneo com poucos compradores, os processadores de SLCC possuem um significativo poder de compra em relação aos produtores de laranja, de forma que não são meros tomadores de preço, possuindo extenso poder de barganha e até mesmo de imposição de preços³⁸⁴.

O voto do relator foi pelo arquivamento dos processos, para alguns representados em vista do cumprimento de TCCs, para outros em decorrência de insuficiência probatória. O Tribunal seguiu por unanimidade o voto do conselheiro relator.

3.2.1.2 Poder compensatório no mercado de saúde suplementar

3.2.1.2.1 Metodologia de análise

O mercado de saúde suplementar possui especificidades as quais demandam certa flexibilidade ao tratar o tema do poder compensatório. Assim, o Tribunal vem tratando com maior cautela a aplicação da tese, considerando-a em diversos casos a análise da barganha coletiva pela regra da razão. As relações pré-existentes entre o elevado poder de compra das operadoras de planos de saúde e as cooperativas e associações de médicos são o grande pano de fundo para tal discussão.

A análise da assimetria de poder existente entre esses agentes econômicos foi incorporada aos votos de conselheiros a partir da apresentação da ideia do poder compensatório como forma de corroborar a atuação coordenada dos prestadores de serviços médicos.

Em certos casos, o Tribunal entendeu que a cooperação entre os profissionais da saúde respaldados por entidades de classes pode se contrapor ao poder de barganha das OPSs. Para melhor detalhar essa análise, o presente trabalho tratou o mercado de saúde suplementar em um item exclusivo, tendo em vista o maior número de casos em que a tese do poder compensatório

³⁸⁴ SEI 0447404 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 087010.000729/2016-16**. Representante: Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Representadas: Associação Brasileira dos Exportadores de Cítricos (ABECITRUS) [...]. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 28 fev. 2018.

foi desenvolvida, ainda que por vezes tenha se dado na tentativa de aplicação de tabelamento de preços de serviços médicos aos prestadores de serviços.

Para melhor compreensão dos processos julgados no âmbito do CADE, 55 foram selecionados para a análise, dentre os quais 41 mencionaram a tese do poder compensatório no mercado de saúde suplementar, ou seja, o mercado de saúde suplementar envolvendo a tese do poder compensatório equivale a aproximadamente 74,5% do total de casos analisados. Daí a importância de estudá-los separadamente.

3.2.1.2.2 Estudo do mercado de saúde suplementar com base nos casos selecionados

O setor de saúde suplementar apresentou, ao longo dos anos, uma diminuição do número de pequenas operadoras e um aumento das operadoras de planos de saúde de grande porte, o que resultou em maior concentração no setor, que é caracterizado pela assimetria de informação entre OPS, prestadores de serviços e beneficiários, existência de externalidades difusas, risco de insolvência e crescente necessidade de intervenção do Estado³⁸⁵.

O novo marco regulatório também surgiu como um elemento a mais para contribuir para o aumento da concentração no setor, que elevou os custos das Operadoras de Planos de Saúde (OPS) e, embora tenha tentado proteger o consumidor, impediu que médicos pudessem oferecer seus serviços sem a intermediação de uma operadora.

Dito isso, é possível perceber um significativo aumento de atos de concentração econômica por meio de fusões e aquisições de empresas atuantes no mesmo setor, ou até mesmo de aquisições verticais, facilitando o exercício de poder de mercado pelas OPS.

Destarte, o setor de saúde suplementar é frequentemente alvo de processos administrativos no CADE, muito em decorrência da assimetria de poder existente entre prestadores de serviços médicos e operadoras de planos de saúde (OPSs), devido à alta concentração no mercado de saúde suplementar no Brasil. Os problemas apresentados à autoridade antitruste giram em torno da coordenação entre concorrentes para a prestação de serviços médicos com objetivo de negociar com operadoras preços e condições de contrato.

³⁸⁵ ALMEIDA, Silvia Fagá de; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Cooperativas Médicas: Ilícito Antitruste ou Ganho de Bem-Estar?. **Textos para Discussão**. Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, n. 263, jul 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6894>. Acesso em: 02 jun. 2022; e LIMA, Heloisa Helena Monteiro de. A tese do poder compensatório no mercado de saúde suplementar. **Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio**, v. 15, n. 1, 2008.

A assimetria de poder entre a classe médica e operadoras de planos de saúde é tamanha que incentivou a promulgação da Lei n. 13.003/2014³⁸⁶, a qual dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde para tornar obrigatória a existência de contratos escritos entre as operadoras e seus prestadores de serviços, determinando, entre outras medidas, o reajuste anual dos honorários médicos pelo valor previsto no contrato de credenciamento.

A discussão em relação ao poder compensatório no referido setor diz respeito aos limites que o Direito Antitruste pode e deve conferir às condutas e concentrações estabelecidas nesse mercado, especialmente diante da desigualdade de poder de mercado entre médicos e OPS. Os mercados analisados nesse contexto referem-se à prestação de serviços médicos e hospitalares, à produção e distribuição de medicamentos, à comercialização de planos de saúde, etc. Assim, especificamente no mercado de saúde suplementar, as situações mais comuns analisadas pelo CADE são aquelas em que prestadores de serviços médicos se reúnem coletivamente para se contrapor ao poder de mercado das OPSs, utilizando-se basicamente de fixação de preços mínimos, tabelas de honorários médicos e unimilitância.

Com efeito, em função da atividade regulatória no setor, bem como da existência de poder econômico das operadoras de planos de saúde, os efeitos da ação coordenada entre médicos visando ao equilíbrio da assimetria de poder na negociação com OPSs podem ser entendidos como criação de poder compensatório. Primeiramente porque existem efeitos deletérios do poder de mercado a ser mitigados³⁸⁷; em segundo lugar, pela interdependência entre os agentes na negociação, no caso entre prestadores de serviços organizados em cooperativas e operadoras de planos de saúde. Tal interdependência pode ser ilustrada na negociação entre as partes, “quando avaliados os autos dos processos em trâmite no CADE, oportunidade que são feitas propostas e contrapropostas entre esses agentes antes que se determine um acordo final”³⁸⁸.

Nos EUA, um projeto de lei (*Quality Health Coalition Act - H.R.1304*³⁸⁹) foi proposto por médicos, com objetivo de atingir isenção antitruste a ação concertada de médicos frente às

³⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 13.003, de 24 de julho de 2014**. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde [...]. Diário Oficial da União, 25 jun. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l13003.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

³⁸⁷ “Neste contexto, importante avaliar os impactos da regulação, uma vez que a intervenção governamental, assim como o poder compensatório, podem ser considerados como mecanismos de dirimir os efeitos deletérios deste poder de mercado detido pelas operadoras de plano de saúde”. ALMEIDA, *ibidem*, p. 116.

³⁸⁸ ALMEIDA, *ibidem*, p. 138.

³⁸⁹ EUA. 106th Congress (1999-2000). House Bill. **Quality Health-Care Coalition Act of 1999**, H.R.1304. Representative Tom Campbell. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/106th-congress/house-bill/1304>. Acesso em: 02 jun. 2022.

operadoras de planos de saúde, sob o argumento de que os preços mínimos fixados pelas operadoras levavam à redução da qualidade dos serviços prestados aos consumidores. O projeto foi rejeitado pelo Congresso por entender que o poder compensatório dos médicos resultaria no aumento dos custos das operadoras, e no preço do serviço aos consumidores finais. Entretanto, em alguns estados como Alaska, New Jersey e Texas, leis que autorizaram a barganha coletiva entre médicos foram aprovadas. Para o FTC, não havia necessidade de uma lei para autorizar o que já era admitido, ou seja, que médicos se associassem para discutir questões relacionadas ao exercício da sua profissão. No entanto, isso não reflete o exercício de uma negociação coletiva em pé de igualdade com as operadoras.

O fato é que a possibilidade de a ação concertada de médicos no mercado de saúde suplementar ser considerada como poder compensatório tem sido rechaçada pelas autoridades antitrustes mundo afora, sendo condenável pela defesa da concorrência brasileira:

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem sido incisivo em condenar entidades representativas das categorias que congregam profissionais liberais, seja pela adoção de tabelas de honorários, seja pela influência de conduta uniforme entre os prestadores. Dentre elas, as decisões relativas a serviços médicos e hospitalares ganham destaque. Segundo levantamento realizado pela Secretaria de Direito Econômico, de 1994 a 2008, 35% das condenações do CADE estavam relacionadas a negociações coletivas conduzidas por hospitais e entidades representativas da classe médica e à imposição de tabelas de honorários médicos. Para o CADE, o elevado poder de influência dessas organizações resultaria em preços mais elevados para os serviços médicos, levando ao aumento no custo do seguro pago pelo consumidor final.³⁹⁰

Desde os primeiros casos julgados no CADE sobre a ação concertada de prestadores de serviços médicos no mercado de saúde suplementar³⁹¹, a conduta colusiva de tabelamento de preços, entendida como ação coordenada com objetivo de impor preços determinados ao mercado, já constituía prova suficiente para configuração de infração contra à ordem econômica passível de condenação pela autoridade antitruste, inclusive com o entendimento de que esses arranjos configuram formação de cartel.

³⁹⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71**. Representantes: SDE *ex officio* e Instituto Municipal de Assistência à Saúde do Funcionalismo. Representados: Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira, Confederação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 jul. 2015. p. 10.

³⁹¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 53/92**. Relator: Conselheiro Carlos Eduardo Viera de Carvalho. Brasília, 14 dez. 1994; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 0061/1992**. Relatora: Conselheira Neide Terezinha Mallard. Brasília, 14 fev. 1996; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08000.011520/94-40**. Relator: Conselheiro Ruy Afonso de Santacruz Lima. Brasília, 14 out. 1998.

Desse modo, ainda que vacilante, a jurisprudência do CADE vinha se desenvolvendo no sentido de rejeitar a tese do poder compensatório aplicada nos casos de organização de médicos em associações, sociedades ou cooperativas em contraponto ao poder das tomadoras de serviços para negociarem fixação de preços mínimos e tabelas de honorários, pelo entendimento de que a ação coordenada desses concorrentes viola a livre concorrência. Isso fica evidente com o trecho do voto do conselheiro relator Thompson Andrade no Processo Administrativo nº 08012.007460/97-74³⁹², quando afirmou que condutas semelhantes à cartelização contra cooperativas de médicos já foram amplamente discutidas no Conselho e que “[...] o entendimento adotado nos processos administrativos nº 08000.008994/94-96; 08000.011520/94-11 e 08000.011521/94-40, firmou jurisprudência no sentido de coibir tal conduta, por ser, manifestamente, anticompetitiva”.

Um dos argumentos mais utilizados pelos órgãos de defesa da concorrência para corroborar a ilicitude dessas condutas, mais especificamente o tabelamento de honorários médicos, trata-se dos problemas de dupla margem³⁹³.

No Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33³⁹⁴, o Tribunal entendeu que a ação coordenada dos médicos poderia implicar aumento do custo para os consumidores (dupla margem), embora parte do Conselho tenha reconhecido assimetria entre as OPSs e os médicos, isso não seria suficiente para conceder imunidade à classe médica. Portanto, no caso, o argumento do poder compensatório não foi adotado diante das condutas concertadas entre os médicos, nem mesmo deve ser estendido a casos em que os envolvidos precisem confrontar-se com um poder de monopólio. No seu voto, o conselheiro Luis Fernando Schuartz alegou que:

[...] mesmo as eventuais assimetrias de poder de negociação entre médicos e os “grandes planos de saúde” não são suficientes para legitimar ações concertadas por

³⁹² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007460/1997-74**. Representante: Wladimir Vieira da Silva. Representadas: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas de Sergipe (Coopanest-Se) e Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia (Coopanest-Ba). Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Brasília, 27 set. 2000.

³⁹³ “A criação de poder de mercado dos médicos resulta em preços mais elevados de seus serviços e as operadoras repassam esse aumento de custo para o preço do seguro pago pelo consumidor final (resultado de dupla margem)”. ALMEIDA, Sílvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência**: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 140. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³⁹⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33**. Representante: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS (antigo Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde - CIEFAS). Representadas: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia (COOPANEST-BA), Cooperativa do Grupo Particular de Anestesia S/C Ltda. (GPA). Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Redator do acórdão: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 30 ago. 2006.

parte dos primeiros quanto à fixação dos preços cobrados pela prestação de seus serviços. Ainda que seja “compreensível”, a ação concertada de médicos “visando simplesmente a contrabalançar o poder de barganha dos planos de saúde” tenderia apenas a incrementar os custos para os consumidores finais.

Apesar de haver assimetria no mercado, a solução é pelo combate de monopólios, ou seja, reprimir condutas concertadas dos compradores. Nos EUA, o Department of Justice e o Federal Trade Commission, inclusive, rejeitaram a tese do poder compensatório no mercado de saúde, sob o fundamento de que legitimar a barganha coletiva do lado da oferta, no caso dos médicos, aumentaria os preços cobrados do consumidor sem garantia de melhor qualidade nos serviços prestados. Portanto, para os EUA, a solução seria evitar ações coordenadas ou concentrações que levassem ao abuso do poder de monopólio (solução *first-best*).

No entanto, o entendimento no sentido contrário diz que as consequências de se ignorar o poder compensatório podem ser graves pois, pela dificuldade de se implementar a solução *first-best*, pune-se o poder compensatório e preserva-se o poder original pré-existente. Além do que, condenar a conduta dos médicos sempre será mais fácil que condenar as operadoras de planos de saúde. Diante da disparidade de armas entre as partes, os prestadores de saúde precisam se valer de condutas mais incisivas para terem voz na barganha, o que não é percebido pela parte contrária.

Apesar disso, contratos entre as cooperativas médicas e seus cooperados são muitas vezes considerados como cartéis, devido às cláusulas de unimilitância, o que causa danos à competição³⁹⁵. Ainda, as autoridades de defesa da concorrência limitam-se a considerar somente a questão dos resultados de dupla margem, sem atentar para os efeitos positivos da coordenação entre médicos.

Nesse ponto vale citar o Processo Administrativo nº 08012.008060/2004-85³⁹⁶, que cuidou da investigação de condutas perpetradas pela Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas de Pernambuco (COOPANEST-PE), identificadas pela prática de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes através de acordo entre os profissionais

³⁹⁵ “A jurisprudência mostra que a condenação das cooperativas médicas ocorre independentemente da existência dessa cláusula de exclusividade. Existem casos em que este arranjo entre médicos é condenado somente por representar um acordo de preços entre concorrentes”. ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência**: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 143. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³⁹⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.008060/2004-85**. Representante: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Representada: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas de Pernambuco (COOPANEST-PE). Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 18 abr. 2007.

liberais para fixação de honorários, e por ameaça/boicote aos planos de saúde que não adotassem a tabela de honorários e procedimentos médicos (CBHPM) e condições impostas pela cooperativa.

A extinta SDE, durante a instrução, entendeu relevante analisar possível atuação de poder compensatório dos anestesistas como forma de contraposição ao poder de mercado detido pelos tomadores de serviços, a fim de se ponderar eventuais efeitos compensatórios advindos da negociação coletiva neste mercado, aduzindo:

34. Em que pese o poder de mercado supostamente detido pelos tomadores de serviços, nota-se que também as entidades representativas dos prestadores de serviços - nas quais se enquadram as cooperativas de especialidades médicas, tal como a Representada - são organizadas e detém substancial poder de representação, o que enseja a presunção da formação de um monopólio em contraposição ao oligopsônio dos tomadores de serviço. 35. Tradicionalmente, dentre os motivos que levam os prestadores de serviços autônomos na medicina à formação de uma cooperativa, está o intuito de diminuir a dependência dos prestadores de planos de saúde e a faculdade de livre formação) dos valores de seus honorários, conseguida por intermédio da atuação desvinculada dos operadores de planos de saúde que, sabidamente, determinam o valor dos honorários pagos aos prestadores de serviço filiados.³⁹⁷

No entanto, não foram vislumbradas eficiências decorrentes da prática investigada, condição fundamental para o exercício compensatório do poder de mercado criado, sendo constatados apenas efeitos líquidos negativos. A SDE emitiu parecer pela condenação da representada.

No Tribunal, o conselheiro relator Ricardo Villas Bôas Cueva votou pela condenação da COOPANEST-PE. Para ele, acordos entre fornecedores de serviços médicos devem ser analisados pelas suas possíveis eficiências, no entanto considerou a conduta da representada *per se*, por deter mais de 70% dos médicos anestesistas do estado de Pernambuco e por não implicar compartilhamento de riscos financeiros, portanto não apta a gerar eficiências.

Em voto-vista, o conselheiro Paulo Furquim avaliou a possibilidade de poder compensatório decorrente da conduta concertada dos médicos anestesistas, e concluiu pela inexistência, haja vista o poder da cooperativa de ultrapassar o poder pré-existente das OPSs, com possibilidade de extração ainda maior do excedente do consumidor. Furquim ainda

³⁹⁷ SEI 0048532, p. 89 em BRASIL, *ibidem*.

discordou da tese de duplo *mark-up* apresentada pela SDE³⁹⁸, uma vez que não há margem de monopólio dos planos de saúde e as partes se reconhecem como interdependentes.

No Processo Administrativo nº 08012.005004/2004-99³⁹⁹, instaurado para apurar possível formação de cartel de preços pelos representados, a Superintendência-Geral advertiu quanto à cartelização de hospitais, clínicas e laboratórios, ao afirmar que:

[...] se existe uma preocupação de cartelização de indivíduos médicos diante de operadoras de planos de saúde, essa preocupação deve ser ainda maior com relação a práticas coordenadas entre hospitais, clínicas e laboratórios, pessoas jurídicas de maior porte que meros indivíduos. Isto porque a relação entre as Operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços como hospitais, clínicas e laboratórios não condiz com o modelo de monopsonio clássico (no qual existe a figura de um único comprador, portanto detentor de grande poder de compra, e vários ofertantes do insumo sem poder de mercado), na maioria dos casos. Tal modelo não se aplica à relação que os planos de saúde possuem com tais prestadores. Observa-se que, na maioria dos casos em que operadoras negociam com prestadores de serviços hospitalares e laboratoriais, há uma situação de barganha bilateral e não de monopsonio.⁴⁰⁰

Frisa-se, nesse sentido, o recente entendimento extraído especificamente do voto vencido da conselheira Paula Farani de Azevedo, no Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-71⁴⁰¹, julgado em 2018, de que o poder compensatório não pode ser

³⁹⁸ “126. Considerando-se a particularidade desse mercado, em que figuram entes com elevada concentração de mercado em ambos os pólos, de acordo com a teoria econômica moderna, quando o monopolista upstream vende um fator para o monopolista downstream com preço acima do custo marginal, este último, em resposta, tende a elevar seu preço acima desse teto de custo, fenômeno intitulado pelos economistas de *markup duplo*32. Em casos como o presente, de acordo com VARIAN, ‘o preço não é alto demais apenas do ponto de vista social; é alto demais do ponto de vista da maximização dos lucros totais do monopólio’ 127. Suposta influência para a adoção de tabela uniforme de honorários médicos por parte da Representada poderá dificultar o funcionamento e o desenvolvimento não só das operadoras atingidas pelo movimento, mas também, em médio a longo prazo de grande parte ou de todas as operadoras em atuação no mercado. 128. Deveras, o que se deflagra é a absoluta ausência de incremento de eficiência decorrente da prática perpetrada - condição *sine qua non* para a configuração da característica, compensatória do exercício do poder de mercado -, mas ao contrário, são nítidos os efeitos líquidos negativos decorrentes dessa prática, dentre os quais saltam aos olhos as consequências negativas (*spillovers*) em mercados diferentes, como os consumidores e as demais operadoras em atuação no mercado”. SEI 0048532, p. 108 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.008060/2004-85**. Representante: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Representada: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas de Pernambuco (COOPANEST-PE). Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 18 abr. 2007.

³⁹⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005004/2004-99**. Representante: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS) e Associação dos Sistemas de Autogestão em Saúde Próprios de Empresas do Espírito Santo (ASASPEES). Representados: Hemoclínica Serviços de Hemoterapia S/S Ltda. (Hemoclínica); Hemoservice Serviço de Hemoterapia e hemoderivados Ltda. (Hemoservice); Clínica de Hematologia e Hemoterapia Ltda (Unihemo); Associação Brasileira de Bancos de Sague (ABBS); e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Brasília, 25 fev. 2012.

⁴⁰⁰ Nota Técnica nº 330 Superintendência-Geral, p. 15 em BRASIL, *ibidem*.

⁴⁰¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.000758/2003-71**. Representantes: Fundação de Seguridade Social (GEAP), Associação dos Sistemas de Autogestão em Saúde

utilizado com o fim de permitir ou relativizar práticas cartelizadas no mercado de saúde suplementar sob o fundamento de que tais ações concertadas justifiquem a compensação de falhas no mercado de saúde suplementar:

Em última instância, essa justificativa poderia figurar como um aval para a utilização generalizada de práticas cartelizantes sempre que se verificassem assimetrias de informação ou de barganha entre agentes, gerando efeitos graves para a concorrência no mercado. A permissividade da tese do poder compensatório com práticas cartelizantes acaba por motivar graves problemas concorrenciais sob pretexto de sanar outros, de modo que medidas regulatórias, a fim de atenuar as assimetrias entre os agentes no mercado de saúde suplementar, despontam como mais adequadas.⁴⁰²

O Conselho, portanto, construiu seu entendimento no sentido de punir essas práticas sem levar em consideração questões envolvendo simetria de poder econômico ou relacionadas ao grau de concentração do mercado, jamais reconhecendo imunidade a conduta concertada de médicos, em que pese entendimento contrário já tenha sido proferido pelo CADE, conforme será exposto a seguir.

Ao reconhecer assimetria de poder de barganha, o conselheiro relator Ricardo Villas Bôas Cueva entendeu, em seu voto no Processo Administrativo nº 08000.020294/1996-03, que as organizações entre médicos para melhor negociar com operadoras de saúde não são infrações antitruste, pois algum tipo de representação coletiva poderia resultar em ganhos para a sociedade na medida em que traria mais equilíbrio para as negociações:

[...] profissionais liberais podem organizar-se para negociar melhores condições de contratação com planos de saúde, devido à assimetria do poder de barganha [...]. Nesse sentido, tabelas de preços, desde que sejam fundamentalmente tabelas para orientação

Próprios de Empresas do Espírito Santo (ASASPE/ES), União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS), Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo (SINAMGE) e Saúde Assistência Médica. Representados: Associação de Hospitais, Clínicas e Prestadores de Serviços afins à área de Saúde do Espírito Santo (AHCES), Associação Médica do Estado do Espírito Santo (AMES), Conselho Regional de Medicina do Estado do Espírito Santo (CRM/ES), Sindicato dos Médicos do Espírito Santo (SIMES), Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito Santo (SINDHES), União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS), Centro Hospitalar Granmater Ltda., Hospital da Associação dos Funcionários Públicos do Espírito Santo (AFPES), Hospital Evangélico de Cachoeiro de Itapemirim (HECI), Hospital Evangélico de Vila Velha/Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense (HEVV/AEBES), Hospital Santa Mônica Ltda. (HSM), Hospital Meridional (Meridional), Hospital Metropolitano S.A., Hospital Praia da Costa Ltda., Casa de Saúde Santa Maria S.A., Maternidade Santa Paula Ltda., Hospital Santa Rita de Cassia Vitória/Associação Feminina Educação Combate Câncer – AFECC, Maternidade Santa Úrsula de Vitória Ltda., Casa de Saúde São Bernardo, Hospital e Maternidade São Francisco de Assis Ltda., Hospital São Luiz Ltda., Unimed Sul Capixaba Cooperativa de Trabalho Médico, Vitória Apart Hospital S.A. (VAH) e Arlindo Borges Pereira. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, 05 dez. 2018.

⁴⁰² Voto vencido Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira em BRASIL, *ibidem*.

de procedimentos, e os preços desses procedimentos sejam instrumentos de barganha das associações médicas, não são infração antitruste.⁴⁰³

O Conselheiro apontou que a tabela de procedimentos médicos poderia ser vista como pró-competitiva se utilizada como um referencial de remuneração dos serviços médicos pelos planos de saúde, e não como imposição de preços ou condutas uniformes aos médicos.

O Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33⁴⁰⁴, julgado em 2006, também trouxe por alguns conselheiros o reconhecimento da assimetria de poder entre as partes, compreendendo a organização entre os médicos como instrumento para aumentar seu poder de barganha frente ao poder das operadoras de planos de saúde, em que pese o CADE tenha decidido pela condenação dos representados no caso. Neste o conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva aduziu que a mera existência de empresas tomadoras de preço – no caso, os planos de saúde – com poder de mercado não é suficiente para autorizar a ação concertada de médicos (cooperativas) que, através da fixação de preços, impeça a competição no mercado. Para ele, é necessário verificar a potencialidade ou não de exercício de poder de mercado pelas cooperativas. Já para o conselheiro Paulo Furquim, a conduta uniforme pelas cooperativas seria admissível se existentes algumas condições⁴⁰⁵: assimetria entre as OPSs e prestadores de serviços, interdependência entre ofertantes e demandantes (ou seja, sem imposição unilateral

⁴⁰³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08000.020294/1996-03**. Representante: Associação Brasileira de Serviços de Saúde Próprios de Empresa - ABRASPE Representadas: Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Jales/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Adamantina/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Andradina/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Araras/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Araraquara/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Araçatuba/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Cruzeiro/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Fernandópolis/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Franca/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Jaú/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Lins/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Marília/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Piracicaba/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Penápolis/SP; Associação Médica de Goiás; Associação dos Laboratórios de Análise de Patologia Clínica da Região de Ribeirão Preto/SP; Sociedade de Medicina e Cirurgia de São José do Rio Preto; Sociedade Médica de Sergipe; Conselho Regional de Medicina do Estado de Sergipe; Sindicato dos Médicos do Estado de Sergipe; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Itepetininga/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Regional de Guarulhos; Sociedade de Medicina e Cirurgia de Campinas/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Barretos; Central Médica de Convênios de Santos/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Botucatu/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Ourinhos/SP; Associação Médica do Paraná; Associação Médica do Rio Grande do Norte; Associação dos Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal; Sindicato dos Médicos de Caxias do Sul/RS; Sociedade de Anestesiologia do Mato Grosso do Sul; Centro Médico Cearense; e Associação dos Médicos de Santos. Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 19 jul. 2006.

⁴⁰⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33**. Representante: Comitê de Integração de Entidades de Assistência à Saúde (CIEFAS). Representada: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia (COOPANEST/BA), Cooperativa do Grupo Particular de Anestesia S/C Ltda. (GPA). Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Redator do acórdão: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 30 ago. 2006.

⁴⁰⁵ Tais condições serão melhor exploradas adiante.

de poder de mercado), ausência de mecanismos de coação ou retaliação aos prestadores de serviços médicos, e ausência de evidências que comprove condições do exercício de poder de mercado por parte dos prestadores de serviços médicos.

Apesar da discordância dos conselheiros Cueva e Furquim, ambos concordam pela existência de problema concorrencial advinda de uma cooperativa de serviços médicos com poder de mercado desproporcional ou que imponha aos cooperados estratégias de boicote e retaliação, ou ainda que influencie a prática de condutas anticoncorrenciais entre os médicos dentro do setor. Pode-se aferir que, segundo o julgamento deste caso, a análise antitruste deve atender para o nível de concentração e para a forma como se dá a atuação das cooperativas, a fim de evitar que exerçam abuso do poder de mercado criado, com efeitos anticoncorrenciais sobre a coletividade, como aumento de preços ao consumidor decorrente da ausência de competição entre médicos ou falta de prestação de serviços. Não se deve avaliar, portanto, apenas a existência de uma tabela de preços médicos, mas também a dinâmica de negociação entre profissionais médicos, representados por entidades médicas, e operadoras de planos de saúde⁴⁰⁶.

Sob o ponto de vista jurídico, a aplicação da tese do poder compensatório no mercado de saúde suplementar pode ser entendida como excludente de ilicitude para alguns autores, desde que a conduta não seja abusiva e que seja realizada de forma proporcional e adequada para atingir os fins propostos com o poder compensatório. Ainda, a análise pelas autoridades da configuração de infração antitruste de ações concertadas entre médicos e seu impacto sobre o bem-estar do consumidor final não deve se reduzir à verificação de eficiências, mas deve considerar também a reprovabilidade da conduta.

Ressalta-se, contudo, que eventual abuso nas negociações coletivas não estará imune de condenação pelo órgão antitruste. Para isso, imprescindível retomar o voto do conselheiro Paulo Furquim no Processo Administrativo nº. 08012.007042/2001-33, quando defendeu que a uniformização de conduta comercial pelas cooperativas seria admissível se demonstrada a existência de três pressupostos específicos bastante restritivos:

⁴⁰⁶ Voto da Conselheira Ana Frazão em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005374/2002-64**. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS). Representado: Associação Médica da Paraíba, Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba, Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba, Academia Paraibana de Medicina e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas. Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Brasília, 15 out. 2014.

[...] a) existência de forte assimetria de negociação ex-ante e em desfavor daqueles que buscam se coordenar; b) que a coordenação horizontal resulte em uma mudança do padrão de negociação, de descentralizada para uma barganha bilateral; c) que aquilo que seria um ‘poder compensatório’ não inverta a relação de assimetria que é o pressuposto para a sua tolerância. Neste último ponto, é importante avaliar se a cooperativa ou entidade associativa não emprega estratégias de retaliação àqueles que não sigam o comportamento cooperativo, de coação de seus membros ou mecanismos voltados a restringir as possibilidades de concorrência por parte daqueles que ela pretende representar.⁴⁰⁷

O conselheiro Paulo Furquim ainda atentou para a assimetria nas negociações entre médicos e OPS, resultante no exercício do poder de monopólio destes, o que levaria à redução de prestação de serviço de qualidade aos beneficiários dos planos devido à baixa remuneração dos médicos. Por isso, a negociação coletiva proporcionaria maior equilíbrio entre as partes.

O Ato de Concentração nº 08012.010968/2008-82⁴⁰⁸ cuidou da aquisição da Maximagem pela DASA, aprovada pelo Conselho com restrições, sob o argumento de que geraria poder compensatório em relação as OPSs, que pressionariam os preços para baixo. O conselheiro relator Cesar Mattos analisou a existência de poder compensatório das Operadoras de Planos de Saúde (OPSs), já que este seria um dos principais argumentos da SEAE para aprovação da operação. Concluiu que “as preocupações com o exercício de poder de mercado decorrentes do ato notificado seriam mitigadas” e que “o poder compensatório dos planos de saúde relativamente aos laboratórios em uma localidade está significativamente condicionado pela escassez ou abundância da oferta de serviços”⁴⁰⁹.

O Ato de Concentração nº 08012.002520/2012-71⁴¹⁰ tratou da aquisição da Rede D’Or por participações societárias diretas e indiretas nas Sociedades Alvo pertencentes ao Grupo Nossa Senhora de Lourdes, no mercado de hospitais, serviços de apoio à medicina diagnóstica e de planos de saúde no município de São Paulo. A operação foi aprovada pelo CADE com restrição à adequação de cláusula de não-concorrência.

⁴⁰⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33**. Representante: Comitê de Integração de Entidades de Assistência à Saúde (CIEFAS). Representada: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia (COOPANEST/BA), Cooperativa do Grupo Particular de Anestesia S/C Ltda. (GPA). Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Redator do acórdão: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 30 ago. 2006.

⁴⁰⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.010968/2008-82**. Requerentes: Diagnósticos Da América S.A e Maxidiagnósticos Participações Ltda. Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos. Brasília, 03 nov. 2010.

⁴⁰⁹ SEI 0062966 em BRASIL, *ibidem*.

⁴¹⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.002520/2012-71**. Requerentes: Rede D’Or São Luiz S.A., Sinisgaili Administração e Participações S.A., Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Lourdes e outras. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Brasília, 18 dez. 2013.

No âmbito do processo, as requerentes, ao defenderem que a operação não gera preocupações concorrenciais, pontuaram que os mercados de serviços médico-hospitalares são bastante influenciados pelo poder de barganha das Operadoras de Planos de Saúde (OPS), que são responsáveis por quase a totalidade dos usuários de serviços hospitalares da rede privada. Ainda afirmaram que os preços praticados pelos hospitais são em larga medida determinados pelas OPSs, já que são detentoras de grande poder de mercado frente as negociações bilaterais que se estabelece com os hospitais.

No Processo Administrativo nº 012.006923/2002-18, o conselheiro Marcos Paulo Veríssimo defendeu que a divulgação de tabela de preços não configuraria uma infração *per se*, sendo possível afastar a presunção de ilicitude quando utilizada para realizar objeto lícito e razoável, como a compensação de poder de oligopsônio:

[...] tabelas sugestivas de preços divulgadas por associações comerciais submetem-se, sim, a um regime de presunção relativa de ilegalidade, em decorrência do texto literal dos artigos 20, caput e inciso 1, e 21, inciso II, da Lei n. 8.884/94, consistindo em conduta ilícita pelo próprio objeto; [...] Tudo isso não significa, evidentemente, que se trate de "infração per se", até porque essa expressão sequer existe na legislação nacional. Em outras palavras, não significa que se trate de presunção *iuris et de jure* de ilegalidade. Ao revés, essa presunção poderá ser afastada pela representada, em princípio, em ao menos duas situações: (i) caso ela consiga demonstrar, à vista das circunstâncias concretas e por sua própria conta, que a sugestão de preços foi concretamente auxiliar, acessória e estritamente proporcional a outro objeto lícito e razoável distinto do próprio alinhamento de preços, não se configurando em concreto, por isso, como uma conduta ilícita pelo próprio objeto, caso em que sua ilegalidade dependerá da análise de efeitos (isso pode ocorrer, v.g., em certas raras hipóteses em que a conduta sirva para compensar eventual poder de oligopsônio a jusante em mercados extremamente pulverizados a montante, desde que a isso se agreguem outras circunstâncias igualmente excepcionais), ou (ii) que, independentemente da ilicitude pelo próprio objeto, incidem no caso eficiências do tipo especificamente disciplinado pelos artigos 54 da Lei n. 8.884/94 e 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011, sendo ônus específico de quem alega esse tipo de defesa prová-la.⁴¹¹

No Processo Administrativo nº 08012.014463/2007-14⁴¹², para a conselheira Ana Frazão, a análise da ilicitude de tabelas médicas deve ser feita com muito cuidado e considerando a aplicação da tese do poder compensatório. A conselheira entende que a reprovabilidade da conduta pode ser afastada em casos de união entre agentes econômicos para

⁴¹¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 012.006923/2002-18**. Representante: SDE *ex officio*. Representada: Associação Brasileira de Agências de Viagem do Rio de Janeiro (ABAV/RJ). Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Brasília, 20 fev. 2013.

⁴¹² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.014463/2007-14**. Representante Laboratório Atalaia Ltda. Representados: Unimed Goiânia - Cooperativa de Trabalho Médico e Comitê de Integração das Entidades de Representação dos Médicos e dos Estabelecimentos Assistenciais de Saúde (CIER Saúde). Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Brasília, 22 jan. 2014.

compensar eventual assimetria de poder, e que não é possível assumir decisões apriorísticas sobre negociações coletivas, principalmente entre classe médica e OPSs.

Analizou práticas anticompetitivas referentes à negociação coletiva no mercado de prestação de serviços de apoio à medicina diagnóstica e terapêutica. Entre as condutas analisadas, estava a atuação conjunta dos associados do CIER-Saúde com o fim de impor obstáculos ou impedir que concorrentes não associados fossem credenciados pela Unimed Goiânia, e de direcionar a prática comercial uniforme dos laboratórios associados por negociação coletiva frente aos planos de saúde.

O entendimento do Conselho foi de que o representado CIER-Saúde (composto por entidades representativas de diversos segmentos de prestadores de serviços médicos), com base em evidências de que teria atuado de forma a auxiliar a ação coordenada em nome dos laboratórios a ele filiados, teria coordenado negociações coletivas com intuito de obter vantagens homogêneas para seus filiados, acabando com a concorrência entre as prestadoras de serviços filiadas, de modo que condições de preços e serviços ficariam subjugados a uma exigência uniforme determinada coletivamente. Além disso, a conduta teria efeitos sobre os consumidores semelhantes à de um cartel.

A negociação coletiva é uma conduta condenável pelo órgão antitruste quando entende que ações de entidades de classe atuam de modo a fomentar a uniformização de preços e de condições de prestação de serviços. A jurisprudência predominante entende que, ainda que os sindicatos sejam órgãos de classe destinados a defender os interesses de seus associados, não se pode admitir que essas instituições abusem de suas prerrogativas, adotando condutas colusivas, através de tabela de preços, imposição de condições, ou intermediação de negociações contratuais, diante do seu poder de barganha frente aos planos de saúde.

Sobre o tema, a conselheira Ana Frazão, em voto-vogal, trouxe ponderações acerca do debate das negociações coletivas relacionadas a planos de saúde serem anticoncorrenciais. Para a conselheira, “mesmo aquelas negociações coletivas que não estão expressamente previstas ou autorizadas por lei podem ser lícitas de acordo com o contexto, o objeto e as razões que as justificaram”⁴¹³.

⁴¹³ Voto-vogal da Conselheira Ana Frazão em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.014463/2007-14**. Representante Laboratório Atalaia Ltda. Representados: Unimed Goiânia - Cooperativa de Trabalho Médico e Comitê de Integração das Entidades de Representação dos Médicos e dos Estabelecimentos Assistenciais de Saúde (CIER Saúde). Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Brasília, 22 jan. 2014.

Ela defendeu que as negociações coletivas podem ser justificadas e lícitas a depender dos propósitos que as justifiquem. Apontou para a importância de uma análise aprofundada pelo órgão antitruste dos casos envolvendo negociação coletiva, a fim de avaliar se tal concentração tem o intuito de compensar eventual assimetria de poder e tornar a barganha mais equilibrada frente a um agente com maior poder de mercado, o que não necessariamente deve configurar um ilícito antitruste:

Principalmente no mercado de saúde, há inúmeras assimetrias de poder que, a meu ver, poderiam justificar, em determinadas circunstâncias, a união de determinados agentes econômicos. Essa união pode se concretizar para: fazer frente a outro agente econômico, detentor de maior poder, assim como para compensar as assimetrias do mercado. Faço tais ressalvas porque certamente iremos julgar casos em que o problema dê uma disparidade no poder de barganha venha a se tornar relevante e precise ser considerado na análise da licitude ou não das negociações coletivas. Nesse contexto, parece-me essencial, no mínimo, saber quem são esses agentes - se eles detêm personalidade jurídica, se possuem alguma competência legal para representação dos envolvidos na negociação - e saber qual o propósito da sua união, como, por exemplo, se a união ocorreu para compensar eventualmente uma manifesta falta de simetria entre os contratantes.⁴¹⁴

Registrada sua posição, a conselheira votou nos termos do voto do conselheiro-relator Ricardo Machado Ruiz, que condenou a CIER-Saúde pelo direcionamento de prática comercial uniforme por parte dos seus associados, com negociação conjunta por parte dos laboratórios associados frente aos planos de saúde. A decisão entendeu pela promoção de conduta colusiva, “que substituiu um modelo de concorrência entre laboratórios, clínicas e outros prestadores de serviços por outro modelo, em que as condições e preços dos serviços decorrem de uma exigência uniforme de um preço mais alto determinado coletivamente”⁴¹⁵.

No mesmo processo, o conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia também admitiu que “não era possível assumir posições apriorísticas a respeito de negociações coletivas, principalmente entre a classe médica e as OPSs”, e ainda registrou seu entendimento de que “a união de agentes econômicos para compensar eventual assimetria de poder poderia afastar a ilicitude da conduta, retomando as preocupações já expostas no voto do Conselheiro Paulo Furquim [...]”. Tal entendimento foi adotado por unanimidade pelo Conselho, que aplicou multa a representadas, com responsabilidade solidária às entidades que a compõem, no valor de R\$ 478.845,00 (quatrocentos e setenta e oito mil oitocentos e quarenta e cinco reais).

⁴¹⁴ Voto-vogal da Conselheira Ana Frazão em BRASIL, *ibidem*.

⁴¹⁵ BRASIL, *ibidem*.

Nos Atos de Concentração nº 08012.0013191/2010-22⁴¹⁶, nº 08012.008448/2011-61⁴¹⁷ e nº 08012.008447/2011-61⁴¹⁸, no mercado de prestação de serviços de apoio à medicina diagnóstica, envolvendo três operações entre empresas dos acionistas do Grupo Rede D'Or e Fleury, as requerentes afirmaram haver poder compensatório das OPSs. No caso, o conselheiro relator Márcio de Oliveira Junior afastou a aplicação da tese do poder compensatório como justificativa para aprovar com restrições operação no mercado de saúde suplementar, ao entender que não estariam presentes os requisitos necessários e suficientes para que o poder compensatório das OPSs impedisse os efeitos anticompetitivos em uma concentração horizontal. O conselheiro concluiu que não estão presentes os três elementos (poder de mercado original pré-existente a ser compensado, interdependência entre as partes, e autonomia decisória) necessários para o exercício do poder compensatório. Sem tais requisitos, não há como garantir que com o poder compensatório das OPSs não sejam gerados efeitos anticoncorrenciais decorrentes de uma concentração horizontal no mercado de Serviço de Apoio e Diagnóstico (SAD). O conselheiro pontuou, ainda, que várias OPSs tinham participações de mercado relativamente tênues se comparado com o grau de concentração representado pelo mercado de SAD.

O Processo Administrativo nº 08012.002866/2011-99⁴¹⁹ investigou casos de fixação de preços de serviços médicos hospitalares no mercado de saúde suplementar praticados pelas representantes de classe médica: Conselho Federal de Medicina (CFM), Associação Médica Brasileira (AMB) e Federação Nacional dos Médicos (Fenam), por meio de tabela de honorários e procedimentos hospitalares.

A Conselheira relatora Ana Frazão retomou a discussão sobre assimetria de poder de barganha entre médicos e OPS que, embora seja eventualmente levada em consideração pelo Tribunal, não possui um entendimento pacífico. Para a conselheira, a divulgação de tabela de honorários médicos pelas OPS em negociações específicas não seria suficiente para caracterizar

⁴¹⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.0013191/2010-22**. Requerentes: Labs Cardiolab Exames Complementares S.A (Cardiolab) e Clínica Radiológica Menezes da Costa Ltda. (CRM). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 06 ago. 2014.

⁴¹⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.008448/2011-61**. Requerentes: Fleury S/A (Fleury) e Labs Cardiolab Exames Complementares S/A (Cardiolab). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 06 ago. 2014.

⁴¹⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.008447/2011-61**. Requerentes: Deita FMB-Fundo de Investimentos e Participações e Diagnolabor Exames Clínicos S.A. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 06 ago. 2014.

⁴¹⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002866/2011-99**. Representante: SDE *ex officio*. Representada: Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos. Relator: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 15 out. 2014.

infração contra a ordem econômica, no entanto é preciso analisar se existem de fato assimetrias de poder que justifiquem a aplicação do poder compensatório e a consequente excludente de ilicitude nas práticas de influência de conduta concertada para prestação de serviços médicos.

A relatora buscou emplacar a tese do exercício regular de poder compensatório em relação a algumas condutas imputadas aos representados. Para a conselheira, seria lícito que os médicos individuais (pessoas físicas)⁴²⁰ fixassem o valor mínimo de seus honorários, tendo em vista a assimetria nas negociações com as operadoras de planos de saúde. Assim “o poder compensatório aparece como a única alternativa viável capaz de reduzir as assimetrias entre médicos e OPSs, criando um contrapeso ao poder de mercado exercício por elas, evitando a expropriação dos primeiros e, em última análise, resguardando a própria concorrência”⁴²¹.

Em resumo, a relatora entendeu não haver prática de infração à ordem econômica no que se refere à elaboração de tabela de honorários de serviços prestados pelos médicos, o que seria acobertado por excludente de ilicitude em decorrência do exercício do poder compensatório, considerando, dentre outras circunstâncias, a manifesta assimetria entre as partes, a ausência de indícios de que o exercício do poder compensatório levaria a resultados econômicos ineficientes, e a possibilidade de o poder compensatório gerar aumento de bem-estar no setor de saúde suplementar.

A relatora também defendeu que os boicotes coletivos, ou os descredenciamentos em massa, não podem ser, a princípio, abusivos, porquanto a atuação concertada dos médicos para se contrapor ao poder das OPSs e negociar valores caracteriza o cerne do poder compensatório. Do contrário, seria negar a própria excludente de ilicitude defendida pela conselheira. Ao final, o voto foi pela condenação do CFM, da AMB e da FENAM, destacando, contudo, que a fixação de tabela de honorários de serviços médicos prestados “está acobertada pela excludente de ilicitude, relativa ao exercício do poder compensatório, de forma que, nessa parte, entendo que não houve prática de infração à ordem econômica”⁴²².

⁴²⁰ A conselheira considera a aplicação da tese do poder compensatório apenas para médico individuais (pessoas físicas), e excepcionalmente pequenas sociedades de médicos sob o argumento de que hospitais, clínicas e laboratórios “atuam em estruturas de mercado oligopolizadas, de forma que a autorização para a utilização de tabelas e/ou negociações coletivas poderia inverter a assimetria, levando ao desequilíbrio em desfavor das OPSs”. SEI 0002314, p. 290 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002866/2011-99**. Representante: SDE *ex officio*. Representada: Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos. Relator: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 15 out. 2014.

⁴²¹ SEI 0002314, p. 288 em BRASIL, *ibidem*.

⁴²² SEI 002314, p. 301 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002866/2011-99**. Representante: SDE *ex officio*. Representada: Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos. Relator: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 15 out. 2014.

No entanto, os demais membros do Conselho afastaram a aplicação da tese do poder compensatório como excludente de ilicitude, seguindo o voto-vista no Conselheiro Márcio de Oliveira Jr.:

61. Portanto, ainda que se considere que a imposição da tabela CBHPM por Conselhos seja legítima, a tese do poder compensatório só seria aplicável se não houvesse uniformização e imposição de preços, isto é, (i) se houvesse rodadas de negociação em que os médicos se associassem e chegassem a um consenso sobre o preço a ser praticado em relação a esse ou aquele agente e (ii) se o médico filiado tivesse a opção de não adotá-la sem coações contra si ou contra sua atividade. A Tabela CBHPM, no entanto, é aplicada de forma indistinta a qualquer operadora de plano de saúde, ou seja, não depende do porte econômico, da capacidade e da assiduidade de pagamento, do fornecimento de benefícios adicionais, da oferta de melhores condições de trabalho ao médico ou de ganhos de escala, por exemplo. Não existem preços diferenciados por operadora de plano de saúde ou por região, mesmo considerando a diminuta variação de 20% de banda estabelecida pelo CFM a título de "peculiaridades regionais".⁴²³

Para o conselheiro Márcio Oliveira Jr., o poder compensatório pode ser legítimo nos casos em que a entidade de classe tenha como finalidade a negociação em nome e com autorização de seus associados, cujo poder seja formado de forma lícita, sem imposição de tabela de honorários e procedimentos médicos.

O Tribunal aplicou multa, conforme o voto-vogal do conselheiro Márcio de Oliveira Jr., no valor somado de R\$ 638.460,00, mais obrigações acessórias em desfavor das representadas: Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos.

Na mesma sessão em que o Tribunal do CADE julgou o processo administrativo 08012.002866/2011-99, também foram julgados os Processos Administrativos 08012.005374/2002-64⁴²⁴, 08012.008477/2004-48⁴²⁵, 08012.004020/2004-64⁴²⁶,

⁴²³ SEI 0002314, p. 326 em BRASIL, *ibidem*.

⁴²⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005374/2002-64**. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS). Representado: Associação Médica da Paraíba, Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba, Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba, Academia Paraibana de Medicina e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Brasília, 15 out. 2014.

⁴²⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.008477/2004-48**. Representante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Representadas: Sindicato dos Médicos do Estado de Santa Catarina (SIMESC), Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina (CREMESC), Associação Catarinense de Medicina (ACM). Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Brasília, 15 out. 2014.

⁴²⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005374/2002-64**. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS). Representado: Associação Médica da Paraíba, Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba, Conselho Regional de Medicina do

08012.005135/2005-57⁴²⁷, 08012.006552/2005-17⁴²⁸ e 08012.007833/2006-78⁴²⁹, todos também referentes a fixação de preços mínimos de serviços médico-hospitalares, pagos pelas operadoras de saúde, praticados por entidades representativas de médicos nos estados da Paraíba, Santa Catarina, Bahia, Rio Grande do Norte, Mato Grosso e Rondônia. Na maioria dos casos, a discussão versou sobre a imposição de tabela de preços e serviços hospitalares/exames por meio da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM). Em um dos casos (PA nº 08012.005135/2005-57) foi discutida a negociação pelas entidades de valores mínimos sob o argumento de recomposição da perda inflacionária dos preços dos serviços. Havia ainda, por parte das representadas, paralisação e boicote coletivo contra o atendimento das OPS – a não adesão aos movimentos tinha como consequência a imposição de sanções ético-disciplinares.

Em tais processos, o relator Eduardo Pontual analisou as práticas de influência à adoção de conduta uniforme pelos médicos/representadas por meio de imposição de tabela de preços mínimos e procedimentos médicos (CBHPM), promoção de negociações coletivas e de movimentos de boicote coletivo, visando ao aumento de preço dos seus serviços contratados pelas OPSs em cada estado.

Em todos esses processos, a conselheira Ana Frazão, seja como relatora, seja através de voto-vista, avaliou a aplicação da tese do poder compensatório. Na maioria deles, concluiu que as representadas tentaram influenciar a adoção da CBHPM e promover boicotes com intuito de forçar as OPSs a atenderem suas reivindicações. No entanto, entendeu que as condutas seguem abarcadas pela excludente de ilicitude do exercício do poder compensatório:

Essa constatação, contudo, não significa que a conduta seja ilícita. Isso porque, como ficou amplamente demonstrado no voto, é possível que a imposição das tabelas e mesmo a promoção dos boicotes, desde que tenham sido realizados de forma

Estado da Paraíba, Academia Paraibana de Medicina e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Brasília, 15 out. 2014.

⁴²⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005135/2005-57**. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Associação Médica do Rio Grande do Norte (AMRN), Sindicato dos Médicos do Rio Grande do Norte (SINMED-RN), Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Norte (CRM-RN) e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Voto-vista: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 15 out. 2014.

⁴²⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006552/2005-17**. Representante: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde e (UNIDAS/MT). Representado: Conselho Regional de Medicina do Estado de Mato Grosso (CRM/MT), Associação Médica de Mato Grosso - AMMT e Sindicato dos Médicos do Estado de Mato Grosso (Sindmed-MT). Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Brasília, 15 out. 2014.

⁴²⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007833/2006-78**. Representante: Ministério Público de Rondônia. Representado: Conselho Regional de Medicina de Rondônia. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 15 out. 2014.

necessária, adequada e proporcional, estejam amparadas pela excludente de ilicitude identificada com o exercício do poder compensatório.⁴³⁰

A conselheira, embora seu voto tenha sido pela condenação de quase todas as representadas, pontuou que “a negociação coletiva pelas entidades médicas representadas no que se refere exclusivamente aos honorários relativos a serviços prestados pelos médicos está acobertada pela excludente de ilicitude, relativa ao exercício do poder compensatório, de forma que, nessa parte, entendo que não houve prática de infração à ordem econômica”.

Do mesmo modo, o conselheiro Márcio de Oliveira Junior apresentou voto-vogal, (nos mesmos termos do voto-vista apresentado no PA nº 08012.002866/2011-99 e no PA nº 08012.004020/2004-64), no sentido de afastar a tese do poder compensatório como redutora da gravidade da infração para fins de dosimetria da pena. Ao final, o Conselho decidiu pela condenação ao pagamento de multa por influência de conduta comercial uniforme e imposição de tabelamento de honorários.⁴³¹

Outros quatro casos envolvendo a conduta de fixação unilateral de preços mínimos de honorários e procedimentos médicos e hospitalares praticados por entidades de classes médicas nos estados do Pará, Mato Grosso do Sul, Maranhão e Roraima foram julgados conjuntamente pelo Tribunal do CADE em outubro de 2014 (Processos administrativos nº

⁴³⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007833/2006-78**. Representante: Ministério Público de Rondônia. Representado: Conselho Regional de Medicina de Rondônia. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 15 out. 2014.

⁴³¹ Em face das representadas: (i) do Sindicato dos Médicos de Santa Catarina (SIMESC), da Associação Catarinense de Medicina (ACM) e do Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina (CREMESC), no valor total de R\$ 367.114,50, além de obrigações acessórias (PA nº); (ii) da Associação Médica de Rondônia (AMR) e do Conselho Regional de Medicina do Estado de Rondônia (CREMERO) no valor somado de R\$ R\$ 250.063,50, mais obrigações acessórias (PA nº); (iii) do Sindicato dos Médicos do Estado de Mato Grosso (Sindmed-MT), da Associação Médica de Mato Grosso (AMMT) e do Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso (CRM-MT), no valor somado de R\$ 340.512,00, mais obrigações acessórias (PA nº 2005-17); (iv) do Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no valor de R\$ 212.820,00, mais obrigações acessórias (PA nº); (v) do Sindicato dos Médicos da Paraíba (SIMED-PB), da Associação Médica da Paraíba (AMPB), da Academia Paraibana de Medicina (APMED), do Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba (CRM-PB), e da União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (Unidas), valor total de R\$ 617.178,00, mais obrigações acessórias (PA 2002-64); e (VI) do Sindicato dos Médicos do Rio Grande do Norte, da Associação Médica do Rio Grande do Norte e da União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (Unidas), no valor total de R\$ 292.627,50, mais obrigações acessórias (PA 2005-57). Neste caso, o plenário determinou o arquivamento do processo em relação ao Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Norte (CRM-RN).

08012.002381/2004-76⁴³², nº 08012.002985/2004-12⁴³³, nº 08012.001790/2004-55⁴³⁴, nº 08012.003568/2005-78⁴³⁵). Além disso, também foram identificadas condutas de boicote coletivo e paralização dos serviços vinculados àquelas OPS que fossem contra aos valores estipulados pelos médicos/entidades representativas.

Os processos tiveram a relatoria da Conselheira Ana Frazão, que desenvolveu novamente a discussão do exercício regular do poder compensatório no mercado de saúde suplementar. A conselheira destacou, outra vez, seu entendimento no que se refere às negociações coletivas (especialmente sobre honorários de serviços médicos), as quais estariam resguardadas pela excludente de ilicitude relativa ao exercício do poder compensatório. Os seja, para a relatora não houve prática de infração à ordem econômica nesse ponto.

Por sua vez, o Conselheiro Márcio de Oliveira Junior, em seu voto-vogal, defendeu sua posição sobre a aplicação da tese do poder compensatório. Considera o poder compensatório legítimo e pró-competitivo quando o exercício da barganha coletiva pelas entidades de classe é autorizado pelos seus associados. Para o conselheiro, a imposição de tabela de honorários médicos desvirtua a tese do poder compensatório, já que, do modo como foi utilizada nos casos em apreço, traz efeitos negativos para a concorrência. O Conselheiro afastou a tese do poder compensatório como redutora da gravidade da infração para fins de dosimetria da pena.

No PA nº 08012.002381/2004-76, a representada UNIDAS opôs embargos declaratórios em face da decisão do Conselho, apontando contradição no que se refere à demonstração da importância da aplicação do poder compensatório para o Direito da Concorrência e ao não acolhimento da tese como excludente de ilicitude em prol da representada. A UNIDAS alegou que estaria tão somente exercendo poder compensatório em face das ameaças da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia (SBOT), quando praticava negociação de valores e condições com os demais representados, e que, portanto, sua conduta não deveria caracterizar

⁴³² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002381/2004-76**. Representante: União Nacional de Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Representados: Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia, Cláudio Wanderley Luz Saab e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 out. 2014.

⁴³³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08012.002985/2004-12**. Representante: HAPVIDA Assistência Médica Ltda. Representado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Maranhão. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 out. 2014.

⁴³⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08012.001790/2004-55**. Representante: Ministério Público do Estado do Pará. Representado: Conselho Regional de Medicina do Pará, Sindicato dos Médicos do Estado do Pará e Sociedade Médico-Cirúrgica do Pará. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 out. 2014.

⁴³⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08012.003568/2005-78**. Representante: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Representado: Conselho Regional de Medicina do Estado de Roraima. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 out. 2014.

infração à ordem econômica por estar acobertada pela excludente de ilicitude do poder compensatório.

A conselheira Ana Frazão negou provimento ao recurso, sob o argumento de que não houve contradição e que a aplicação da tese do poder compensatório requer o cumprimento de requisitos para ser aplicada como excludente de ilicitude. Para a conselheira, a assimetria de poder entre as partes é um requisito que não está preenchido no caso da UNIDAS, já que é detentora do poder de mercado original. No seu voto, a relatora ainda apontou critérios para aplicação da excludente de ilicitude por poder compensatório em relação aos médicos (pessoas físicas), para quem unicamente a negociação coletiva em face das OPSs deve ser autorizada:

- i. Se tratar de profissão liberal regulamentada, com padrões técnicos e éticos acima do mercado;
- ii. Houver manifesta assimetria entre as partes;
- iii. A iniciativa de negociação coletiva e de mobilização ficar a cargo de conselho profissional, que tem por competência legal zelar pelo exercício adequado da profissão;
- iv. O exercício de poder compensatório partir de proposta de reajuste razoável;
- v. O exercício de poder compensatório ter como objeto tão somente o valor dos honorários médicos e não outras verbas remuneratórias dos serviços de saúde, cuja precificação depende inclusive de fatores empresariais;
- vi. O exercício de poder compensatório ocorrer em prol daqueles que, como os médicos pessoas naturais, não possuem nenhum poder de barganha diante das OPSs, independentemente do tamanho destas;
- vii. Houver evidências de que a negociação coletiva foi implementada de forma adequada, razoável, transparente e flexível.⁴³⁶

O Plenário, por unanimidade, seguiu o voto da conselheira. Ao final, o Tribunal, por maioria, nos termos do voto-vogal do conselheiro Márcio de Oliveira Junior, condenou as representadas ao pagamento de multa pela prática de adoção de conduta comercial uniforme.

No PA 08012.002381/2004-76, a Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia do Mato Grosso do Sul (SBOT-MS) e a União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS) ao valor total de R\$ 510.768,00. No PA 2004-55, a Sociedade Médico-Cirúrgica do Pará, o Conselho Regional de Medicina do Pará e o Sindicato dos Médicos do Pará ao valor total de R\$ 383.076,00. No PA 2004-12, o Conselho Regional de Medicina do Maranhão ao valor de R\$ 212.820,00. E no PA 2005-78, Conselho Regional de Medicina de Roraima ao valor de R\$ 212.820,00. Além das multas, foram impostas obrigações acessórias

⁴³⁶ SEI 0032880 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002381/2004-76**. Representante: União Nacional de Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Representados: Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia, Cláudio Wanderley Luz Saab e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 out. 2014.

às representadas como proibição de fazerem boicotes, paralisações e descredenciamento em massa.

O Processo Administrativo nº 08012.000855/2010-93⁴³⁷ foi instaurado em desfavor da Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado de Goiás (COOPANEST/GO) para apurar influência de prática concertada de médicos anestesiologistas. A Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE), na qualidade de terceira interessada, anexou parecer técnico especializado sobre práticas anticoncorrenciais das cooperativas de especialidades médicas, denominado “*A Lógica e os Efeitos das Práticas Anticoncorrenciais por Cooperativas de Especialidades Médicas: Importância do Papel Repressivo e Orientador*”⁴³⁸, elaborado pela GO Associados, com o fim de colaborar na decisão final do Conselho.

O objetivo do estudo consistiu em avaliar os efeitos das condutas anticoncorrenciais praticadas por cooperativas de especialidades médicas no Brasil, e trouxe uma seção dedicada exclusivamente à análise do argumento do poder compensatório. Segundo o estudo, as duas pré-condições (poder de monopsonio pré-existente e existência de interdependência mínima e equilibrada entre o monopsonista e o monopólio criado), inerentes à aplicação do poder compensatório, não seriam observadas no mercado de serviços médicos especializados no Brasil.

Primeiramente porque a ideia de poder de monopsonio pré-existente das OPS seria empiricamente insustentável diante dos padrões bastante competitivos indicados pela demanda de especialistas médicos e considerando a existência de mais de mil OPSs em todo o território nacional. Segundamente porque a suposta solução associada a benefícios líquidos de bem-estar só seria possível se fosse observada a condição de interdependência entre as partes na negociação, para que nenhuma delas pudesse impor suas condições de barganha de modo unilateral, o que seria inviável tendo em vista a “exposição do desbalanceamento prévio de poder de mercado em desfavor dos demandantes de serviços médicos no Brasil e a essencialidade destes serviços para as prestações de Operadoras e Planos de Saúde”⁴³⁹, ou seja, não estaria constatada uma barganha equilibrada entre as partes nesse mercado.

⁴³⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.000855/2010-93**. Representante: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado de Goiás (Coopanest/GO). Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Brasília, 10 dez. 2014.

⁴³⁸ SEI 0025880, p. 5-239 em BRASIL, *ibidem*.

⁴³⁹ SEI 0025880, p. 22 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.000855/2010-93**. Representante: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado de Goiás (Coopanest/GO). Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Brasília, 10 dez. 2014

O parecer ainda apontou que a sustentação do argumento do poder compensatório depende do uso abusivo do poder de monopólio pré-existente a ser compensado. E concluiu afirmando que a conduta concertada de cooperativas médicas não se destina a compensar e contrapor um poder de monopólio pré-existente, tendo servido, contudo, para reforçar o poder de monopólio dos ofertantes de serviços médicos: “[...] sem poder de monopólio pré-existente e comprovada a dependência, e não interdependência estratégica dos demandantes na barganha por honorários e condições de prestação de serviços médicos especializados, o argumento do poder compensatório não é aplicável”⁴⁴⁰ no mercado de saúde suplementar em favor da conduta concertada das cooperativas médicas no Brasil. O poder compensatório, assim, não teria o escopo de enfrentar a problemática da barganha bilateral.

O processo foi arquivado tendo em vista o cumprimento das obrigações firmadas com a representada no Termo de Compromisso de Cessação (TCC) (Requerimento nº 08700.010000/2014-46).

O mesmo estudo técnico do GO Associados, que concluiu pelo afastamento da tese do poder compensatório, foi anexado pela terceira interessada Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE) no Processo Administrativo nº 08012.006312/2004-31⁴⁴¹. Este foi instaurado contra a Cooperativa Brasiliense dos Anestesiologistas – COBRASA (atual Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Distrito Federal – COOPANEST-DF) para apurar prática de influência à conduta concertada entre médicos anestesiologistas em Brasília. Ao final, o Tribunal decidiu, por unanimidade, pelo arquivamento do feito por ausência de indícios suficientes para caracterizar a infração à ordem econômica.

O Processo Administrativo nº 08012.006969/2000-75⁴⁴² tratou da investigação e condenação de cartel, ocorrido entre os anos de 2000 e 2001, no mercado de prestação de

⁴⁴⁰ SEI 0025880, p. 75 em BRASIL, *ibidem*.

⁴⁴¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006312/2004-31**. Representante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Representado: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Distrito Federal (antiga Cooperativa Brasiliense dos Anestesiologistas - COBRASA). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 06 maio 2015.

⁴⁴² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006969/2000-75**. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (Ciefas) (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - Unidas). Representadas: Hospital Santa Lúcia S.A., Hospital Santa Luzia S.A., Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal, Associação Médica de Assistência Integrada, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde e Centro Médico Hospitalar Renascer. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Brasília, 25 fev. 2015.

serviços médicos hospitalares no Distrito Federal/DF, através da prática de negociação coletiva com uniformização de preços e condições.

As defesas de algumas representadas trouxeram a discussão da tese do poder compensatório. O Hospital Santa Luzia defendeu o estabelecimento de poder compensatório a fim de viabilizar a prestação dos serviços médico-hospitalares, já que a formação de um monopólio bilateral poder trazer benefícios em relação ao bem-estar social. A defesa do Hospital Anchieta posicionou-se pela inexistência da possibilidade de efeitos, afirmando que o poder compensatório gerado através da conduta concertada dos hospitais seria capaz de dirimir eventuais perdas sociais relativas ao poder de mercado pré-existente (“Cartel Unidas”), ou seja, reduzir as assimetrias de poder na negociação com a formação do poder compensatório:

Seguindo esta linha de raciocínio, cabe lembrar que a comissão criada PE para negociar o reajuste do valor de suas respectivas unidades de serviço tinha como único objetivo o de se contrapor ao poder de mercado do CIEFAS, que não permitiu que os hospitais continuassem negociando individualmente com os planos de saúde. Em outras palavras, seria possível justificar a ação dos hospitais como uma tentativa de reduzir as assimetrias de poder na negociação com uma entidade que representa o - segmento de autogestão no Brasil, gerando poder compensatório (countervailing power).⁴⁴³

Nos termos do voto do relator, o Tribunal decidiu pela condenação dos Hospitais Anchieta, Santa Lúcia e da União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (Ciefas/UNIDAS), pelo arquivamento Hospitais Daher, Santa Marta, HGO, Santa Helena, São Francisco, São Lucas, Prontonorte, Brasília, Promédica e Renascer, por ausência de provas. Em relação ao Hospital Santa Luzia, o processo foi suspenso em razão da celebração de TCC com o CADE. Nada foi dito sobre a tese do poder compensatório.

Foram opostos embargos declaratórios pelas representadas UNIDAS, Hospital Santa Lúcia S.A. e Hospital Anchieta Ltda., sustentando omissão do conselheiro relator quanto à aplicação da teoria do poder compensatório. O conselheiro relator rejeitou os embargos sob o argumento de que não há omissão, contradição ou obscuridade em relação a teoria do poder

⁴⁴³ SEI 0001124, p. 111 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006969/2000-75**. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (Ciefas) (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - Unidas). Representadas: Hospital Santa Lúcia S.A., Hospital Santa Luzia S.A., Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal, Associação Médica de Assistência Integrada, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde e Centro Médico Hospitalar Renascer. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Brasília, 25 fev. 2015.

compensatório no mercado de saúde suplementar, a qual já foi amplamente discutida em outros precedentes. O conselheiro reafirmou seu entendimento (proferido no voto-vista do PA nº 08012.003048/2003-01) de que “a aplicação da tese do poder compensatório, quando analisada sob o viés da reprovabilidade da conduta, não possui o condão de afastar sua ilicitude em razão da responsabilidade objetiva adotada pela Lei nº 8.884/94 (e repetida pela Lei nº 12.529/2011)”⁴⁴⁴. Reiterou que o poder compensatório não afasta a ilicitude de práticas anticompetitivas, especialmente no mercado de saúde. E que ainda que sua aplicação fosse aceita pelo Conselho (especialmente pela conselheira Ana Frazão, que capitaneou a tese no Tribunal), isso se daria para médicos individuais ou clínicas de pequeno porte em face do poder de mercado das OPSs, e não em relação a hospitais.

O Processo Administrativo nº 08012.006647/2004-50⁴⁴⁵ tratou da investigação e condenação do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), da Associação Paulista de Medicina (APM) e do Sindicato dos Médicos de São Paulo (SIMESP) pela prática de fixação de tabela mínima de preços de honorários médicos e procedimentos hospitalares/exames (CBHPM) e imposição de Sanções ético-disciplinares pela não adoção da tabela, além da promoção de boicotes no setor de saúde suplementar.

O conselheiro relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo adentrou brevemente no tema do poder compensatório por entidades de classe médica frente a planos de saúde, inicialmente afirmando que o Tribunal já o afastou em outras oportunidades e que no presente caso não teria o condão de afastar a ilicitude das condutas investigadas. O conselheiro reiterou seu posicionamento sobre a aplicação do poder compensatório no mercado de saúde suplementar, proferido no voto-vista do Processo administrativo nº 08012.003048/2003-01, quando apontou critérios tanto para a defesa, quanto para o afastamento da tese.

Destacou, conforme voto-vista da conselheira Ana Frazão no referido processo, que o exercício lícito do poder compensatório ocorreria pela criação de poder para atenuar a

⁴⁴⁴ SEI 0044187 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006969/2000-75**. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (Ciefas) (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - Unidas). Representadas: Hospital Santa Lúcia S.A., Hospital Santa Luzia S.A., Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal, Associação Médica de Assistência Integrada, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde e Centro Médico Hospitalar Renascer. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Brasília, 25 fev. 2015.

⁴⁴⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006647/2004-50**. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), Associação Paulista de Medicina (APM) e Sindicato dos Médicos de São Paulo (SIMESP). Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Brasília, 11 mar. 2015.

assimetria entre médicos e operadoras de planos de saúde, tornando a negociação mais equilibrada, e pela fixação de critérios mínimos de negociação, como tabela de preços, que deve ficar restrita a remuneração dos médicos. Ademais, em relação aos critérios essenciais à aplicação do poder compensatório – “(i) a existência prévia de poder monopsonista e (ii) a existência de condições de interdependência minimamente equilibradas entre esse monopsonio e o monopólio criado por acordo horizontal”⁴⁴⁶ –, o relator se posicionou novamente pelo afastamento de tais pré-condições. Primeiramente questionou a prévia existência do poder de monopsonista das OPSs, com base “no elevado número de operadoras de pequeno porte em atividade comparada com as de médio e grande porte”⁴⁴⁷ e na elevação da remuneração dos médicos ao longo dos anos. Afirmou ainda que:

O Sistema Único de Saúde (“SUS”) e o atendimento realizado pelas OPS não são substitutos, e que **“eventual aumento de custo nesse serviço em decorrência da barganha realizada por médicos e operadoras poderia ser repassado ao próximo elo da cadeia (consumidores), uma vez que o SUS não representa pressão competitiva significativa com relação ao serviço de assistência privada oferecido pelas operadoras”**⁴⁴⁸

E concluiu não há elementos inequívocos no mercado de saúde suplementar que justifiquem a aplicação do argumento do poder compensatório às condutas praticadas pelas entidades de classe médica. Votou pela condenação das representadas.

A Conselheira Ana Frazão acompanhou o voto do Conselheiro Relator, com exceção especificamente aos honorários relativos aos serviços médicos, os quais seriam abarcados pela excludente de ilicitude do exercício do poder compensatório. Ao final o Tribunal, por maioria, aplicou multa no valor total de R\$ 383.000,00, nos termos do voto do conselheiro relator.

No Processo Administrativo nº 08012.005101/2004-81⁴⁴⁹, que cuidou da investigação de uniformização de conduta uniforme por imposição de tabela de preços mínimos de procedimentos médico-hospitalares (CBPHM) para o sistema de saúde suplementar, a

⁴⁴⁶ SEI 0033030 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006647/2004-50**. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), Associação Paulista de Medicina (APM) e Sindicato dos Médicos de São Paulo (SIMESP). Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Brasília, 11 mar. 2015.

⁴⁴⁷ SEI 0033030 em BRASIL, *ibidem*.

⁴⁴⁸ SEI 0033030 em BRASIL, *ibidem*.

⁴⁴⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08012.005101/2004-81**. Representante: Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo (SINAMGE). Representados: Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais (CRM/MG), Associação Médica de Minas Gerais (AMMG), Sindicato dos Médicos de Minas Gerais, Federação Mineira das Cooperativas Médicas (FEMCOM). Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 20 maio 2015.

conselheira relatora Ana Frazão novamente defendeu, nos mesmo termos dos precedentes acima, o reconhecimento do exercício regular do poder compensatório para parte das condutas das representadas CRM/MG, AMMG e ao Sindicato dos Médicos de Minas Gerais, referente apenas às negociações coletivas dos honorários médicos.

Em voto-vogal, o conselheiro Márcio de Oliveira Junior também reafirmou seu entendimento para afastar a tese do poder compensatório como redutora da gravidade da infração para fins de dosimetria da pena. Da mesma forma, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo também reiterou seu entendimento sobre o tema, já proferido no PA nº 08012.003048/2003-01, de que o poder compensatório, mesmo que venha a atenuar a reprovabilidade da conduta, não afasta sua ilicitude.

No Processo Administrativo n. 08012.004276/2004-71⁴⁵⁰, julgado na mesma sessão dos processos acima, a Conselheira Ana Frazão também reconheceu o exercício regular de poder compensatório em relação a parte das condutas de negociação coletiva pelas entidades médicas, especialmente aquelas relativas a honorários de serviços prestados pelos médicos individuais no mercado de saúde suplementar, ou seja, defendeu que o poder compensatório pode afastar a ilicitude da conduta:

A nítida assimetria de poder existente entre prestadores e operadoras indica que determinadas formas de utilização do poder compensatório – seja pela criação de organizações coletivas, seja pela imposição da tabela de honorários médicos em determinadas circunstâncias –, podem configurar, na verdade, o exercício regular de um direito, o direito de se contrapor a uma posição dominante existente, a fim de evitar que esta abuse do seu poder, expropriando indevidamente a parte mais fraca na negociação. Sob essa perspectiva, o poder compensatório pode ser visto como uma legítima defesa contra a posição dominante da outra parte, circunstância idônea a afastar a ilicitude da conduta.⁴⁵¹

Assim, entendeu a conselheira relatora Ana Frazão que a licitude do poder compensatório pode ser observada de duas maneiras: (i) pela criação de uma estrutura, como cooperativas ou sociedades empresárias, que mitigue a assimetria de poder entre médicos e OPSs, a fim de assegurar negociações minimamente equilibradas; ou, (ii) não havendo criação de uma estrutura, pela definição de critérios mínimos, como as tabelas de preços, que deverão pautar o resultado das negociações. Tais hipóteses devem ser observadas como formas

⁴⁵⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71**. Representante: SDE *ex officio* e Instituto Municipal de Assistência à Saúde do Funcionalismo. Representados: Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira, Confederação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Julgado em: 29 jul. 2015.

⁴⁵¹ SEI: 0088357 em BRASIL, *ibidem*.

alternativas para o exercício do poder compensatório, tendo em vista que poderiam exceder o necessário para manter o equilíbrio entre médicos e operadoras. Impende também evitar que tabelas de preços de honorários médicos excedam valores relacionados à remuneração desses profissionais – ou seja, que sejam abusivas, ainda mais quando se trata de agentes econômicos em mercado com alta concentração, como é o de saúde suplementar.

Segundo a relatora, o grande risco de intervir em apenas um dos lados da relação, geralmente o mais fraco, é a possibilidade de “acentuar o desequilíbrio no mercado de saúde complementar, fortalecendo o poder de monopólio das operadoras de saúde e causando sérias distorções”⁴⁵². A própria SG, nesse processo, quando analisou a imposição de tabelas de honorários médicos, argumentou ser translúcida a desigualdade entre prestadores de saúde que negociam com as OPSs, e que “só será possível sustentar a sobrevivência da saúde suplementar no país se o Estado criar ou autorizar instrumentos que viabilizem maior equilíbrio na relação entre médicos e operadoras de planos de saúde”⁴⁵³.

A conselheira relatora ainda defendeu a utilização de tabelas de honorários no caso dos médicos (pessoas físicas representadas por conselhos profissionais, por associações de médicos e/ou por sindicatos de médicos), por entender que não pertencem a nenhuma organização com poder de barganha suficiente mínimo para assegurar a negociação da categoria com operadoras de saúde.

No mesmo caso, seguindo seus outros precedentes, o conselheiro Márcio de Oliveira Junior defendeu que “o poder compensatório pode ser legítimo em situações em que a entidade de classe negociadora esteja autorizada a exercer a barganha em nome de seus associados”⁴⁵⁴. Assim, o poder compensatório pode ser benéfico à concorrência desde que sua formação seja feita de forma lícita. O conselheiro também reforçou que a aplicação da tese do poder compensatório não deve ocorrer em todos os casos, mas apenas naqueles em que houver “efetiva negociação para equilibrar a barganha inicialmente afetada pela disparidade de posições de mercado envolvidas”⁴⁵⁵. Em suma, para que não sejam consideradas puníveis pela

⁴⁵² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71**. Representante: SDE *ex officio* e Instituto Municipal de Assistência à Saúde do Funcionalismo. Representados: Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira, Confederação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Julgado em: 29 jul. 2015.

⁴⁵³ BRASIL, *ibidem*.

⁴⁵⁴ BRASIL, *ibidem*.

⁴⁵⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71**. Representante: SDE *ex officio* e Instituto Municipal de Assistência à Saúde do Funcionalismo. Representados: Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira, Confederação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Julgado em: 29 jul. 2015.

legislação antitruste, a imposição de tabelamento de preços e a negociação de condições feitas coordenadamente devem atentar para a análise: (i) da legitimidade para tratar do tema, (ii) da inexistência de coerção direta ou indireta, e (iii) da possibilidade efetiva de negociação entre as partes, estabelecendo-se poder de barganha bilateral. Se algum desses critérios não forem observados, “não há poder compensatório que justifique a ilicitude anticompetitiva e a perda de bem-estar decorrente da atitude concertada de agentes para obtenção de vantagens uniformes e em detrimento da posição negocial da parte”⁴⁵⁶.

Ainda no mesmo julgamento, em seu voto-vogal, o conselheiro João Paulo Resende manifestou-se no sentido de que o poder compensatório só poderia ser admitido como exceção, e acrescentou outras duas condições para que a tese do poder compensatório seja admitida: “simetria entre as estruturas resultantes da conduta, e efeitos sociais líquidos positivos”⁴⁵⁷. O conselheiro defende que a estrutura artificialmente criada, seja por meio de ato de concentração, seja por meio de conduta concertada, poderá ser adotada como poder compensatório se for compatível com a estrutura de poder pré-existente a ser combatida. Em suma, o poder compensatório não pode inverter a relação de poderes.

O Inquérito Administrativo nº 08700.004225/2014-63⁴⁵⁸ cuidou da investigação de influência de prática concertada entre médicos anestesistas do estado de Pernambuco (Copanest/PE). A Nota técnica da SG⁴⁵⁹ discorreu acerca de teses sobre atuação concorrencial de cooperativas na visão do CADE. Concluiu que o Conselho vem decidindo analisar o nível de concentração e a forma de atuação das cooperativas com o fim de punir aquelas com alto poder de concentração, que exercem poder de mercado, e não apresentam ganhos de eficiência, gerando efeitos anticompetitivos sobre a coletividade, “seja por eventuais aumentos de preços decorrentes da ausência de competição entre anestesistas, seja pela falta de atendimento no caso de paralisação do serviço”⁴⁶⁰. Ao final, a SG recomendou o arquivamento do IA, diante da falta de evidências que pudessem comprovar minimamente os fatos relatados.

⁴⁵⁶ BRASIL, *ibidem*.

⁴⁵⁷ BRASIL, *ibidem*.

⁴⁵⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.0004225/2014-63**. Representante: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Representado: Cooperativa de Médicos Anestesiologistas de Pernambuco Copanest/PE. Arquivado em: 09 out. 2015.

⁴⁵⁹ Nota Técnica nº 79/2015/CGAA2/SGA1/SG/CADE, SEI 0118929 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.0004225/2014-63**. Representante: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Representado: Cooperativa de Médicos Anestesiologistas de Pernambuco Copanest/PE. Arquivado em: 09 out. 2015.

⁴⁶⁰ Nota Técnica nº 79/2015/CGAA2/SGA1/SG/CADE, SEI 0118929 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.0004225/2014-63**. Representante: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Representado: Cooperativa de Médicos Anestesiologistas de Pernambuco Copanest/PE. Arquivado em: 09 out. 2015.

No Processo Administrativo nº 08012.012217/2007-10⁴⁶¹, basicamente o conselheiro relator trouxe novamente a discussão sobre metodologia de análise de negociações coletivas no âmbito médico – elementos que entende imprescindíveis para análise da conduta pela regra da razão⁴⁶². E rememorou o entendimento do conselheiro João Paulo Resende, no seu voto-vogal no Processo Administrativo 08012.001591/2004-47, concluindo⁴⁶³:

A efetiva existência de barganha é pressuposto para que haja uma negociação. Ou seja, caso não haja efetivo poder de barganha por uma das partes, a deliberação então ocorrida é imposição unilateral de vontades. Tal imposição é acompanhada de meios específicos de coerção, direta ou indireta, capaz de moldar a vontade do agente e suprimir eventual impulso de negociação. É sob essa ótica que as infrações contra a ordem econômica no setor médico têm sido avaliadas pelo CADE.⁴⁶⁴

No caso, o plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo, conforme o voto do conselheiro relator, por inexistência de indícios de cometimento de infração. O mesmo entendimento foi replicado nos Processos Administrativos nº

⁴⁶¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.012217/2007-10**. Representante: SDE *ex officio*. Representados: Sociedade de Oftalmologia do Ceará (SOC) e Cooperativa de Oftalmologistas do Ceará (COFTALCE). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 14 out. 2015.

⁴⁶² “Para que esse tipo de prática caracterize conduta punível pela legislação antitruste, entendo que devem ser analisados três importantes fatores: **(a) (i) legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral**. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão.” SEI 0119425 em BRASIL, *ibidem*.

⁴⁶³ Mesmo entendimento foi firmado em PA nº 08700.001830/2014-82, PA nº 08012.012032/2007-13, PA nº 08012.003706/2000-98.

⁴⁶⁴ SEI 0119425 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.012217/2007-10**. Representante: SDE *ex officio*. Representados: Sociedade de Oftalmologia do Ceará (SOC) e Cooperativa de Oftalmologistas do Ceará (COFTALCE). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 14 out. 2015.

08012.001591/2004-47⁴⁶⁵, 08012.003706/2000-98⁴⁶⁶, nº 08012.012032/2007-13⁴⁶⁷, 08012.009381/2006-69⁴⁶⁸, nº 08700.001830/2014-82⁴⁶⁹.

Portanto, de acordo com o entendimento jurisprudencial exposto, fica clara a necessidade de adotar alguns parâmetros gerais para o exercício do poder compensatório, o que demanda passar por exame criterioso, “já que deve estar restrito a hipóteses excepcionais nas quais a assimetria entre as partes seja evidente e, mesmo assim, sujeito a inúmeros limites e balizas para que possa ser considerado lícito”⁴⁷⁰.

O Processo Administrativo nº 08012.009381/2006-69⁴⁷¹ tratou de mais um caso de entidades de classe sobre influência à adoção de conduta comercial uniforme através de imposição de tabela médica CBHPM, com movimentos de paralisação e boicote coletivo.

⁴⁶⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001591/2004-47**. Representante: SDE *ex officio*. Representados: Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal, Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal (CRM/DF), Associação Médica de Brasília, Sindicato dos Médicos do Distrito Federal e Joaquim de Oliveira Fernandes. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 jul. 2015.

⁴⁶⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003706/2000-98**. Representante: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Representados: Cooperativa dos Anestesiologistas do Espírito Santo (COOPANEST/ES), Cooperativa dos Angiologistas e Cirurgiões Vasculares do Estado do Espírito Santo (COOPANGIO), Cooperativa dos Médicos Intensivistas do Estado do Espírito Santo (COOPERATI), Cooperativa de Cirurgiões Gerais do Estado do Espírito Santo (COOPERCIGES), Cooperativa dos Cirurgiões Pediátricos do Estado do Espírito Santo (COOPERCIPES), Cooperativa dos Cirurgiões Plásticos do Estado do Espírito Santo (COOPLAST/ES), Cooperativa de Ortopedistas e Traumatologistas do Estado do Espírito Santo (COOTES), Cooperativa dos Neurocirurgiões do Estado do Espírito Santo (COOPNEURO) e Sociedade de Especialidades Onco-Hematológicas Pediátricas Ltda. (ONCOHEMATOL). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 14 dez. 2015.

⁴⁶⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.012032/2007-13**. Representante: Ministério Público Federal Representado: Comitê de Integração das Entidades de Representação dos Médicos e dos Estabelecimentos Assistenciais de Saúde (CIER Saúde), Instituto do Sangue Ltda., Hemolabor Hematologia e Laboratório de Pesquisa Clínicas, Instituto de Hemoterapia de Goiânia, Associação de Combate ao Câncer em Goiás - Banco de Sangue do Hospital Araújo Jorge, Banco de Sangue Modelo de Anápolis e Associação Brasileira de Sangue (ABBS). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 20 out. 2015.

⁴⁶⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009381/2006-69**. Representante: Caixa de Assistência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro (CAARJ). Representado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ), Associação Médica do Estado do Rio de Janeiro (SOMERJ) e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Conselheiro Relator: João Paulo de Resende. Brasília, 09 nov. 2015.

⁴⁶⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.001830/2014-82**. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Federação Brasileira de Cooperativas de Anestesiologia (Febracan), Sociedade Brasileira de Anestesiologia (SBA) e Jurandir Coan Turazzi. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 20 jan. 2016.

⁴⁷⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71**. Representante: SDE *ex officio* e Instituto Municipal de Assistência à Saúde do Funcionalismo. Representados: Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira, Confederação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 jul. 2015. p. 33.

⁴⁷¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009381/2006-69**. Representante: Caixa de Assistência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro (CAARJ). Representado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ), Associação Médica do Estado do Rio de Janeiro (SOMERJ) e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Relator: Conselheiro João Paulo de Resende. Brasília, 09 dez. 2015.

Como nos demais precedentes, também houve discussão da tese de poder compensatório como argumento de defesa, pela suposta necessidade de poder de barganha dos médicos para compensar o poder de mercado das OPSs, e se isso deveria ser tratado como excludente de ilicitude. Em seu voto, o conselheiro relator João Paulo de Resende rechaçou a aplicação da tese como excludente de ilicitude, por não estarem presentes os requisitos que julga necessários para tal:

(i) a legitimidade para negociar coletivamente, (ii) a inexistência de imposição de uniformização de preços, via coerção direta ou indireta, à parte adversa e também aos próprios agentes econômicos que possuem sua vontade substituída na negociação, (iii) a não supressão da possibilidade de barganha bilateral, ou seja, a manutenção da possibilidade de efetiva negociação entre as partes, (iv) a simetria entre as estruturas resultantes da conduta, de modo que a estrutura artificialmente criada seja compatível com a estrutura oposta existente, cujo poder de mercado se quer combater; e, por fim, (v) efeitos sociais líquidos positivos, consistentes na demonstração de que não há danos adicionais ao consumidor final na forma de dupla margem no valor de bem ou serviço.⁴⁷²

Para o relator, o poder compensatório poderia incorrer em atenuante de pena, desde que também sejam demonstrados tais requisitos. Reforçou seu entendimento outrora firmado pelo conselheiro Márcio de Oliveira Junior⁴⁷³, de que é contraditório defender a tese do poder compensatório em contexto de imposição de tabela de honorários, tendo em vista que a negociação coletiva já teria o objetivo de manter o equilíbrio entre as partes, nem necessidade de adoção de tabelas. O conselheiro ainda apontou que o quarto critério, de simetria entre as estruturas resultantes da conduta, não foi observado porquanto houve mobilização de toda categoria médica do estado do Rio de Janeiro em contraposição às entidades de autogestão. Ademais, para que a tese pudesse ser aceita, seria preciso demonstrar que a criação de monopólio da prestação de serviços médicos não resultaria em transferência de renda para o preço do consumidor final. O voto foi pela condenação das representadas.

A União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS) opôs Embargos de Declaração contra a decisão do plenário, sustentando contradição no que se refere à análise da aplicação do poder compensatório, pela qual os beneficiários do plano de saúde não seriam prejudicados. O relator negou provimento aos embargos, reforçando que os requisitos

⁴⁷² SEI 0143776 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009381/2006-69**. Representante: Caixa de Assistência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro (CAARJ). Representado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ), Associação Médica do Estado do Rio de Janeiro (SOMERJ) e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Relator: Conselheiro João Paulo de Resende. Brasília, 09 dez. 2015.

⁴⁷³ Vide voto proferido no PA nº 08012.004276/2004-71.

necessários para a aplicação da tese do poder compensatório não foram preenchidos no caso concreto. Em Pedido de Reapreciação, a representada insistiu na importância da aplicação da tese do poder compensatório como tentativa de trazer solução benéfica para todas as partes pela adoção de práticas comerciais uniformes. O pedido foi indeferido, pois o argumento já teria sido afastado no voto pelo relator.

No mesmo sentido, a excludente de ilicitude das condutas pela existência de poder compensatório também foram foco da decisão do Conselheiro Márcio Oliveira Junior no Processo Administrativo nº 08012.003422/2004-41⁴⁷⁴. Tal processo apurou o abuso do poder de barganha de entidades de classe, Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado de Mato Grosso (COOPANEST/MT) e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS/MT), por meio de imposição em bloco de preços e condições contratuais a planos de saúde.

Em seu voto, também considerou elementos a serem analisados para que a prática seja punível pela autoridade antitruste e para que a análise seja considerada sob a regra da razão: “(a) (i) legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral”⁴⁷⁵.

E concluiu pela prática de infração à ordem econômica pela UNIDAS pela negociação coletiva dos honorários médicos e induzir as OPSs de atuação de conduta uniforme, suprimindo a negociação livre sobre honorários médicos. O processo foi arquivado para a COOPANEST/MT, tendo em vista a assinatura de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com o CADE.

Em pedido de reconsideração, a UNIDAS requereu a reforma da decisão do plenário, sustentando a aplicação da tese do poder compensatório como uma solução benéfica e relevante para a adoção de práticas comerciais uniformes no Direito Concorrencial, para que os beneficiários dos planos não fossem prejudicados pela falta de atendimento médico⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003422/2004-41**. Representante: Fundação de Seguridade Social (GEAP). Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado de Mato Grosso (COOPANEST/MT) e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS/MT) (atual razão social do Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Autogestão em Saúde - CIEFAS). Terceira interessada: Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 09 nov. 2016.

⁴⁷⁵ BRASIL, *ibidem*.

⁴⁷⁶ Mesmo argumento foi utilizado pela UNIDAS, no Processo Administrativo nº 08012.009381/2006-69, em sede de Embargos de Declaração, os quais tiveram provimento negado pelo Conselheiro Relator. Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009381/2006-69**. Representante: Caixa de Assistência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro (CAARJ). Representado:

Sustentou ainda que não houve abuso de poder econômico pelas recorrentes. O então Conselheiro relator, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, indeferiu o pedido de plano por entender improcedente a pretensão da parte.

No Processo Administrativo n. 08012.002874/2004-14⁴⁷⁷, em que fui o conselheiro relator, defendi que condutas relacionadas a barganha coletiva, no caso a negociação de valores de alguns procedimentos médicos e de condições contratuais em nome das filiadas, podem resultar tanto em eficiências quanto em riscos concorrenciais, sendo necessário analisar os efeitos líquidos baseados da regra da razão⁴⁷⁸. No caso, entendi que “a negociação coletiva de pequenos players pode ter o condão de gerar eficiências”⁴⁷⁹. Sugeri, ainda, ao Conselho que aprofundasse na análise de casos semelhantes “em que haja barganha coletiva, especialmente nos mercados *upstream* e quando há como pano de fundo a tese do poder compensatório”⁴⁸⁰.

Embora seus requisitos não estivessem presentes, a tese do poder compensatório foi admitida ainda no Processo Administrativo n. 08012.000758/2003-71⁴⁸¹, entendida como apta

Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ), Associação Médica do Estado do Rio de Janeiro (SOMERJ) e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Relator: Conselheiro João Paulo de Resende. Brasília, 09 dez. 2015.

⁴⁷⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.002874/2004-14**. Representante: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Representados: Conselho Regional de Medicina do estado do Mato Grosso do Sul (CRM-MS), Associação Médica da Grande Dourados (AMGD), União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS) e Antonio Fernando Gaiga. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, 01 fev. 2017.

⁴⁷⁸ O mesmo entendimento foi apresentado pelo Conselheiro Eduardo Pontual, nos Atos de Concentração nº 08012.005135/2005-57 e nº 08012.005374/2002-64.

⁴⁷⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.002874/2004-14**. Representante: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Representados: Conselho Regional de Medicina do estado do Mato Grosso do Sul (CRM-MS), Associação Médica da Grande Dourados (AMGD), União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS) e Antonio Fernando Gaiga. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, 01 fev. 2017.

⁴⁸⁰ BRASIL, *ibidem*.

⁴⁸¹ “[...] de forma geral, a condutas de edição de Tabela de forma não impositiva, feita por associações, sindicatos, etc., devem ser analisadas pela regra da razão, pautando-se por dois quesitos principais. Em primeiro lugar, é preciso verificar o grau de poder de mercado dos agentes em conjunto. Em segundo, é preciso analisar se há mecanismos de coerção/punição (ou também chamados de enforcement) para com os seus associados e para com aquele com quem se está negociando, havendo uma inversão no poder da barganha, deixando a parte que tinha previamente poder sem alternativa” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.000758/2003-71**. Representantes: Fundação de Seguridade Social (GEAP), Associação dos Sistemas de Autogestão em Saúde Próprios de Empresas do Espírito Santo (ASASPE/ES), União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS), Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo (SINAMGE) e Saúde Assistência Médica. Representados: Associação de Hospitais, Clínicas e Prestadores de Serviços afins à área de Saúde do Espírito Santo (AHCES), Associação Médica do Estado do Espírito Santo (AMES), Conselho Regional de Medicina do Estado do Espírito Santo (CRM/ES), Sindicato dos Médicos do Espírito Santo (SIMES), Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito Santo (SINDHES), União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS), Centro Hospitalar Granmater Ltda., Hospital da Associação dos Funcionários Públicos do Espírito Santo (AFPES), Hospital Evangélico de Cachoeiro de Itapemirim (HECI), Hospital Evangélico de Vila Velha/Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense (HEVV/AEBES), Hospital Santa Mônica Ltda. (HSM), Hospital Meridional (Meridional), Hospital Metropolitano S.A., Hospital Praia da Costa Ltda., Casa de Saúde Santa Maria S.A., Maternidade Santa Paula

a corrigir ou mitigar a assimetria de poder entre os agentes de um mesmo mercado, em determinadas situações, sem constituir um ilícito contra à ordem econômica. Na ocasião, foi compreendido, pelo voto da Conselheira Cristiane Alkmim, que nem todo tipo de negociação coletiva por representantes de serviços de saúde pode ser considerado anticompetitivo, e que condutas relativas a negociações coletivas e tabelas de preços praticadas por associações e sindicatos nesses casos devem ser analisadas sob a regra da razão, a fim de se verificar a probabilidade de exercício de poder de mercado e as eficiências dessa conduta, pelo simples fato de que negociações coletivas nem sempre são danosas ao bem-estar social.

Além de tudo o que foi exposto, vale ressaltar que o poder compensatório nos casos de barganha coletiva, além de equilibrar as relações de mercado, pode levar à mitigação dos custos de transação entre as partes: operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviços⁴⁸².

No mesmo sentido o Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia, em seu voto vista no Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-71, ressaltou a assimetria de poder existente entre médicos e operadoras de planos de saúde, e que o poder compensatório não deve alcançar aqueles agentes que não se encontrem em posição de inferior frente aos médicos:

Sob essa perspectiva, se uma análise criteriosa já deve ser feita em relação ao posicionamento dos médicos diante de operadoras de planos de saúde, essa preocupação deve ser ainda maior quando se trata de práticas coordenadas entre sociedades de prestação de serviços médicos, que são pessoas jurídicas de maior porte e conseqüentemente, maior poder de mercado do que meros indivíduos. Nesse sentido, a argumentação do poder compensatório não se presta a alcançar hospitais, clínicas e laboratórios, entes empresariais que não se encontram na mesma posição de inferioridade e assimetria que o médico individualmente considerado.⁴⁸³

O conselheiro Maurício reforçou que as características do mercado de saúde suplementar podem trazer ao CADE uma visão mais flexível quanto à utilização de poder compensatório pela análise da regra da razão.

Ltda., Hospital Santa Rita de Cassia Vitoria/Associação Feminina Educação Combate Câncer (AFECC), Maternidade Santa Úrsula de Vitória Ltda., Casa de Saúde São Bernardo, Hospital e Maternidade São Francisco de Assis Ltda., Hospital São Luiz Ltda., Unimed Sul Capixaba Cooperativa de Trabalho Médico, Vitória Apart Hospital S.A. (VAH) e Arlindo Borges Pereira. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmim Junqueira Schmidt. Brasília, 05 dez. 2018. p. 18.

⁴⁸² “No concernente aos custos de transação, em particular, registre-se que, em muitas ocasiões, é muito menos custoso transacionar com um único agente econômico (associação, cooperativa, etc.) do que com milhares de agentes pulverizados (médicos, motoristas, caminhoneiros, ascensoristas, secretarias, etc.)” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.000758/2003-71**. Representantes: Fundação de Seguridade Social (GEAP) [...]. Representados: Associação de Hospitais, Clínicas e Prestadores de Serviços afins à área de Saúde do Espírito Santo (AHCES) [...]. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmim Junqueira Schmidt. Brasília, 05 dez. 2018.

⁴⁸³ Voto vista Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia em BRASIL, *ibidem*.

O Processo Administrativo nº 08012.008407/2011-19⁴⁸⁴ cuidou da investigação de condutas anticompetitivas caracterizadas por influência de prática concertada entre cirurgias torácicas e cirurgias cardiovasculares no mercado de prestação de serviços médicos; especificamente, de cirurgias torácicas e cardiovasculares, praticadas pelas representadas Sociedade Brasileira de Cirurgia Cardiovascular (SBCCV), Sociedade Brasileira de Cirurgia Torácica (SBTC), Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Paraná (Coopcardio/PR) e Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Rio de Janeiro (Cardiocoop/RJ).

A defesa da Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Paraná (Coopcardio/PR) alegou, entre outros argumentos, que a sua criação foi em decorrência de poder compensatório para fazer frente ao poder de mercado dos hospitais e planos de saúde da região: “Cumprir observar que a admissibilidade da barganha coletiva como legítimo exercício de poder compensatório na relação entre prestadores de serviços de saúde e operadoras de planos de saúde constitui tema necessita de maior reflexão [...]”⁴⁸⁵.

Entre as condutas estavam a advertência/expulsão de associados que cobrassem valores abaixo dos definidos pela sociedade, a divulgação de tabela de preços mínimos de honorários médicos e procedimentos hospitalares/exames (CBHPM), e a uniformização de preços pelas cooperativas aos cooperados. O Tribunal, por maioria, condenou as representadas ao valor de multas, que somadas, chegam ao montante de aproximadamente R\$ 866 mil. A tese do poder compensatório não foi abordada nos votos dos conselheiros. O Conselheiro Maurício Bandeira Maia apenas reiterou sua posição conforme seu voto proferido no processo 8012.000758/2003-71, de que o poder compensatório só deve ser analisado sob a regra da razão se atendidos os critérios⁴⁸⁶ outrora fixados pelo Conselheiro Márcio de Oliveira Junior, do contrário, “não há poder compensatório que justifique a ilicitude anticompetitiva e a perda de bem-estar decorrente

⁴⁸⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.008407/2011-19**. Representante: SDE *ex officio*. Representados: Sociedade Brasileira de Cirurgia Torácica (SBCT), Sociedade Brasileira de Cirurgia Cardiovascular (SBCCV), Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Paraná (COOPCARDIO-PR), e Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Rio de Janeiro (CARDIOCOOP-RJ). Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, 30 jan. 2019.

⁴⁸⁵ SEI 0001834, p. 59 em BRASIL, *ibidem*.

⁴⁸⁶ “a) (i) legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral”. Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003422/2004-41**. Representante: Fundação de Seguridade Social (GEAP). Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado de Mato Grosso (COOPANEST/MT) e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS/MT) (atual razão social do Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Autogestão em Saúde - CIEFAS). Terceira interessada: Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAUDE). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 09 nov. 2016.

da atitude concertada de agentes para obtenção de vantagens uniformes e em detrimento da posição negocial da parte contrária”⁴⁸⁷.

Verifica-se assim, que há certa flexibilização da interpretação do Tribunal do CADE no que concerne às especificidades do mercado de saúde suplementar, tendo considerado, por diversas vezes, a utilização da tese do poder compensatório a partir da regra da razão, ainda que isso não seja pacífico pelo Conselho.

Por fim, com algumas ressalvas ao entendimento jurisprudencial firmado, defende-se aqui o poder compensatório como alternativa para apagar os conflitos no mercado de saúde suplementar, assegurando a livre concorrência, mesmo com o problema do repasse de aumentos dos custos dos planos ao consumidor, o que é contestável.

Nesse sentido, cabe citar estudo recente elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE (DEE)⁴⁸⁸, o qual atentou para a análise com cautela do risco de dupla margem nas hipóteses de organização de associações de profissionais e cooperativas, pois nesses casos o poder compensatório pode implicar ganhos de bem-estar. Além disso, a ilicitude do exercício do poder compensatório não deve se atrelar unicamente aos resultados eficientes decorrentes da conduta, conforme já demonstrado.

A análise da evolução jurisprudencial do CADE sobre a atuação de prestadores de serviços médicos em cooperativas, associações de classe, ou sociedades médicas, auxiliou na compreensão da complexidade da tese do poder compensatório, permitindo identificar as principais amarras tangentes à sua admissão.

A jurisprudência firmada pelo CADE mostra que a maioria das condutas concertadas entre médicos para contrapor poder das operadoras de planos de saúde foram condenadas pela prática de influência à adoção de conduta comercial uniforme por considerar, em última análise, a redução de preços aos consumidores finais. Dentre os condenados pode-se destacar as entidades prestadoras de serviços médicos e hospitalares, clínicas, hospitais e laboratórios. Percebeu-se uma flexibilidade maior na forma de análise de processos que investigaram a

⁴⁸⁷ SEI 0575724 em BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.008407/2011-19**. Representante: SDE *ex officio*. Representados: Sociedade Brasileira de Cirurgia Torácica (SBCT), Sociedade Brasileira de Cirurgia Cardiovascular (SBCCV), Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Paraná (COOPCARDIO-PR), e Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Rio de Janeiro (CARDIOCOOP-RJ). Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, 30 jan. 2019.

⁴⁸⁸ CADE. Departamento de Estudos Econômicos (DEE). **Cadernos do Cade**: Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica. Brasília, jul. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/cadernos-do-cade-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-planos-de-saude-hospitais-e-medicina-diagnostica-2018.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

conduta de médicos individuais ou entidades representativas, pela utilização da regra da razão⁴⁸⁹.

O uso sugestivo de tabelas de honorários médicos elaborados por entidades de classe médica pode ser autorizado na medida em que respeite determinados parâmetros, como, por exemplo, a não retaliação ou coerção aos médicos quanto à adoção das tabelas, e não fazer movimentos de paralisação ou boicote coletivo. Isso não era considerado a partir dos anos 1990, quando o Conselho não distinguia a conduta segundo o tipo de prestador de serviço que integrada do polo passivo. Com o passar dos anos, o Conselho passou a exigir outros elementos para fundamentar a condenação de entidades pela elaboração/imposição de tabela de honorários médicos, reconhecendo inclusive excludentes de ilicitude da conduta, ou a necessidade de se demonstrar poder de mercado dos representados⁴⁹⁰.

Com o aumento das concentrações dos planos de saúde, e conseqüentemente o aumento da assimetria de poder entre estes e as entidades médicas, o CADE passou a analisar com mais cautela as dinâmicas das negociações entre as partes. Das implicações geradas por essa assimetria de poder, surgiu a discussão com mais afinco da possibilidade de aplicação da tese do poder compensatório, haja vista uma suposta situação de fragilidade dos médicos que tentavam barganhar seus preços e condições com os planos de saúde.

Principalmente nos anos 2014 em diante, o poder compensatório tem sido um argumento frequentemente levantado na defesa das cooperativas de especialidades médicas, quando representadas em procedimentos de investigação no CADE. Em suma, o CADE não tem aceitado a aplicação da tese do poder compensatório. Ainda que o entendimento de alguns conselheiros tenha sido pela possibilidade de adoção da tese, ficou bastante claro que isso deve

⁴⁸⁹ Importante ressaltar o entendimento da Superintendência-Geral, no Processo Administrativo nº 2005-57, de que cartéis de compra conjunta de serviços médicos pelas OPSs deveriam ser analisados segundo a regra da razão: “nem todos os arranjos para compra conjunta podem ser considerados ‘cartéis de compra’. Em algumas circunstâncias, a compra conjunta, no mercado de saúde, pode ter como efeitos ganhos de eficiência e efeitos positivos no mercado. Por exemplo, ao obter ganhos de escala em avaliar informações sobre custo e qualidade, permite-se que o grupo contrate serviços de consultoria ou adote outras estratégias para obter maior nível de sofisticação na compra de serviços complexos. Pode também diminuir custos administrativos para operadoras de planos de saúde individuais, que deveria empregar pessoas com conhecimento específico sobre definição de contratos com hospitais e médicos para o credenciamento de procedimentos médicos. Dessa forma, a formação de blocos de negociação de compradores deve ser analisada segundo a regra da razão”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005135/2005-57**. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Associação Médica do Rio Grande do Norte (AMRN), Sindicato dos Médicos do Rio Grande do Norte (SINMED-RN), Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Norte (CRM-RN) e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Voto-vista: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 15 out. 2014.

⁴⁹⁰ CADE. Departamento de Estudos Econômicos. **Mercado de Saúde Suplementar: Conduas – 2015**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-saude-suplementar-condutas-2013-2015.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ocorrer sob o manto de critérios rigorosos de aplicação. E nos casos em que a tese foi aceita por alguns conselheiros para afastar a ilicitude da conduta ou atenuar a pena, estes ficaram vencidos pela maioria do Conselho, que decidiu por condenar os representados⁴⁹¹.

No mais, o afastamento da tese do poder compensatório tem sido utilizado quase que exclusivamente com base no aumento dos custos ao consumidor final, acarretando graves riscos para o equilíbrio do mercado, pois protege-se apenas um dos lados da relação – no caso, o poder de monopólio das OPSs.

⁴⁹¹ CADE. Departamento de Estudos Econômicos. **Mercado de Saúde Suplementar: Conduas** – 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-saude-suplementar-condutas-2013-2015.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

CAPÍTULO IV – A BARGANHA COLETIVA NA VISÃO DA AUTORIDADE ANTITRUSTE AUSTRALIANA (ACCC)

Para alcançar os resultados desejados, será necessária uma análise do comportamento das agências nacionais e internacionais frente às negociações coletivas em sua jurisdição. Para isso, é cogente estudar como o tema foi e é tratado historicamente no mundo, a influência da conjuntura econômica em cada país, e trazer alguns casos práticos para análise, atentando para suas fundamentações.

Para tanto, o presente trabalho busca a experiência comparada à autoridade antitruste australiana, a *Australian Competition & Consumer Commission (ACCC)*, especificamente no que diz respeito ao tratamento dado às negociações coletivas naquela jurisdição. A justificativa para a construção desta tese perpassa pela análise de casos junto à comunidade antitruste australiana, tendo em vista o maior grau de maturidade se comparada à brasileira sobre o tema da colaboração entre competidores, barganha coletiva, boicote coletivo, tudo à luz da tese do poder compensatório desenvolvida por John Kenneth Galbraith.

A Austrália adota um modelo bastante arrojado para a análise de negociações como a barganha coletiva, partindo da premissa de que esses tipos de acordos entre concorrentes incrementam o desenvolvimento da economia e tornam mais diversificadas as empresas. Nesse cenário, observa-se verdadeira política de estímulo à cooperação entre concorrentes para barganhar coletivamente frente a outro agente econômico presente em elo diverso da cadeia produtiva. Assim sendo, podem receber isenção total da aplicação da lei antitruste pela autoridade, a depender do caso. Trata-se de verdadeiro incentivo para que agentes de pequeno e médio porte tenham maior previsibilidade e segurança jurídica ao celebrar tais acordos⁴⁹².

Isso porque a autoridade de concorrência da Austrália analisa esse tipo de conduta segundo a regra da razão, nos moldes de um ato de concentração, estipulando procedimento prévio de notificação e autorização para barganhar coletivamente contra determinada empresa no mercado a jusante ou a montante. Justamente por ser a única jurisdição que aplica esse procedimento de notificação prévia para casos de barganha coletiva é que o presente estudo tomou por base referida autoridade antitruste.

⁴⁹² DOUER, Zack; SAITO, Carolina. Grupo de Compras: cooperação ou colusão? **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 6, n. 1., maio 2018. p. 129. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/370>. Acesso em: 02 jun. 2022.

A possibilidade de admitir a barganha coletiva e o acordo entre competidores pela ACCC dá sentido ao estudo aqui presente. Embora a Lei de Concorrência australiana considere ilegal empresas concorrentes se juntarem para acordos de preços ou cobrança de taxas, há a possibilidade de solicitarem à ACCC determinada autorização para a prática dessa conduta, em caso de esse acordo gerar benefícios públicos.

Observa-se, assim, a devida importância dada pela autoridade australiana sobre o tema, uma vez que não o trata de forma marginal, haja vista a instituição de procedimentos específicos para sancionar esse tipo de conduta, quais sejam: autorização e notificação. A primeira pode ser concedida em determinadas situações – destaca-se a barganha coletiva – quando empresas de pequeno porte negociam acordos com grandes consumidores e/ou fornecedores. Diferentemente da autorização, a notificação caracteriza-se pela identificação de todos os membros que fazem parte da barganha, tendo um alvo específico para negociação, e um valor máximo do ganho que cada membro poderá auferir anualmente, e um limite temporal de três anos para duração da negociação.

A política adotada pela jurisdição australiana, com a criação de procedimentos que possibilitam a existência de acordos como o da barganha coletiva, advém da possibilidade de gerarem eficiências e benefícios à coletividade, respaldados na tese do poder compensatório, com diminuição da assimetria de poder de mercado entre as partes e benefícios gerados para a coletividade.

Este capítulo, portanto, tem por objetivo entender a aplicação da barganha coletiva à luz da tese do poder compensatório, com base na experiência da autoridade antitruste australiana. Para isso serão analisados os procedimentos prévios de autorização e de notificação para barganha coletiva junto ao órgão de concorrência australiano, bem como os casos concretos sobre barganha coletiva notificados e autorizados. A finalidade está em melhor compreender como o tema é lá abordado, quais são seus limites de aplicação e suas consequências para a sociedade.

4.1. EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO ANTITRUSTE PARA CASOS DE BARGANHA COLETIVA NA VISÃO DA ACCC

A legislação antitruste australiana (*Competition and Consumer Act*) prevê que os agentes econômicos ajam de modo independente ao definir preços e condições no mercado, e, por consequência, se atuarem coletivamente estarão sujeitos a repressão legal. A agência

australiana, *Australia Competition and Consumer Commission*, como regra, considera as práticas de barganha coletiva e boicote coletivo como anticompetitivas.

A prática de barganha coletiva, conforme a definição disposta no próprio site da Comissão⁴⁹³, ocorre quando duas ou mais pequenas empresas se reúnem para negociar com um fornecedor ou cliente sobre termos, condições e/ou preços. Já a prática de boicote coletivo⁴⁹⁴ ocorre quando grupos de concorrentes se recusam a fornecer ou comprar de um cliente ou fornecedor específico em uma negociação, a menos que a contraparte aceite os termos e condições propostos.

Contudo, há algumas circunstâncias específicas em que esses tipos de acordos coletivos passam a ser permitidos, quando, por exemplo, pequenas empresas não conseguem negociar individualmente com as grandes, e juntas podem ter melhores condições de negociação. A Lei, portanto, pode permitir que acordos coletivos, pré-definidos como condutas anticompetitivas, sejam autorizados pela Agência Antitruste, quando as eficiências geradas pela negociação superarem os prejuízos à concorrência.

Há dois procedimentos, segundo a legislação concorrencial australiana, por meio dos quais a barganha coletiva e o boicote coletivo podem ser considerados legais, ou seja, para que uma empresa solicite isenção antitruste ao barganhar coletivamente: autorização e notificação. As empresas podem entrar em contato com o ACCC para que possa ser discutido qual tipo de medida é mais adequado para acordos específicos. Caso a conduta tenha potencial de violar a previsão normativa do *Competition and Consumer Act*, as isenções podem ser concedidas.

4.1.1 Procedimento Prévio de Notificação e Autorização para Barganha Coletiva

4.1.1.1 Autorização (Authorisation)

O procedimento de autorização ao ACCC está previsto na Divisão 1 (*Authorisations*) da Parte VII (*Authorisations and notifications*) da *Competition and Consumer Act 2010* e também no Guia para Autorizações de Conduta de 2019 da ACCC (*Guidelines for*

⁴⁹³ COLLECTIVE bargaining & Collective boycotts. **Australia Competition & Consumer Commission**. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/collective-bargaining-boycotts>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁴⁹⁴ COLLECTIVE bargaining & Collective boycotts. **Australia Competition & Consumer Commission**. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/collective-bargaining-boycotts>. Acesso em: 02 jun. 2022.

Authorisation of Conduct (non-merger)). De acordo com o Guia para Autorização de Condutas, o processo de autorização é um importante instrumento previsto pela Lei de Defesa da Concorrência australiana, ao reconhecer que em certas circunstâncias determinada conduta pode não ser prejudicial à concorrência e gerar benefícios à coletividade que superem os prejuízos, ou porque não diminuirá substancialmente a concorrência.

A autorização poderá ser concedida para um agente econômico que queira se certificar se a conduta proposta viola ou possa violar as disposições da legislação antitruste. Quaisquer empresas envolvidas na conduta proposta estão legitimadas a solicitar a autorização em nome de todas as empresas participantes. Assim, quando um pedido é apresentado em nome de outras partes, o ACCC geralmente assumirá que essas partes deram consentimento.

De acordo com a Seção 88A(1) da legislação, a Comissão poderá conceder uma autorização a um agente econômico para se envolver em uma conduta especificada na Parte IV da Lei, incluindo cartel, acordos com cláusulas anticompetitivas, práticas concertadas, boicotes secundários, etc. Entre os acordos que comumente são solicitados a serem autorizados estão os acordos de negociação coletiva. A partir de novembro de 2017, a Comissão passou a considerar pedidos de autorização para práticas concertadas e mau uso de poder de mercado. Não é necessário que o requerente demonstre que as condutas apresentadas são anticoncorrenciais, mas que possam violar uma disposição legal. No entanto, qualquer autorização concedida pelo ACCC deve especificar as disposições da Lei que não serão aplicáveis em relação à conduta especificada enquanto a autorização estiver em vigor.

O pedido de autorização estará sujeito a um “*relevant legal test*” ou teste relevante, a depender da conduta praticada, e será aplicado pela autoridade. Referido teste é aplicado a toda solicitação de autorização envolvendo conduta para avaliar o efeito desta para a concorrência, e os possíveis benefícios ou prejuízos resultantes, comparando como seria o mercado futuro, com e sem a conduta⁴⁹⁵. Quando a conduta for *per se*, a autorização pode ser concedida se o ACCC entender que os prováveis benefícios públicos superam os prejuízos. Para as condutas que são ilegalmente *per se*, quais sejam, condutas de cartel (Divisão 1 da Parte IV da Lei), de

⁴⁹⁵ De acordo com o *Guidelines for Authorisation of conduct* (item 6.11), O ACCC avaliará a chance real de ocorrer um resultado anticompetitivo no mercado com a conduta a ser praticada: “**With and without** 6.11 In applying the authorisation test, the ACCC compares the likely future with the conduct that is the subject of the authorisation to the likely future without the conduct. In particular, the ACCC will compare the state of competition and the public benefits and detriments likely to arise in the future where the conduct occurs, against the future in which the conduct does not occur. This approach enables the ACCC to focus its assessment on the impact of the conduct rather than other effects that would occur irrespective of whether the conduct occurs”. ACCC. **Guidelines for Authorisation of Conduct (non-merger)**. [S. 1.], mar. 2019. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/publications/guidelines-for-authorisation-of-conduct-non-merger>. Acesso em: 02 jun. 2022.

boicotes secundários (Seções 45D e 45DB da Lei) e de fixação de preço de revenda (Seção 48 da Lei), o teste legal tem dois possíveis caminhos: o ACCC pode conceder autorização (i) se a conduta a ser praticada não tenha probabilidade de diminuir substancialmente a concorrência, ou (ii) se a conduta resultar em possíveis benefícios que superem os prejuízos para o público⁴⁹⁶. Para as condutas que não são ilegalmente *per se* (outros acordos anticompetitivos, uso indevido de poder de mercado e acordos de exclusividade), o ACCC poderá conceder autorização para aquelas condutas que poderiam infringir a Lei, mas que não teriam o efeito de diminuir substancialmente a concorrência, ou que resultariam em um benefício para a coletividade que compense o prejuízo causado. O requerente poderá indicar qual destas partes é mais apropriada para aplicar o teste relevante à conduta proposta. Quando a autoridade não estiver satisfeita em relação à possibilidade de a conduta resultar benefícios líquidos positivos, poderá considerar se há partes da conduta proposta que possam violar apenas disposições não *per se* da Lei, e considerar apenas para estas a autorização. O ônus de aplicar o teste relevante é do requerente, e o ACCC terá natureza discricionária para conceder uma autorização, limitado ao escopo e aos propósitos da Lei. A definição do mercado relevante é uma ferramenta que poderá ser útil na avaliação de um pedido de autorização, e se assim considerar a autoridade, será adotada abordagem semelhante à que é feita na análise de fusões.

O ACCC levará em consideração uma série de fatores para avaliar a probabilidade de diminuição substancial da concorrência em relação à conduta proposta para a qual a autorização é solicitada. De acordo com a Seção 50(3) da Lei, a autoridade deverá considerar se determinada aquisição teria o efeito ou o provável efeito de reduzir substancialmente a concorrência em um mercado, considerando: a participação de mercado do requerente, o nível de concentração do mercado, barreiras à entrada, importação, substitubilidade, poder compensatório, características dinâmicas do mercado, grau de integração vertical.

A autoridade pode conceder uma autorização única para todas as condutas especificadas num pedido ou pode conceder autorizações separadas para cada uma das condutas, conforme o disposto na Seção 88A(5) da Lei. Nesse contexto, quando parte de uma empresa faz dois ou mais pedidos de autorização concomitantemente, porém sobre assuntos relacionados, a

⁴⁹⁶ Como benefícios para o público a Comissão deve considerar: aumento significativo do valor real das exportações, uma substituição significativa de produtos nacionais por bens importados, e deve levar em consideração todas as outras questões relevantes relacionadas com a competitividade internacional de qualquer indústria australiana. (Seção 90 (9A) da CCA). AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. **Competition and Consumer Act 2010**. An Act relating to competition, fair trading and consumer protection, and for other purposes. Act n. 51, 1974, Compilation n. 139, 5 out. 2021. Disponível em: http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/consol_act/caca2010265/. Acesso em: 02 jun. 2022.

autoridade não deverá tomar nenhuma decisão isolada em relação a qualquer um dos pedidos, mas deverá tomar uma decisão concomitante sobre todos eles. Além disso, importante frisar que a Comissão não poderá decidir sobre autorizações de comportamentos ocorridos antes da decisão do pedido, ou seja, a concessão da autorização deve ser prévia a conduta futura.

Antes da apresentação do pedido de autorização, a parte poderá procurar o ACCC para discutir informalmente sobre o caso, a fim de garantir que o pedido será válido e com informações e documentos suficientes para a análise.

O processo de autorização consiste em um processo público, o qual se inicia com a apresentação de um pedido válido. O pedido e a decisão final são colocados no registro público de autorizações. Contudo, os requerentes e as partes interessadas podem fazer um pedido fundamentado de confidencialidade ao ACCC e solicitar que a informação, ou parte dela, sejam excluídas do registro público. A análise é realizada caso a caso.

O processo de autorização é realizado em seis etapas. Na primeira, ocorre uma discussão preliminar entre o ACCC e o requerente para delinear a proposta e discutir as informações que serão necessárias para avaliar o pedido.

Na segunda, é constatada a validade do pedido de autorização⁴⁹⁷, que deverá ser feito através do preenchimento do formulário⁴⁹⁸ por escrito aprovado pela Comissão, com as informações exigidas. O formulário também deverá estar acompanhado de quaisquer outras informações ou documentos previstos na regulamentação⁴⁹⁹, e ser acompanhado do pagamento de uma taxa de inscrição de US \$ 7.500 e de uma declaração assinada constando que o

⁴⁹⁷ As regras para o pedido válido se aplicam também para pedidos de alteração de autorização, revogação de uma autorização, e revogação com substituição por outra autorização, conforme disposto na Seção 89A (1) de AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. **Competition and Consumer Act 2010**. An Act relating to competition, fair trading and consumer protection, and for other purposes. Act n. 51, 1974, Compilation n. 139, 5 out. 2021. Disponível em: http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/consol_act/caca2010265/. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁴⁹⁸ AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. **Application for authorisation for proposed conduct**: Guidance in completing your application to the ACCC. Disponível em: https://www.accc.gov.au/system/files/Application%20for%20Authorisation%20%28non-merger%29_3.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁴⁹⁹ O nível de detalhe e o tipo de informação necessária para que um pedido seja válido irão diferir dependendo da natureza e da complexidade da conduta: “3.10 An application for authorisation will be assessed more efficiently and effectively if the information and evidence provided in the application are comprehensive. The level of detail and the type of information required for an application to be valid will differ depending on the nature and complexity of the arrangements or conduct. Some questions on the form might not be relevant to a particular application and, where this is the case, the applicant should briefly explain why a question is not relevant”. ACCC. **Guidelines for Authorisation of Conduct (non-merger)**. [S. l.], mar. 2019. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/publications/guidelines-for-authorisation-of-conduct-non-merger>. Acesso em: 02 jun. 2022.

requerimento é verdadeiro⁵⁰⁰ e completo. A Comissão deverá analisar a validade do pedido no prazo de 5 dias a partir do recebimento e, constatando a invalidade, deverá notificar a requerente por escrito, declarando a sua justificativa⁵⁰¹. Sendo o pedido válido, será publicado no registro público.

A terceira etapa consiste numa consulta pública conduzida pelo ACCC com as partes interessadas, em que a comissão poderá: (i) enviar um aviso escrito a todos os interessados, solicitando a apresentação do pedido, dentro de um prazo determinado; (ii) notificar o requerente por escrito, solicitando que forneça à Comissão informações adicionais relevantes para a tomada de decisão, dentro de um prazo determinado; (iii) notificar uma pessoa por escrito solicitando que forneça à Comissão informações específicas relevantes para a tomada de decisão, dentro de um prazo determinado; e (iv) consultar as pessoas que considere razoáveis e adequadas para fazer sua determinação sobre o pedido (Seção 90 (6) da CCA).

Após validamente apresentado ao ACCC, não há previsão legal para um requerente alterar o pedido de autorização, podendo aceitar na prática emendas no período de avaliação (seis meses). Para aceitar um pedido de alteração, a autoridade levará em conta a natureza da alteração, a necessidade de consultas adicionais com as partes interessadas e o momento do pedido. O requerente da autorização poderá, a qualquer momento, por escrito, solicitar a retirada do pedido, antes de o ACCC conceder sua decisão final.

Na quarta etapa, o ACCC apresenta um esboço do projeto de deliberação, onde declarará a concessão ou negativa da proposta. Antes de determinar o pedido de autorização, a Comissão deverá dar oportunidade para conferência.

A quinta etapa trata da conferência ou consulta pública, conduzida pelo ACCC acerca do projeto de deliberação. O ACCC, após o pedido tornar-se público, possibilita que as partes interessadas apresentem submissões por escrito em resposta às questões levantadas, concedendo ao requerente e às partes interessadas a possibilidade de solicitar uma conferência de pré-decisão onde possam apresentar suas fundamentações. Nesta etapa, a Comissão deve notificar por escrito os requerentes ou qualquer outra pessoa interessada, no prazo de 14 dias após a data fixada pela Comissão, para manifestarem-se acerca da ocorrência da conferência

⁵⁰⁰ O fornecimento de declarações falsas ou enganosas configura crime, vide Section 137 de AUSTRALIA. **Criminal Code Act 1995**. Act n. 12, 1995, Compilation n. 138, 28 mar. 2021. Disponível em: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021C00183>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁵⁰¹ Na maioria dos casos, ao constatar a invalidade, o ACCC dará ao requerente a oportunidade de retificar e reenviar a solicitação. Cf. item 3.30 de ACCC. **Guidelines for Authorisation of Conduct (non-merger)**. [S. l.], mar. 2019. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/publications/guidelines-for-authorisation-of-conduct-non-merger>. Acesso em: 02 jun. 2022.

sobre o projeto de deliberação, nos termos da Seção 90A da CCA. Se convocada, a conferência deverá ser realizada no máximo após 30 dias da data indicada.

Na conferência, a Comissão será representada por um ou mais membros, nomeados, e por cada pessoa a quem a notificação foi enviada, e ainda por qualquer outra pessoa interessada (que tenha notificado a comissão por escrito) cuja presença seja adequada pela Comissão, que julgue ser o interesse real e substancial. O membro da Comissão deverá emitir um certificado em relação ao projeto de deliberação, atestando o dia da primeira notificação e o dia em que a conferência findou. O registro da conferência é enviado aos participantes e a outras partes interessadas e é colocado no registro público.

A Comissão tomará ciência das questões levantadas na conferência e poderá, a qualquer momento após o seu encerramento, decidir sobre o pedido. No caso de dois ou mais pedidos apresentados pela mesma pessoa ou que sejam relacionadas entre si, ou com pedidos iguais ou semelhantes, a Comissão poderá considerá-los como um único pedido, preparando um único projeto de deliberação e realizando uma única conferência em relação a esses projetos.

A decisão final pelo ACCC será emitida na sexta etapa. Ao tomar a decisão final, a Comissão deve levar em conta todas as apresentações ou informações recebidas ou obtidas através de consultas. A autoridade pode, mas não tem obrigação, de considerar as informações recebidas após o termo do período legal. Ao final, será emitida decisão final por escrito, em que será concedido ou rejeitado o pedido de autorização, indicando suas razões.

A decisão final deverá ser concedida dentro do prazo de seis meses do recebimento de um pedido válido, a menos que seja prorrogado. A prorrogação do prazo ocorre por até mais seis meses adicionais, caso o ACCC tenha emitido um projeto de determinação e o requerente concordar com a prorrogação. Uma vez iniciado o período de seis meses, o ACCC só poderá aceitar pequenas alterações ao requerimento. Se a Comissão não avaliar um pedido de autorização dentro do período relevante (admite-se também o prazo prorrogado quando assim o for), considera-se deferido o pedido ao final do prazo. O prazo legal de seis meses não se aplica a pedidos de revogação, revogação e substituição, ou pequenas alterações. O ACCC visa a avaliar os pedidos de autorização o mais rápido possível. Quando a conduta é direta e as questões levantadas não são complexas, o ACCC pode emitir uma determinação final dentro de três a quatro meses.

O ACCC poderá conceder autorização sujeita a uma condição pré-existente, ou a uma condição permanente, como por exemplo a exigência de relatórios periódicos. Em alguns casos, em vez de fazer com que o ACCC especifique as condições de uma autorização, o requerente

pode considerar preferível alterar seu pedido para tratar de quaisquer preocupações antes que o ACCC faça sua determinação final. O ACCC pode revogar uma autorização, após consulta, se uma condição a que a autorização estava expressamente sujeita não tiver sido cumprida. O não cumprimento de uma condição pode representar que a conduta praticada não se enquadra nos termos da autorização.

A Comissão poderá, a qualquer momento, conceder uma autorização provisória com finalidade de: (i) conceder o pedido de autorização; (ii) conceder o pedido de uma pequena alteração de uma autorização; (iii) conceder o pedido de revogação de uma autorização e substituição por outra; ou (iv) enquanto pendente de revisão pelo Tribunal, nos termos da Seção 91(2) da CCA.

No caso de solicitação de revogação da autorização, a Comissão deverá notificar as partes a respeito do pedido de revogação, indicando a base sobre a qual a revogação foi requerida, e solicitando a apresentação de propostas dentro de um prazo especificado pela Comissão.

Se a Comissão entender que a autorização foi concedida com base em provas ou informações falsas ou enganosas, ou que uma condição não foi cumprida, ou se houver alguma alteração significativa desde a concessão da autorização, a Comissão poderá, mediante notificação por escrito às partes interessadas, informá-las sobre o pedido de revogação, indicar o fundamento para tal e solicitar a apresentação de propostas relativas à revogação. Ao final, a Comissão poderá decidir revogar ou não a autorização. O mesmo procedimento se dá para solicitação de revogação da autorização e substituição por outra.

Importante ressaltar que o processo de autorização para fusões é diferente da autorização de condutas. Entre os tipos de conduta que o ACCC frequentemente analisa para fins de autorização está a negociação coletiva.

4.1.1.2 Notificação (*Notification*)

O procedimento de notificação ao ACCC está previsto na Divisão 2 (*Notifications*) da Parte VII (*Authorisations and notifications*) da *Competition and Consumer Act 2010*. Para fins desta pesquisa, o foco será apenas a parte de Notificação para barganha coletiva, previsto na Subdivisão B.

A notificação é um processo alternativo à autorização, e volta-se especificamente para partes envolvidas em barganha coletiva de pequenas empresas, acordos de exclusividade ou

fixação de preço de revenda. A notificação também é um processo público e dispõe dos mesmos requisitos que a autorização para ser apreciada, no entanto, em algumas circunstâncias, ela pode ser mais rápida. O ideal é que as empresas entrem em contato com a autoridade para verificar qual procedimento é o mais adequado para a solicitação de isenção de determinada conduta.

A notificação de negociação coletiva se inicia com um “Aviso à Comissão” quando uma empresa que: (a) fez ou se propôs a fazer um contrato que tenha o objetivo ou o provável efeito de conter uma cláusula de cartel⁵⁰²; ou (b) se propôs a fazer um contrato que contenha uma cláusula de cartel com o objetivo (45AD 3); ou (c) que se propôs a dar efeito a uma disposição de um contrato em que a disposição seja uma disposição de um cartel; ou (d) que se propôs a aplicar uma disposição de um contrato cujo objetivo é (45AD 3) [...] poderá enviar à Comissão o anúncio de negociação coletiva, com os elementos do contrato ou do contrato prévio.

O anúncio só será considerado se forem satisfeitos 3 requisitos: (i) a empresa ter feito ou ter se proposto a fazer um contrato inicial com uma ou mais pessoas/partes sobre fornecimento ou aquisição de determinados bens ou serviços; (ii) a empresa esperar que fará um ou mais contratos com a empresa(s) alvo(s) sobre o fornecimento ou a aquisição de um ou mais desses bens ou serviços; e, (iii) para um ou mais contratos com a empresa alvo, a soma do preço dos contratos para fornecimento ou aquisição desses bens ou serviços não deverá exceder AUD\$3.000.000,00, ou qualquer outra quantia prescrita pelo regulamento (que poderá prever valores diferentes em relação a setores diferentes), no período de 12 meses, a contar a partir do momento da notificação coletiva ou do momento em que foi celebrado o contrato inicial.

Para ser válido um aviso de negociação coletiva, este deverá estar num formulário aprovado por escrito pela Comissão, contendo informações exigidas, acompanhado de quaisquer outras informações e documentos, e de uma taxa, conforme prescrita na

⁵⁰² Que tenha o objetivo ou provável efeito de, direta ou indiretamente, fixar, controlar ou manter preço ou desconto, abatimento ou crédito em relação à bens ou serviços fornecidos ou provavelmente fornecidos, adquiridos, reaproveitados ou suscetíveis de serem reaproveitados, por qualquer parte do contrato, acordo ou entendimento, segundo a CCA, 45AD Cartel provisions (2): “The purpose/effect condition is satisfied if the provision has the purpose, or has or is likely to have the effect, of directly or indirectly: (a) fixing, controlling or maintaining; or (b) providing for the fixing, controlling or maintaining of; the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to: (c) goods or services supplied, or likely to be supplied, by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or (d) goods or services acquired, or likely to be acquired, by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or (e) goods or services re-supplied, or likely to be re-supplied, by persons or classes of persons to whom those goods or services were supplied by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or (f) goods or services likely to be re-supplied by persons or classes of persons to whom those goods or services are likely to be supplied by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding”. AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. **Competition and Consumer Act 2010**. An Act relating to competition, fair trading and consumer protection, and for other purposes. Act n. 51, 1974, Compilation n. 139, 5 out. 2021. Disponível em: http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/consol_act/caca2010265/. Acesso em: 02 jun. 2022.

regulamentação. O aviso de negociação feito por uma parte contratante se estende às demais participantes da negociação, incluindo aquelas que venham a se tornar membro do grupo após o aviso ser dado; ou seja, uma pessoa poderá solicitar a notificação em nome dos demais.

Um aviso de negociação coletiva não poderá ser dado em relação a um acordo cujo objeto foi requerido em autorização, ou se a Comissão decidiu indeferir o pedido, ou se o Tribunal decidiu sobre revisão uma determinação da Comissão, ou se o tempo para o pedido de revisão foi concluído sem que tenha sido feito um pedido.

Serão inválidos avisos de negociação coletiva se solicitados por sindicatos⁵⁰³, dirigentes de sindicatos ou pessoa representando um sindicato. Ao receber um aviso inválido, a Comissão terá 5 dias úteis para fornecer ao requerente uma declaração justificando o motivo da invalidade.

A Comissão poderá conceder à empresa uma notificação de objeção ao aviso já probabilidade de a negociação coletiva não compensar o prejuízo para o público. A objeção poderá ser dada em situações em que o contrato proposto contenha disposição que reduza substancialmente a concorrência, ou que não resulte em benefícios para a coletividade, ou que o benefício gerado não compense o prejuízo à coletividade.

O aviso de objeção também ocorrerá em casos que a empresa fornece um aviso de negociação coletiva que se relaciona total ou parcialmente com a conduta de boicote coletivo, ou se a Comissão já tiver enviado a empresa um aviso com condições impostas para boicote coletivo⁵⁰⁴, ou ainda se a comissão considerar que a empresa não cumpriu tais condições.

Ao enviar para empresa o aviso de objeção, a Comissão deverá fornecer as razões por escrito. Antes de decidir sobre uma objeção, a comissão deverá obter informações relevantes que considere razoáveis e adequadas.

A imunidade por notificação para negociação coletiva começa a vigor 14 dias após a notificação ser validamente apresentada, a menos que o ACCC se oponha dentro desse período. Nas hipóteses nas quais a notificação incluía a conduta de boicote coletivo, o prazo é de 60 dias.

⁵⁰³ Por sindicatos entende-se, vide Seção 93AB (11): **trade union** means the following: (a) an association of employees that is registered as an organisation, or recognised, under the Fair Work (Registered Organisations) Act 2009; (b) an association of employees that is registered or recognised as a trade union (however described) under the law of a State or Territory; (c) an association of employees a principal purpose of which is the protection and promotion of the employees' interests in matters concerning their employment. AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. **Competition and Consumer Act 2010**. An Act relating to competition, fair trading and consumer protection, and for other purposes. Act n. 51, 1974, Compilation n. 139, 5 out. 2021. Disponível em: http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/consol_act/caca2010265/. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁵⁰⁴ Em se tratando de notificação para conduta de boicote coletivo, a Comissão poderá interrompê-la dentro de algumas hipóteses como: se a empresa tiver entregado para a Comissão um aviso de negociação coletiva que se relacione total ou parcialmente com a conduta de boicote coletivo, ou se a Comissão entender que o boicote coletivo gerou sérios prejuízos para a coletividade, nos termos da Seção 93AG da CCA. AUSTRÁLIA, *ibidem*.

Só não entrará em vigor se o aviso for retirado ou se pendente de decisão sobre objeção ao aviso. E deixará de vigorar o aviso de negociação coletiva após 3 anos a partir do dia em que foi dado o aviso, a não ser que a Comissão notifique a empresa por escrito determinando fundamentadamente outro período de vigência, se considerar que o período previsto não é apropriado e se não passar de 10 anos (Seção 93AD da CCA).

É permitido que um membro, ou mesmo futuro membro, que faça parte do “grupo” de barganha coletiva, seja um representante ou uma associação do setor, apresente notificação de barganha coletiva. Todavia, não é permitido que sindicatos ou dirigentes de um sindicato apresentem essa mesma notificação; esses devem apresentar uma autorização. Vale ressaltar que, nos casos em que os limites da transação são excedidos, é recomendado também utilizar a notificação.

O ACCC irá utilizar como premissa para seu critério de avaliação a hipótese de a notificação de barganha coletiva ter potencial de gerar para o consumidor algum benefício que se contraponha aos prejuízos.

Para apresentar uma notificação de barganha coletiva válida, cada membro do grupo (e quaisquer futuros membros quando ingressarem) deve esperar por um período aproximado de 12 meses, em que o valor aproximado das transações não seja superior ao montante de \$3 milhões de dólares australianos (ou quantias superiores a isso, conforme estabelecido pelos regulamentos). Quando tais limites forem excedidos, é mais adequado que se apresente um pedido de autorização.

O pedido de retirada de uma autorização por uma empresa deve se dar por notificação escrita dirigida à Comissão, podendo fazê-lo antes mesmo que a Comissão lhe dê um aviso de objeção. Considera-se retirado o aviso de negociação coletiva: (i) quando a empresa requerer a Comissão um pedido de autorização antes ou depois de ter solicitado o aviso sobre o mesmo acordo; ou (ii) quando a Comissão decidir indeferir o pedido ou conceder autorização em relação a este; ou (iii) quando o Tribunal decidir sobre um pedido de revisão, ou (iv) se o tempo para fazer um pedido de revisão tenha expirado sem ter sido feito o pedido.

Enquanto um aviso de negociação coletiva está em trâmite, outro em relação ao mesmo contrato não poderá ser assinado, sendo apenas um aviso de negociação coletiva que poderá ser dado.

Antes de conceder a notificação, a Comissão deve dar oportunidade para conferência, preparando um projeto de notificação em relação à conduta em análise, notificando a empresa

requerente e as demais pessoas interessadas, no prazo de 14 dias após a data fixada pela Comissão, nos mesmos moldes da conferência de autorização.

A Comissão deverá manter um registro de notificações, conforme disposto na Seção 95 da CCA.

4.1.1.3 Isenções de classe

Importante mencionar outro instrumento previsto no *Competition and Consumer Act 2010*, o qual confere isenções de classe a empresas, para que não sejam aplicadas as disposições da Parte IV da Lei – referente a práticas comerciais restritivas –, permitindo que empresas que se envolvam em uma conduta típica prevista em lei não corram o risco de violarem de tais dispositivos.

A isenção de classe elimina a necessidade de empresas apresentarem individualmente pedidos de autorização ou notificação à autoridade antitruste australiana ao se envolverem em uma conduta específica. Se a conduta a ser praticada estiver fora do escopo da isenção de classe, as empresas não terão a imunidade assegurada e precisarão avaliar se devem solicitar uma autorização ou notificação ao ACCC. Enquanto uma autorização estiver vigorando, as disposições da Lei sobre Isenções de Classe não se aplicam em relação à conduta em questão na medida em que sejam praticadas pelo requerente, e por quaisquer pessoas ou classe de pessoas envolvidas na conduta, conforma disposição da Seção 88A (2) da *Competition and Consumer Act 2010*.

As novas disposições de isenção de classe estão na Divisão 3 da Parte VII da Lei. A decisão de fazer uma isenção de classe está sujeita ao processo de rejeição parlamentar.

A partir de novembro de 2017, o ACCC tornou-se qualificado para realizar isenções de classe para determinadas condutas. Isso ocorre (i) quando a autoridade está convencida de que as circunstâncias, provavelmente, não irão reduzir substancialmente a concorrência ou (ii) quando elas possam resultar em um benefício público líquido.

O ACCC pode emitir uma isenção de classe se a conduta do tipo especificado satisfizer as seguintes condições: (i) não ter como consequência ou possível consequência a diminuição substancial da concorrência, e (ii) a conduta resultar, ou provavelmente resultar, em um benefício para o público que seja superior ao possível dano causado. Em sua determinação sobre uma isenção de classe, a autoridade pode especificar uma ou mais das seguintes limitações: (i) uma limitação para pessoas de um tipo específico, (ii) uma limitação às

circunstâncias de um tipo específico, (iii) uma limitação de conduta que está em conformidade com as condições específicas.

Atualmente, não há isenções de classe em vigor. Caso haja futuramente, elas estarão exibidas no site do ACCC e no Registro Federal da Legislação, e estarão acompanhadas por uma declaração explicativa. As isenções de classe são realizadas pelo ACCC na forma de instrumento legislativo e estão sujeitas a rejeição pelo Parlamento. A autoridade especificará o período de tempo pelo qual a isenção de classe estará em vigor, sendo no máximo de 10 anos. O ACCC também pode alterar ou revogar uma isenção.

O ACCC pode retirar o benefício de uma isenção de classe de um determinado caso particular quando estiver com convicção de que a conduta (i) provavelmente reduziria substancialmente a concorrência, ou que (ii) o benefício não superaria o dano para o público. No entanto, antes da retirada da isenção, o ACCC notifica a empresa para dar-lhe a oportunidade de ser ouvida antes de decidir fazê-lo, além de checar de maneira mais ampla como está funcionando o mercado. Em caso de decisão para retirada do benefício, o ACCC fornecerá à empresa uma declaração por escrito dos motivos. O efeito da retirada será remoção da proteção das disposições especificadas da Parte IV da Lei para a conduta dessa empresa. A decisão de retirar o benefício de uma isenção de classe em um caso particular está sujeita a revisão pelo *Australian Competition Tribunal*.

4.2 PANORAMA JURISPRUDENCIAL DA AUSTRÁLIA

Feita a apresentação do modelo australiano para a análise de barganhas coletivas, precisamos analisar o resultado do emprego dos procedimentos de Notificação e de Autorização. Para tanto, procedeu-se a um levantamento das decisões emitidas pela ACCC permitindo negociações coletivas, a partir de um recorte metodológico fundado nos critérios de (i) data e (ii) tipo de procedimento. A técnica empregada foi a consulta ao acervo disponibilizado pela ACCC em seu site, associada ao contato direto com a Autoridade para sanar dúvidas referentes ao levantamento.

Seguindo essa estrutura, o primeiro passo foi a definição do recorte temporal da pesquisa. A ACCC concede autorizações para barganha coletiva desde 1970, no entanto, os registros organizados não remontam a essa data. Já o procedimento de notificação foi

introduzido em 2007⁵⁰⁵, conforme especificado pela Autoridade em comunicação informal por e-mail. Determinou-se, portanto, um recorte temporal entre 01/01/2015 e 31/12/2020, período no qual foram selecionados os casos para análise.

Com primeira clivagem metodológica, chegou-se ao número de 69 casos de autorização e 35 casos de notificação. Nesse cenário, procedeu-se a um segundo recorte, considerando a diferença na amplitude de análise entre os dois procedimentos. Isso porque, no modelo de notificação, a aprovação é feita tacitamente, há uma limitação à imposição de condições para o ato, o prazo de concessão é pré-estipulado e há uma limitação subjetiva baseada em valor da operação para a submissão a esse rito.

Essas diferenças são esquematizadas em documento oficial da própria Autoridade, abaixo reproduzido⁵⁰⁶:

Tabela 1 – Diferenças entre os procedimentos (Tradução Livre)

	Notificação	Autorização
Existem requisitos subjetivos para se submeter ao procedimento?	Sim. Cada parte envolvida na barganha coletiva deve ter uma expectativa razoável de que o valor total das transações firmadas com a contraparte na barganha é limitada ao total anual inferior a \$ 3 milhões de dólares. Sindicatos não são permitidos.	Não. Qualquer empresa, associação de indústrias ou sindicato pode se submeter a esse procedimento em nome próprio ou representando um grupo. Não se aplicam os critérios de valor máximo de transações.
Quando começa a proteção legal à conduta?	Começa automaticamente 14 dias após a notificação ter sido validamente apresentada, salvo se a ACCC apresentar impugnação dentro desse prazo.	Começa apenas depois da apreciação conclusiva pela ACCC. O prazo para a manifestação final da autoridade é de 06 meses. Podem ser concedidas autorizações precárias que permitam a realização

⁵⁰⁵ Informação prestada pela ACCC: “The ACCC has had the power to grant authorisations since the 1970’s. However, our readily available records do not go back that far so I don’t know how many collective bargaining authorisations we have granted in all time. But as an indication of the number of collective bargaining matters, between 1 January 2007 and 31 December 2020 we considered approximately 210 cases”.

⁵⁰⁶ ACCC. **Small business collective bargaining**: Notification and authorisation guidelines. Canberra, dez. 2018. p. 4-5. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/system/files/1472%20Small%20business%20collective%20bargaining.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

	Notificação	Autorização
		da barganha antes da decisão final da autoridade.
Quanto tempo dura a proteção legal à conduta?	O tempo padrão de duração é de 3 anos, com termo inicial no dia de submissão do pedido. A ACCC poderá conferir prazo maior de até 10 anos. A duração poderá ser interrompida a partir da comunicação das partes, pela retirada do pedido ou por sua revogação pela autoridade.	O prazo é concedido pela autoridade pelo tempo considerado apropriado às circunstâncias. Em média, a duração é de 05 a 10 anos. Caso a ACCC decida revogar a autorização, a proteção legal permanece por mais 21 dias após a decisão final.
Podem ser impostas condições para a concessão?	Sim, mas apenas se a notificação envolver um boicote coletivo.	Sim.

Fonte: Elaborado pelo autor (2022) com base em informações da ACCC (2022)

Diante dessa esquematização, percebe-se que o procedimento de notificação é mais abreviado, com análise sucinta e limitada a pequenos espaços de discricionariedade da autoridade – notadamente quanto ao prazo de duração da proteção à negociação coletiva. Essa constatação, portanto, fundamentou um segundo recorte neste trabalho quanto ao procedimento, para focar o estudo nos casos de Autorização.

Em síntese, diante do maior espaço de discricionariedade do administrador nesse procedimento – não há prazo pré-definido, podem ser impostas condições em qualquer caso, há a possibilidade de concessão de autorizações precárias – e considerando também sua maior amplitude – diante da inexistência de limites subjetivos –, optou-se pelo enfoque nos pedidos de Autorização. A premissa adotada é a de que, quanto mais amplo for o espaço de discricionariedade do julgador e mais variados forem os casos analisados pela autoridade, será possível identificar mais elementos que conduzam a conclusões quanto à eficácia do modelo australiano.

4.2.1 Análise dos casos de Autorização

Ao todo, foram 69 casos analisados, que representam a totalidade das autorizações concedidas pela ACCC entre 2015 e 2020. Essa totalidade de submissões foi apreciada com base no (a) perfil dos mercados; (b) contexto de solicitação; (c) critérios de ponderação entre benefícios e prejuízos.

O perfil dos solicitantes de barganha coletiva pode ser segmentado entre associações e entidades de classe de profissionais liberais; empresas privadas; entidades do governo e empresas públicas; empresas privadas e entidades públicas (conjuntamente). A prevalência é de empresas privadas, o que é um dado relevante se comparado à análise de jurisprudência do Brasil, focada em barganhas coletivas com associações e entidades de classe de profissionais liberais.



Quando ao contexto de barganha, a maior parte dos pedidos se concentra em barganhas perante fornecedores. No entanto, há uma parte significativa de solicitações feitas entre contratantes de serviços prestados por profissionais liberais – por exemplo, estabelecimentos de serviços de saúde e cooperativas profissionais. A barganha entre compradores é minoritária, mas segue representada na amostragem analisada.



a.1) Barganha perante detentores de infraestrutura e direitos de propriedade

Nesse segmento, a análise interseccional entre perfil e contexto mostra que 100% dos solicitantes de barganha perante detentores de infraestrutura e direitos de propriedade são agentes privados. De forma pormenorizada, segue a descrição dos casos analisados:

- Duas prestadoras de serviços de transporte ferroviário solicitam autorização para negociar coletivamente condições (incluindo preços) relacionadas ao acesso e uso de linha férrea junto à *Brookfield Rail*, que realiza o gerenciamento da via e da infraestrutura (*Aurizon Operation Ltd. e SCT Logistics / Autorização A91512*)
- Um grupo de prestadores de serviços de transporte ferroviário solicita autorização para negociar coletivamente junto à *Transport for New South Wales* (agência governamental responsável pela regulação da prestação de serviços para todos os modais de transporte em *New South Wales*) em relação aos termos e condições (não relacionados a preços) de acesso a partes da rede ferroviária (*Group of rail operators in NSW / Autorização A1000425*)
- Quatro bancos solicitam autorização para negociar coletivamente junto à Apple para ter acesso ao seu sistema NFC (para fins de pagamento por aproximação) em dispositivos da Apple (*Bendigo and Adelaide Bank & Ors / Autorizações A91546 & A91547*)

- Uma associação sem fins lucrativos que representa exibidores de filmes que operam cinemas independentes na Austrália e na Nova Zelândia solicita autorização para negociar coletivamente com distribuidoras de filmes os termos e condições de acordos de licenciamento de filmes (*Independent Cinemas Australia Inc / Autorização A91587*)
- LPO Group Ltd., organização que representa os interesses de *licensed post office businesses* (empresas privadas que recebem uma licença da Australia Post para operar uma agência postal usando produtos, marcas e os sistemas da Australia Post), solicita autorização para negociar coletivamente termos e condições dos acordos de licenciamento junto à Australia Post (*LPO Group Ltd. / Autorização A91583 & A91584*)
- Um grupo de proprietários de frotas de caminhões solicitam autorização para negociar coletivamente junto à empresa Boral Resources Ltd. para o transporte de concreto na região metropolitana de Melbourne, em razão de seus veículos serem equipados com uma betoneira da Boral (*Murray Billing Transport & Ors / Autorização A91571 & A91572*)
- Empresas produtoras de açúcar solicitaram autorização para negociar coletivamente acordos de armazenamento e manuseio de açúcar a granel junto à Sugar Terminals Limited (STL), que têm propriedade dos terminais de açúcar a granel em Queensland (Queensland Sugar Ltd & Ors / Autorização A91577)

Já a Barganha perante fornecedores apresenta diversidade no perfil dos solicitantes: 64% entidades do governo e empresas públicas, 31% agentes privados e 5% entidades do governo e empresas públicas + agentes privados (conjuntamente).

Quanto às Entidades do governo e empresas públicas, foram analisados os seguintes casos:

- Port of Townsville Limited e Far North Queensland Ports Corporation (empresas públicas responsáveis pelo desenvolvimento e gestão de certos portos de Queensland) solicitaram autorização para licitar conjuntamente a contratação de serviços de reboque para determinados portos sob sua gerência (*Port of Townsville Limited / Autorização A91545*)
- CS Energy e Callide Power Management solicitaram autorização para negociar conjuntamente os termos e condições (incluindo preços) do fornecimento de carvão às

centrais eléctricas de Callide junto à Batchfire Resources, empresa proprietária e operadora da mina de carvão térmico de Callide (*CS Energy & Ors / Autorização A91529*)

- Autoridades de governo local solicitaram autorização para licitar conjuntamente a aquisição de serviços relacionados a coleta, tratamento ou processamento de resíduos (lixo) (ou serviços relacionados) (*Cairns Regional Council & Ors / Autorização A91544*) (*Central Highlands Regional Council & Isaac Regional Council / Autorização AA1000430-1*) (*Council Solutions & Ors (collection) / Autorização AA1000414-1*) (*Council Solutions & Ors / Autorização A91520*) (*Council Solutions & Ors (ancillary) / Autorização AA1000420-1*) (*Logan City Council & Ors (LCC) / Autorização AA1000437-1*) (*Metropolitan Waste and Resource Recovery Group & Ors (Organic) / Autorização AA1000458-1*) (*Metropolitan Waste and Resource Recovery Group & Ors (advanced processing) / Autorização AA1000448-1*) (*Campbelltown City Council & Ors / Autorização AA1000522-1*) (*Council Solutions & Ors (processing) / Autorização AA1000419-1 & AA1000419-2*) (*Goulburn Valley Waste and Resource Recovery Group (GVWRRG) / Autorização AA1000453-1*) (*Maitland City Council & Ors / Autorização A91483*) (*Muswellbrook Shire Council and Upper Hunter Shire Council / Autorização A91598*) (*Metropolitan Waste and Resource Recovery Group & Ors (landfill) / Autorização AA1000449-1*) (*Metropolitan Waste and Resource Recovery Group & Ors / Autorização A91489 & A91490*) (*Metropolitan Waste and Resource Recovery Group / Autorização AA1000422-1*) (*Metropolitan Waste and Resource Recovery Group & Ors (recycling sorting) / Autorização AA1000451-1*) (*North East Waste and Resource Recovery Group & Ors / Autorização A91585*) (*Redland City Council & Brisbane City Council / Autorização A91500*) (*Southern Metropolitan Regional Council & Ors / Autorização A91518*) (*Southern Sydney Region of Councils (SSROC) / Autorização AA1000431-1*) (*The St George Region of Councils / Autorização A91530*) (*Loddon Mallee Waste and Resource Recovery Group & Ors / Autorização A91596 & A91597*)

Já no perfil de agentes privados, identificaram-se os seguintes cenários:

- Clubs Australia, organização que representa clubes licenciados na Austrália (entidades sem fins lucrativos que oferecem a seus membros uma variedade de serviços sociais, de hospitalidade e entretenimento), solicitou autorização em nome de seus membros para

negociar coletivamente junto a diversos fornecedores em uma variedade de bens e serviços (*Clubs Australia / Autorização AA1000444*)

- Co-Operative Supermarkets Australia Ltd., uma cooperativa cujos membros operam supermercados e lojas de conveniência independentes, solicitou autorização para negociar coletivamente em nome de seus membros junto a fornecedores de bens e serviços para a indústria de alimentos (*Co-Operative Supermarkets Australia Limited / Autorização AA1000457-1*)
- Homemakers South Ltd. solicitou uma autorização para negociar coletivamente em nome de seus membros (lojas independentes de móveis e roupas de cama) junto a fornecedores de móveis, roupas de cama, serviços de publicidade/marketing e outros serviços auxiliares (*Homemakers South Limited t/a Homemakers Furniture & Sleepzone Bedding / Autorização A91570*)
- CoAct, sociedade sem fins lucrativos que atua como veículo para possibilitar que seus membros – outras sociedades sem fins lucrativos que prestam serviços a desempregados – compitam efetivamente por financiamento, solicitou autorização para continuar participando (em nome de seus membros) em licitações governamentais e para negociação de cláusulas de não-concorrência (*Job Futures Limited t/a CoAct / Autorização A91493 & A91494*)
- Liquor Stax, representante de um grupo de pequenas empresas que operam comércios de bebidas e hotéis, solicitou autorização para negociar coletivamente junto a 60 fornecedores de insumos como álcool, cigarros, máquinas de pôquer e confeitaria, além de serviços como publicidade, seguros e comunicações (*Liquor Stax Australia Pty Ltd / Autorização A91237*)
- Plumbing Plus – uma marca e um grupo de compras para comerciantes de encanamento e ferragens – solicitou autorização, em seu nome e dos seus membros, para negociar coletivamente os termos comerciais e os arranjos de fornecimento de materiais de encanamento e outras ferragens junto a fornecedores (*Plumbing Plus Bathroom Kitchen Laundry Pty Ltd as trustee for The Plumbing Plus Unit Trust / Autorização A91523 & A91524*)
- Recyclers SA, associação da indústria que representa depósitos de coleta no Estado do Sul da Austrália, solicitou autorização para negociar coletivamente em nome de seus

- membros, em processos de resolução de disputas, questões de saúde e segurança no local de trabalho (*Recyclers of South Australia Inc / Autorização AA1000415-1*)
- SACOME – entidade que representa empresas nos setores de mineração, energia, extração, petróleo e gás do Estado do Sul da Austrália, incluindo aqueles que prestam serviços a essas empresas – solicitou, em nome de seus membros, autorização para estabelecer um grupo de compra de eletricidade e negociar conjuntamente os termos e condições de seus contratos de fornecimento de eletricidade (*The South Australian Chamber of Mines and Energy Inc & Ors / Autorização A91567 & A91568*)
 - A Australian Hotels Association, representante de hotéis da Austrália, solicitou negociar coletivamente junto a fornecedores, em nome de seus membros, a aquisição de bens e serviços em diversos segmentos da indústria de interesse de hotéis (*The Australian Hotels Association State and Territory Divisions / Autorização A91513*)
 - A Uniting Church in Australia, composta por várias entidades legais separadas, buscou autorização para negociar, adquirir e manter coletivamente produtos e serviços de seguros (*The Uniting Church in Australia National Assembly (UCANA) / Autorização AA1000447-1*)
 - A TLS Association, cujos membros são pequenos varejistas independentes (Lojas Licenciadas da Telstra e/ou Centros de Negócios da Telstra) de produtos e serviços de telecomunicações, solicitou autorização para negociar coletivamente descontos e abatimentos em nome de seus membros junto a fornecedores de produtos e serviços para essas lojas e centros licenciados (*TLS Association Pty Ltd & TLA Australia Ltd / Autorização A91521*)
 - The Royal Automobile Club of Queensland, em seu nome e de outras empresas e associações que operam no setor automotivo, solicitou autorização para negociar coletivamente a aquisição conjunta de consumíveis automotivos, combustível, serviços de correios, frete, impressão e serviços digitais (*The Royal Automobile Club of Queensland Limited (RACQ) & Ors / Autorização A91559*)

Por fim, há um único caso no grupo de agentes privados e entidades públicas:

- Autoridades locais e agentes privados solicitaram autorização para licitar conjuntamente aquisição de energia elétrica renovável (*Melbourne City Council & Ors / Autorização*

*A91532 & A91533) (Municipal Association of Victoria / Autorização AA1000459-1)
(RMIT & Ors / Autorização AA1000455)*

No grupo de Barganha perante compradores não há diversidade de perfil, sendo que 100% solicitantes são agentes privados nos seguintes processos analisados:

- Produtores de leite em Gippsland, Victoria, solicitaram autorização para negociar coletivamente junto a processadores e distribuidores de leite os termos e condições (incluindo componentes de preços) dos contratos para o fornecimento de laticínios (*Gippsland Dairy Farmers Group / Autorização AA1000421-1*)
- A Queensland Cane Growers Organization Ltd, representando os interesses dos produtores de cana-de-açúcar em Queensland, solicitou autorização para negociar coletivamente os termos e condições de fornecimento de cana-de-açúcar e contratos relacionados entre produtores de cana-de-açúcar, processadores e comerciantes de açúcar (*Queensland Cane Growers Organisation Ltd / Autorização A91558*)
- Associações representantes de avicultores solicitaram autorização em nome de seus membros para negociar coletivamente os termos e condições dos contratos firmados com processadores de carne de frango (*South Australian Baiada Growers Group / Autorização AA1000403-1*) (*Victorian Farmers Federation / Autorização A91534*) (*Western Australian Broiler Grower Association Incorporated / Autorização A91527*)

Por fim, na barganha perante contratantes de serviços prestados por profissionais liberais, 100% solicitantes são associações e entidades de classe de profissionais liberais, envolvidas nas seguintes situações:

- A Association of Professional Engineers, Scientists and Managers, Austrália (APESMA) solicitou autorização para negociar coletivamente em nome de seus membros (tradutores e intérpretes) – além de aconselhá-los – em relação aos seus termos de contratação, taxas de pagamento e outros termos de seus contratos de prestação de serviço (*The Association of Professional Engineers Scientists Managers Australia (APESMA) / Autorização AA1000440-1*)
- O Australian Directors' Guild solicitou uma autorização para negociar coletivamente, em nome de seus membros, contratos ou acordos com membros da Screen Producers

Australia que contenham termos de contrato modelo para longas-metragens, séries de televisão e seriados de televisão, e dar efeito a esses contratos ou acordos (*Australian Directors' Guild Ltd / Autorização AA1000556-1*)

- A Australian Writers' Guild solicitou autorização para negociar coletivamente acordos-modelo, que podem ser usados por seus membros ao contratarem produtores de cinema, televisão e mídia digital (*Australian Writers' Guild Limited / Autorização A91573*)
- A Screen Producers Australia solicitou autorização para negociar coletivamente, em nome de seus membros, um modelo dos termos de compromisso junto a Australian Writers' Guild, a Media Entertainment and Arts Alliance e a Australian Directors Guild (*Screen Producers Australia / Autorização A91484 & A91492*)
- A Australian Medical Association solicitou autorização para negociar coletivamente os termos e condições (incluindo remuneração) de contratos para médicos autônomos especializados em hospitais públicos junto à Healthscope Plt Limited no Northern Beaches Hospital (*Australian Medical Association Limited / Autorização A91590*)
- A Australian Medical Association solicitou autorização para negociar coletivamente, em nome de seus membros, os termos e condições (incluindo remuneração) junto a unidades de saúde primária na Austrália (*Australian Medical Association Limited / Autorização A91334*)
- A Australian Medical Association solicitou autorização para negociação coletiva com compradores de serviços de médicos (hospitais públicos) e redes de saúde primária (*Australian Medical Association Limited / Autorização A91599*)
- A Associação de Médicos Rurais da Austrália Limited solicitou autorização para negociar coletivamente com os departamentos de saúde estaduais e territoriais em nome de seus membros – médicos que atuam em regiões rurais. As negociações referem-se aos termos e condições sob os quais os médicos que atuam nessas áreas prestam serviços em hospitais públicos e unidades de saúde, incluindo horas-extra (*Rural Doctors Association of Australia Limited / Autorização AA1000427-1*)
- A Transport Workers Union of Australia SA/NT Branch solicitou, em nome de seus membros que são motoristas proprietários contratados pela Toll Transport Pty Ltd, autorização para negociar coletivamente junto a empresa, de modo a estabelecer novos contratos para o fornecimento de serviços de correios e transporte de carga (*Transport Workers Union of Australia SA/NT Branch / Autorização A91589*) (*Transport Workers*

Union of Australia SA/NT Branch Branch / Autorização A91514) (Transport Workers Union of Australia SA/NT Branch / Autorização A91588)

Passando-se aos critérios de ponderação benefícios e prejuízos, temos a segmentação a partir dos benefícios utilizados pela autoridade para justificar a concessão da autorização, a saber: maiores eficiências na alocação e recursos; maiores subsídios em contrato (diminuição de assimetrias informacionais); redução nos custos de transação; maior concorrência; proteção ao meio ambiente; e outros. A frequência de utilização desses argumentos pode ser esquematizada graficamente da seguinte forma:

Gráfico 8 – Benefícios argumentados pela ACCC



De toda a amostragem analisada, houve apenas dois casos em que se considerou que os benefícios não suplantam os prejuízos: Bendigo and Adelaide Bank Limited et al (A91546 & A91547) e Council Solutions & Ors (A91520).

O primeiro deles concerne os requerimentos de autorização A91546 e A91547, apresentados pela *Bendigo & Adelaide Bank Limited, Commonwealth Bank of Australia, National Bank Limited e Westpac Banking Corporation* em 26 de julho de 2016. Os bancos solicitaram a possibilidade de realizar uma negociação coletiva limitada com a Apple e um boicote coletivo ao aplicativo Apple Pay. Os solicitantes inicialmente requereram autorização para condução da barganha coletiva por três anos, mas posteriormente alteraram a solicitação para que pudessem fazê-la por 18 meses.

Os requerentes solicitaram à ACCC autorização para barganhar coletivamente com a Apple o acesso ao controle da *Near Field Communication* (NFC) – tecnologia que permite a troca de informações por aproximação entre dispositivos –, de modo que possam barganhar a possibilidade de oferecerem suas próprias carteiras digitais incorporadas com NFC em dispositivos Apple, sem depender da Apple Pay para o processamento de pagamentos com os dispositivos móveis. Além disso, também solicitam autorização para barganhar coletivamente com a Apple a permissão de que suas carteiras digitais sejam distribuídas na Apple Store sem proibições injustificadas ou termos contratuais e atrasos desarrazoados. Os requerentes fizeram a solicitação em nome próprio e em nome de outros potenciais emissores de cartões de pagamento.

Os requerentes também solicitaram à ACCC autorização para que os participantes do grupo de barganha coletiva se comprometam a não assinar o Apple Pay enquanto participam da negociação coletiva. Isso significa que, enquanto participam na negociação coletiva, não poderão chegar a um acordo individual com a Apple para permitir que seus clientes detentores de cartões de pagamento os carreguem em seus dispositivos. No entanto, eles teriam o direito de se retirar a qualquer momento da negociação coletiva e firmar um acordo individual com a Apple.

A ACCC decidiu rejeitar o pedido em 31 de março de 2017. Eles entenderam se tratar de um tema complexo que envolve mercados dinâmicos e inovadores, em relação aos quais a autoridade não estaria convencida de que a conduta proposta poderia resultar em benefícios que superem possíveis prejuízos públicos.

A ACCC constatou a natureza dinâmica do mercado em questão, identificando incertezas quanto ao desenvolvimento das carteiras digitais e dos pagamentos feitos por meio de dispositivos móveis.

CAPÍTULO V – POSSIBILIDADE DE BARGANHA COLETIVA NO SBDC: PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA COM BASE NO PROCEDIMENTO AUSTRALIANO DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA PARA BARGANHA COLETIVA

5.1 JUSTIFICATIVAS PARA A FORMALIZAÇÃO DE UM MODELO DE BARGANHA COLETIVA

Nos capítulos I e II deste trabalho, buscou-se, respectivamente, apresentar a tese do poder compensatório e analisar sua aplicação por autoridades de defesa da concorrência no Brasil e no estrangeiro. O objetivo deste terceiro capítulo é propor a formalização de um modelo que permita a coordenação entre competidores para realização de barganhas coletivas que, à luz da tese do poder compensatório, tenham efeito líquido positivo para a concorrência.

A proposta de formalização se justifica a partir de dois principais aspectos. O primeiro deles é a necessidade de reconhecimento da licitude da barganha coletiva fundada no poder compensatório. Isso porque a criação de poder compensatório, em determinadas circunstâncias, acarreta benefícios ao mercado, afastando os efeitos que poderiam tornar ilícita a prática (art. 38 da Lei nº 12.529/2011).

A barganha coletiva é uma coordenação de agentes. Se levada em consideração a jurisprudência sedimentada no CADE, tem-se que a coordenação e a uniformização entre agentes econômicos são um objeto ilícito de conduta, pois, de antemão, já são conhecidos seus efeitos lesivos à sociedade diante das restrições à concorrência e da inexistência de eficiências compensatórias.

No caso da barganha coletiva, no entanto, entende-se que o escopo da norma não atinge a conduta descrita, pois há eficiências compensatórias que afastam essa presunção absoluta de efeitos suficiente para caracterizar como ilícito o objeto. Daí conclui-se que a barganha coletiva, quando tem por objeto a criação de poder compensatório, é admitida pelo ordenamento jurídico pátrio, pois não há a vedação *per se* da coordenação entre agentes.

Ocorre que o mero reconhecimento da licitude da barganha coletiva, desacompanhada de uma normatização suficiente e razoável, poderia conduzir a um cenário de descontrole, casuísmo e insegurança jurídica. Isso nos traz ao segundo aspecto que justifica a formalização ora proposta: incremento à segurança jurídica dos administrados, e transparência e coerência às decisões da autoridade antitruste no Brasil.

A normatização formal busca evitar o cenário em que cada julgador, no momento de análise da conduta, adote metodologias e pressupostos diferentes, chegando a conclusões contraditórias e/ou discrepantes. Além disso, os agentes econômicos, diante da incerteza quanto aos parâmetros utilizados na valoração de suas condutas, poderiam deixar de utilizar o instituto da barganha coletiva.

Nesse ponto, vale esclarecer que, embora este trabalho proponha uma intervenção legislativa, há instrumentos de escopo infralegal que poderiam também servir ao fim ora pretendido. A normatização infralegal é possível em razão da interpretação já repisada de que a coordenação entre agentes para barganha coletiva cujo objeto seja a criação de poder compensatório não estaria contida na proibição legal do art. 36, caput, da Lei nº 12.529/2011. Como exemplo de instrumentos que poderiam servir a esse propósito, podem ser citadas as Súmulas do Tribunal do CADE (art. 64 a 66 do Regimento Interno do CADE⁵⁰⁷), Resoluções do CADE (art. 232 do Regimento Interno do CADE⁵⁰⁸) e publicações institucionais de caráter não normativo (Guias do CADE).

Diante da variedade de instrumentos disponíveis para a intervenção proposta, a escolha feita neste trabalho pela alteração legislativa assenta-se (i) na maior estabilidade que as leis possuem, já que sua criação depende de um processo de ampla deliberação entre as duas casas legislativas e o poder executivo. Esse procedimento é significativamente mais complexo do que o exigido para resoluções e súmulas do CADE que demandam apenas a liberação dos membros do Tribunal; (ii) no reforço de legitimidade das leis em relação a atos administrativos, já que as primeiras são criadas por representantes eleitos pelo povo; (iii) na possibilidade de criação de

⁵⁰⁷ “Art. 64. As decisões do Cade poderão ser compendiadas na Súmula do Tribunal. § 1º O Presidente, qualquer Conselheiro, o Superintendente-Geral ou o Procurador-Chefe poderão propor o compêndio dos julgados concordantes em súmula. § 2º Poderão ser objeto de súmula: I - os julgamentos de casos tomados pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Plenário do Tribunal em, pelo menos, 10 (dez) precedentes concordantes; II - as decisões definitivas de competência da Superintendência-Geral não reformadas pelo Tribunal em, pelo menos, 10 (dez) precedentes concordantes. Art. 65. A uniformização da jurisprudência do Cade dar-se-á por decisão da maioria absoluta do Plenário do Tribunal, mediante a emissão de enunciados que serão datados, numerados em ordem crescente, publicados no Diário Oficial da União e disponibilizados no sítio do Cade (www.cade.gov.br). Parágrafo único. O Presidente, qualquer dos Conselheiros, o Superintendente-Geral ou o Procurador-Chefe poderão propor a revisão da Súmula, sendo que a alteração ou supressão dos enunciados dependerá de aprovação por maioria absoluta do Plenário do Tribunal, observado o procedimento previsto no art. 64 do Regimento Interno. Art. 66. A citação da Súmula pelo número correspondente dispensará a referência a outros julgados no mesmo sentido.” CADE. **Regimento Interno do CADE**. Aprovado pela Resolução nº 22 de 19 de junho de 2019 e atualizado pela Emenda Regimental nº 01/2020 de 02 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/regimento-interno>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁵⁰⁸ “Art. 232. O Plenário do Tribunal poderá editar resoluções para disciplinar atos e procedimentos relativos ao funcionamento do Cade, às formas das deliberações do Conselho, às normas de procedimento e à organização de seus serviços internos.” CADE, *ibidem*.

parâmetros legais que balizarão a atividade infralegal de normatização, sem suprimir o espaço de atuação do administrador.

Em síntese, os dois aspectos apresentados justificam o esforço de formalização de um modelo para a realização de barganha coletiva no direito brasileiro, tendo em conta a inexistência de óbice jurídico e os ganhos decorrentes do incremento de previsibilidade de segurança jurídica.

5.2 NORMAS DE DIREITO COMPARADO

Sem prejuízo de reconhecer a contribuição da análise comparada, sabe-se que a propositura de um modelo jurídico não se resume à mera transplantação da normatização criada em um país estrangeiro. Essa importação irrefletida, na verdade, é criticada pela literatura jurídica especializada, citando-se, por todos, Maria Helena Diniz⁵⁰⁹, para quem “O transplante jurídico inadequado introduz em nosso meio um elemento cujo sentido ou finalidade não corresponderia à nossa realidade, à nossa história e aos interesses nacionais.”.

Na mesma esteira, estudos sobre políticas públicas – especificamente sobre a capacidade estatal na implementação exitosa dessas políticas – apontam que países em desenvolvimento, ao recorrerem à técnica de mimetização, copiando em seus ordenamentos um arcabouço jurídico considerado como melhor prática em âmbito internacional, comprometem a capacidade e efetividade de suas políticas⁵¹⁰.

Nesse cenário, qualquer processo de criação de normas internas tomando por base o direito positivo estrangeiro deve ser feito com cautela e reflexão crítica. Não se defende, no lado oposto, uma completa e preconcebida aversão a normas que resultem de uma análise de direito comparado. Não é por outro motivo que Diniz (2020, p. 513), apoiada em Ihering, defende que “não se deve desprezar as contribuições alienígenas, mas recebê-las com espírito crítico, integrá-las em nosso meio, adaptando-as à realidade social e às condições existenciais da vida brasileira”.

⁵⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. Consequências jurídicas do transplante jurídico inadequado à realidade brasileira. *Revista Argumentum*, v. 21, n. 2, p. 505-514, 2020. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1338>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁵¹⁰ Ocorre que os países que adotam essa estratégia – de transplantação de políticas – baseiam a avaliação de sua atuação na conformidade com esse arcabouço transplantando, que, no entanto, não corresponde à realidade do ecossistema em que estão inseridas as organizações. Cria-se, portanto, um fosso entre a situação de direito e a de fato vividas nesses países, o que compromete a integridade e a coerência institucionais.

Sem descurar do cuidado exigido na propositura de um modelo jurídico baseado em experiências de outros Estados, há matérias que, pelo acentuado caráter extraterritorial e multi ou transnacional, exigem uma normatização harmônica, ou até mesmo uniforme, em diferentes países. Como exemplos, citam-se as matérias de comércio exterior, transporte marítimo e proteção da propriedade intelectual. Nesses casos, a falta de uniformidade nas legislações de cada país poderia inviabilizar o fluxo de bens e pessoas necessário sobretudo ao desempenho de atividades econômicas ligadas a esses ramos do direito.

Na mesma esteira, matérias relacionadas ao mercado podem se repetir, apresentando pontos em comum, em diferentes nações. No caso do direito concorrencial, um aspecto que justifica a necessidade de normatização uniforme e, portanto, a possibilidade de importação de modelos criados em estados estrangeiros é a prevalência do modelo atual de economia de rede.

Trata-se de um reflexo da Sociedade de Rede teorizada por Manuel Castells (2005, p. 20) como uma estrutura social construída a partir de “redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microeletrônica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes.”.

No campo da atividade econômica, o modelo das Sociedades de Rede tem como consequência a estruturação de uma “nova forma de organização da produção, distribuição e gestão” que explica o “aumento substancial da taxa de crescimento da produtividade dos EUA, e em outras economias que adotaram estas novas formas de organização” (CASTELLS, 2005, p. 20).¹⁰

Esse cenário econômico tem reflexo na forma como se desenvolve a atividade produtiva em torno das empresas. No cenário descrito pelo autor, grandes empresas se descentralizam para formarem redes de unidades semi-autônomas; já as pequenas e médias empresas se organizam em redes de negócios “mantendo a sua autonomia e flexibilidade enquanto tornam possível a utilização conjunta de recursos para atingir a massa crítica, conseguindo assim competir no mercado”. Em síntese “A empresa continua a ser uma unidade legal e uma unidade para acumulação de capital, mas a unidade operacional é a rede de negócios”, e ainda ressalta o autor que, diante da escalada no fenômeno de acumulação de capital no mercado financeiro, a empresa torna-se apenas elo “entre as redes de produção construídas à volta de projectos de negócio e de redes de acumulação organizadas em torno das finanças globais” (CASTELLS, 2005, p. 20-21).

Feitas essas considerações, o que ora se propõe não é uma irrefletida implantação do modelo australiano no Brasil, mas a construção de um modelo brasileiro – que busque atender as necessidades da realidade local – por meio de um processo de racionalização que permita a formatação do sistema brasileiro a partir de uma análise entre funcionalidades, procedimentos e resultados do sistema da Austrália. Em síntese, propõe-se que a experiência da Austrália sirva como um laboratório para a escolha do legislador brasileiro.

Para que esse método de criação de uma hipótese legal a partir da comparação entre os sistemas brasileiro e australiano guarde consistência e verossimilhança, é preciso pontuar que os dois países possuem similares em seu contexto econômico, como tamanho do PIB e relevância do primeiro setor.

Feitas essas considerações, a proposta de modelo para barganha coletiva no brasileiro é construída a partir da definição de pontos nodais nessa arquitetura. A escolha desses pontos decorre da relação entre funcionalidades, procedimentos e resultados do modelo australiano em cotejo com a disciplina do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na forma da Lei nº 12.529/2011.

Antes de adentrar o conteúdo próprio da proposta legislativa, é preciso enfrentar os principais aspectos quanto à juridicidade formal e material da medida legislativa ora proposta. A opção pelo termo juridicidade justifica-se pois pretende-se avaliar a compatibilidade da norma não só com a Constituição Federal, mas com outras normas materialmente constitucionais que não componham o texto codificado da Carta Constitucional, englobando, portanto, o conceito de bloco de constitucionalidade.

5.3 ANÁLISE DA PROPOSTA

5.3.1 Juridicidade formal

No aspecto formal, a juridicidade deve ser analisada quanto às regras de competência legislativa (vício formal orgânico), regras de iniciativa (vício formal subjetivo) e regras relacionadas ao procedimento e trâmite do projeto de lei na casa legislativa e na fase de sanção ou veto do Executivo (vício formal objetivo).

Quanto à competência legislativa, a CF/88 prevê, em seu art. 24, inciso I, que compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre direito econômico. Na sistemática da competência concorrente, cabe à União estabelecer normas gerais e aos

Estados e DF criar normas específicas, atinentes a peculiaridades regionais, caracterizando o exercício da chamada competência legislativa suplementar. O §3º do art. 24 autoriza os entes subnacionais, na hipótese de ausência de norma federal, a exercerem a competência legislativa plena, disciplinando tanto normas gerais quanto específicas na matéria. Nesse caso, sobrevindo, a qualquer tempo, lei federal sobre o tema, há a suspensão de eficácia da norma estadual.

Ainda sobre a competência concorrente, é preciso mencionar que o STF tem adotado o critério da predominância de interesses para definir as áreas de competência legislativa de cada ente, citando-se, por todos, a ADPF 567, na qual foi decidido que

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades competentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, competindo à União atuar em matérias e questões de interesse geral; aos Estados, em matérias e questões de interesse regional; aos Municípios, assuntos de interesse local e, ao Distrito Federal, tanto temas de interesse regional quanto local.⁵¹¹

No caso do direito econômico, já existe norma geral em âmbito federal, a saber, a Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A existência de Lei Federal, nesse caso, exclui, portanto, a possibilidade de exercício de competência legislativa plena pelos Estados. Quanto à possibilidade de exercício da competência suplementar, é preciso mencionar a chamada doutrina do *Clear Statement Rule*, já sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com essa teoria, apresentada em detalhes no Recurso Extraordinário 194704 do STF, havendo dúvida sobre a competência legislativa em norma que discipline mais de um tema, deve-se privilegiar a interpretação que não impeça o exercício de competência dos entes subnacionais (*presumption against preemption*), em reverência ao Federalismo. No entanto, essa regra de deferência interpretativa é afastada quando a norma do ente maior “indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*)”⁵¹².

Quanto à iniciativa, não se trata de matéria gravada pela reserva ao chefe do poder executivo ou a qualquer outro ator do processo legislativo, pois não se encontra insculpida no

⁵¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 01 mar. 2021. Diário da Justiça Eletrônico, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443224/false>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁵¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 194.704**. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para acórdão: Edson Fachin. Brasília, 29 jun. 2017. Diário da Justiça Eletrônico, 17 nov. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur377674/false>. Acesso em: 02 jun. 2022.

rol do art. 61, §1º. Na hipótese há, inclusive, a possibilidade de iniciativa popular, na forma do art. 61, §2º da CF/88.

Quanto aos aspectos formais do procedimento de trâmite da proposta, a matéria não se submete à reserva de Lei Complementar, tratando-se, portanto, de lei ordinária. No caso, exige-se maioria simples para a deliberação e aplicam-se as restrições quanto à reapresentação de proposta já rejeitada, salvo no caso de manifestação favorável da maioria absoluta de qualquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67 da CF/88). A aprovação deverá ser feita em cada casa, em turno único de votação, com retorno à casa iniciadora no caso de alteração da redação da proposta (art. 65 da CF/88).

Por fim, além da Lei Ordinária, uma proposta legislativa tratando de barganha coletiva poderia também ser veiculada por Medida Provisória ou por Lei delegada, já que o tema não encontra restrição no art. 62, §1º da CF/88 e não consiste em matéria reservada à lei complementar.

Finalizado o trâmite no Congresso Nacional, a norma deve ser enviada para deliberação executiva, podendo o Presidente sancionar ou vetar, no prazo constitucional de quinze dias úteis, sendo vedado veto parcial que abranja apenas palavras da norma (art. 66, §2º da CF/88).

5.3.2 Juridicidade material

A constitucionalidade material da norma é aferida pela sua compatibilidade com a Constituição Federal. No caso da alteração legislativa proposta, identifica-se sua constitucionalidade material, especialmente, a partir do conteúdo do art. 170, IX e art. 173, §4º. O primeiro dispositivo elenca como princípio da ordem econômica o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

O preceito constitucional se concretiza em diversas leis asseguram esse tratamento diferenciado, tais como a Lei de Licitações, lei nº 8.666/1993 – art. 3º, § 14 –, Lei de Falência e Recuperação Judicial, lei nº 11.101/2005 – art. 70 e seguintes –, além da própria Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece normas gerais sobre o tratamento favorecido a ser dispensando às empresas de pequeno porte (EPP) e microempresas (ME).

Já o art. 173, §4º estabelece a repressão, por meio de lei, ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

5.3.3 Análise das principais características da proposta

Ultrapassada a análise de juridicidade, passa-se a análise dos aspectos mais relevantes para a caracterização da proposta de alteração legislativa:

5.3.3.1 *Modelo de notificação ou de autorização*

Conforme exposto no capítulo II, na Austrália, a permissão para uma barganha coletiva pode ser concedida nos procedimentos de notificação ou de autorização. Em uma publicação institucional, a ACCC fornece um quadro comparativo entre as duas modalidades, já apresentado no capítulo II deste trabalho.

Com base nas diferenças principais já traçadas, entende-se que o modelo que melhor se adequa à realidade brasileira é o de notificação, por ser um procedimento mais simples e célere e com alcance subjetivo limitado.

Quanto aos critérios subjetivos, propõe-se uma diferença com relação ao modelo australiano, que adota como critério a expectativa de faturamento nas transações entre os membros da barganha coletiva e a contraparte. Ilustrativamente, em uma barganha coletiva envolvendo fornecedores de leite para indústria de laticínios, as transações entre cada fornecedor e a indústria deveriam estar dentro do valor global anual fixado pela autoridade.

Como estratégia de simplificação, sugere-se que seja adotado o critério de faturamento das empresas envolvidas na barganha, sobretudo em razão de esses dados já servirem para o enquadramento legal de empresas de médio e pequeno porte no Brasil. Isso facilitaria a atividade da autoridade concorrencial na aferição do atendimento, ou não, dos requisitos subjetivos para participação na barganha coletiva.

Quanto ao termo inicial para a proteção legal da conduta, a estratégia de conferir efeitos legais ao silêncio administrativo imprime celeridade e eficiência à atividade da autoridade. Nesse sentido, havendo um procedimento padrão – com critérios objetivamente aferíveis, como o faturamento das partes envolvidas –, não há necessidade, para a maioria dos casos, de decisões individualizadas, já que se pretende conferir um tratamento uniforme para casos semelhantes. Nesse sentido, não há grande utilidade em exigir da autoridade uma manifestação a cada nova submissão.

Isso não impede, no entanto, que a autoridade, no momento de controle dos pedidos recebidos, identifique algum caso que demande uma análise mais detida e determine sua impugnação. A partir desse momento, pode a autoridade empregar meios de instrução amplos e exaurientes para chegar a sua conclusão final.

Diga-se, por oportuno, que um sistema semelhante já funciona hoje, no CADE, com relação ao controle do Tribunal quanto às decisões da Superintendência-Geral nos atos de concentração. Nesse sentido, havendo a aprovação sem restrição, poderá o Tribunal, no prazo de 15 dias avocar a operação, mas, ultrapassado esse prazo, o silêncio do órgão colegiado tem por efeito tornar imutável, no âmbito administrativo, a decisão da Superintendência.

Com relação ao prazo de duração, adota-se o modelo australiano no ponto em que define um período padrão para a concessão, mas é necessário ressaltar a possibilidade de que a Autoridade de Defesa da Concorrência altere esse tempo, a depender do caso concreto, seja para diminuí-lo ou estendê-lo. Ademais, entende-se que o prazo máximo de 10 anos é muito longo, sobretudo diante da duração do mandato dos conselheiros e das demais autoridades do CADE. Permitir uma duração tão prolongada poderia inviabilizar uma mudança na jurisprudência do Tribunal e cristalizar o entendimento de membros que já não fazem mais parte do Conselho. Além disso, um prazo muito extenso exige maiores esforços de monitoramento do caso.

Por fim, a possibilidade de negociação de condições é elemento que contribui para a eficiência das operações e que já faz parte da rotina e da experiência da autoridade brasileira, diante da existência do instituto do Acordo em Controle de Concentração (ACC). No entanto, como ponto de aperfeiçoamento, entende-se que a negociação de medidas não deveria ser submetida, como regra, ao Tribunal, o que poderia tornar mais moroso o procedimento. Esse ponto será analisado com maiores detalhes em item próprio desta seção.

5.3.3.2 Momento de submissão da notificação

Considera-se prévia a análise feita antes da prática de determinado ato, que, portanto, não poderá ser legalmente consumado até a apreciação final pela autoridade competente. Já a análise posterior é aquela realizada após a prática do ato que poderá, desde logo, ser consumado, mesmo que não haja a manifestação da autoridade.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência já vivenciou os dois modelos de análise. Até a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, o controle de atos de concentração era

feito após a consumação da operação, cabendo às partes firmarem um Acordo para Reversibilidade da Operação (Apro) – ou seja, a obrigação de não realizar alterações irreversíveis na estrutura das requerentes – como garantia de efetividade das decisões do CADE. A partir de 2012, com a entrada em vigor do novo marco normativo do SBDC, a autorização do CADE tornou-se condição prévia à consumação dos atos de concentração que, portanto, deveriam ser notificados, analisados pela autoridade e, só então, consumados pelas requerentes.

O modelo de análise prévia, que já é adotado na maioria dos países em que há uma autoridade específica incumbida da análise de atos de concentração, foi considerado um avanço no controle de estruturas no direito concorrencial brasileiro⁵¹³. Nesse sentido, a OCDE, nos relatórios de avaliação pelos pares de 2005 e 2011, apontou a necessidade de alteração do modelo brasileiro, já que o modelo então em vigor gerava um “problema óbvio para o Conselho ao tratar de operações que julga serem anticoncorrenciais”, sobretudo em razão das dificuldades práticas em desfazer atos já consumados⁵¹⁴.

Outros problemas apontados pela OCDE foram o aumento no tempo de análise das fusões, problemas na estrutura de incentivos para a notificação, ineficácia dos remédios utilizados pelo CADE, entre outros⁵¹⁵.

Considerando esse histórico de experiência do CADE, defende-se a adoção do modelo de notificação prévia.

5.3.3.3 Competência

A Lei nº 12.529/2011, ao distribuir as competências entre as unidades do CADE, concentrou atribuições finalísticas na Superintendência-Geral, e coube ao Tribunal a possibilidade de conhecer e revisar parte da atuação da SG, com algumas competências originárias remanescentes – por exemplo, o processamento de consultas. Diante dessa distribuição, sustenta-se que a intenção do legislador foi a de permitir um fluxo mais célere das

⁵¹³ CADE. **Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica**. Brasília, maio 2015. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁵¹⁴ OCDE. Competition Law and Policy in Brazil. **Policy Brief**, [s. l.], set. 2005, p. 33. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2005/BrazilPolBriefFINAL.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁵¹⁵ OCDE. Competition Law and Policy in Brazil. **Policy Brief**, Paris, 18 fev. 2010. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-apresenta-peer-review-no-forum-global-de-concorrenca-da-ocde>. Acesso em: 02 jun. 2022.

demandas do CADE e reserva o procedimento de decisão colegiadas para hipóteses que, por sua complexidade e relevância, justificassem uma apreciação mais detida.

Respeitando o modelo já previsto na lei, a competência para conhecer das notificações apresentadas deve ser da Superintendência-Geral.

5.3.3.4 Procedimento

Sem prejuízo da competência da Superintendência-Geral, sustenta-se a necessidade de preservação da competência recursal do Tribunal para rever as decisões da SG. No entanto, como forma de preservar a celeridade do procedimento de notificação, essa competência recursal deve se restringir aos casos de provação de interessados, não havendo a possibilidade de avocação do caso após da decisão do Superintendente. É o que já acontece no CADE na hipótese de arquivamento de procedimentos preparatórios.

A participação de terceiros deve ser admitida permanentemente no processo, já que, a qualquer tempo, poderão ser apresentadas informações que subsidiem a atividade de autotutela da Administração, o que também se justifica pela previsão do direito de petição, no art. 5º, XXXIV da CF/88. No entanto, para que seja admitida a legitimidade recursal, bem como para que seja aberto prazo e sejam feitas intimações dos terceiros, deverá ser solicitada habilitação, em prazo a ser fixado pelo regimento interno.

A possibilidade de revogação decorre do poder dever de autotutela da administração, conforme súmula 473 do STJ e art. 54 da Lei nº 9.784/94. No entanto, como forma de prestígio à segurança jurídica, a revogação deverá ser precedida da garantia de contraditório e, no caso de concessão de notificação condicionada ao cumprimento de determinada medida, defende-se que deverá ser concedido prazo de ultratividade mesmo após a revogação, em extensão compatível com investimentos já feitos ou para evitar descontinuidade prematura de transações já em curso.

O procedimento deve ser iniciado pela submissão, pelas partes interessadas, do formulário de notificação de barganha coletiva, que deverá ser preenchido com as informações julgadas relevantes para a operação.

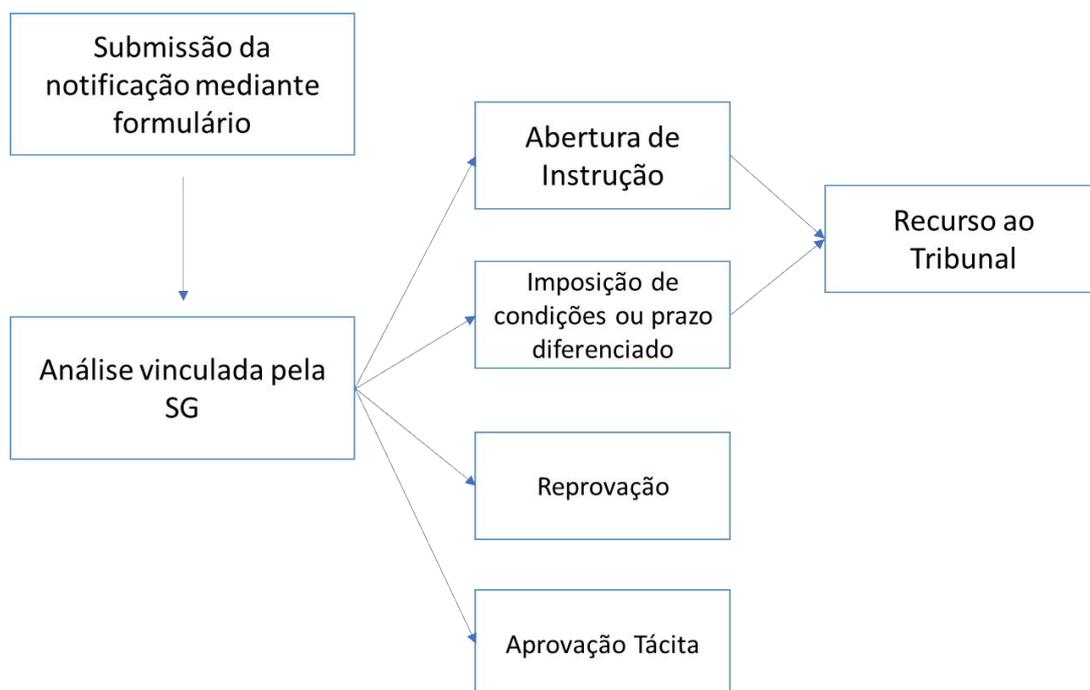
Feita a submissão, haverá uma apreciação de cunho formal quanto ao atendimento de requisitos vinculados: faturamento das partes, caracterização da operação, delimitação do mercado relevante e indicação da participação de mercado.

Uma vez constatado o atendimento aos requisitos vinculados, a SG poderá (i) impugnar a operação justificando a necessidade de instrução processual e, ao final, decidir fundamentadamente, cabendo recurso contra a decisão final; (ii) impugnar a operação concluindo, desde já, pela reprovação, caso em que não caberá recurso; (iii) impugnar a operação para impor condições e/ou prazo diferenciado, caso em que poderão as partes recorrer ao tribunal. Além desses casos já previstos, entende-se pertinente a abertura legal para que o regimento interno do CADE estabeleça outras hipóteses de cabimento para o recurso.

Caso não haja impugnação, o silêncio da administração significará aquiescência tácita.

A dinâmica descrita pode ser representada no fluxograma:

Figura 1- Fluxograma do procedimento de notificação proposto



Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

5.3.3.6 Proposta de redação

PROJETO DE LEI N° _____, DE 2022

Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, para regulamentar o procedimento de notificação para barganha coletiva.

O Congresso Nacional Decreta

Art. 1º A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, passa a vigorar acrescida dos seguintes dispositivos

Art.13 [...]

XIV – receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de notificação para barganha coletiva;

Art. 36 [...]

§ 4º As condutas descritas no §3º, I deste artigo não caracterizam infração contra a ordem econômica quando devidamente notificadas e aprovadas na forma do art. 87-A desta lei.

Art. 87-A. As partes interessadas em barganhar coletivamente deverão notificar a Superintendência-Geral do CADE.

§ 1º São requisitos subjetivos para participação ativa na barganha coletiva:

I – Atuação das interessadas em um mesmo ramo de atividade;

II – Faturamento anual compreendido nos limites de enquadramento de empresas de médio e pequeno porte;

§ 2º A barganha coletiva poderá ser feita em face de empresa com posição dominante, conforme critério do §2º do art. 36 desta lei;

§ 3º O prazo máximo de validade para a notificação aprovada é de 02 (dois) anos;

§4º Apresentada a notificação, a Superintendência-Geral terá o prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar, após o qual considera-se aprovada a notificação;

§5º O recurso para o Tribunal será admitido nas hipóteses prevista em Resolução do CADE.

CONCLUSÃO

Esta tese teve como objetivo delimitar e propor uma solução para o problema resultante de uma compreensão equivocada quanto à licitude da barganha coletiva no direito concorrencial brasileiro. Ao se considerar ilícita, pelo objeto, a barganha coletiva, a coletividade titular do direito ao ambiente concorrencial saudável – em última análise, o consumidor final – deixa de se beneficiar dos efeitos líquidos positivos desse tipo de negociação que tem aptidão para contrabalançar o poder de mercado dentro de uma mesma cadeia produtiva.

Diante desse problema, a solução – hipótese deste trabalho – foi a submissão da barganha coletiva ao juízo de ilicitude pela regra da razão o que é instrumentalizado, do ponto de vista procedimental, pela introdução de um processo específico para a notificação e autorização de negociações coletivas no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Para validar a solução apresentada, o trabalho valeu-se de revisão da bibliografia especializada e de extensa análise de casos – decisões administrativas – que se debruçaram sobre o tema da tese do poder compensatório e sua relação com a barganha coletiva. A partir desses elementos teóricos e práticos, constatou-se (i) a existência de benefícios (formação preços mais competitivos) associados ao exercício de poder compensatório como técnica para contrabalançar o poder de mercado existente em cadeias produtivas; (ii) a constatação desses benefícios por autoridades estrangeiras, com a identificação de sua presença em situação práticas (casos australianos); (iii) a ocorrência de equívocos na jurisprudência empregada pelo CADE para proibir negociações coletivas, mesmo quando resultarem em efeito líquido positivo para o mercado.

Diante desse quadro, a intervenção proposta neste trabalho, materializada na alteração legislativa da Lei nº 12.529/2011, tem duas pretensões centrais. A primeira delas, sob um ângulo objetivo, é orientar os operadores do direito, no SBDC, a reconhecerem a licitude da barganha coletiva nas hipóteses que ela não traga prejuízo à concorrência; nesse sentido, a formalização de um procedimento que permite essa espécie de cooperação impede que o operador do direito considere essa mesma prática um ilícito pelo objeto, já que o ordenamento não pode, concomitantemente, permitir e punir uma mesma conduta. A segunda pretensão, de cunho marcadamente subjetivo, é reforçar a segurança jurídica e a previsibilidade para agentes econômicos que exerçam barganhas coletivas, deixando claros os padrões formais e procedimentais dentro dos quais essas negociações serão admissíveis.

Em nota conclusiva, é importante registrar que a intervenção proposta neste trabalho não almeja ser uma resposta única ou definitiva para o problema posto, preferindo, em lugar disso, servir de elemento para o debate e contribuir para o aprimoramento de novas estratégias que busquem endereçar o mesmo problema.

REFERÊNCIAS

ACCC. **Guidelines for Authorisation of Conduct (non-merger)**. [S. l.], mar. 2019. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/publications/guidelines-for-authorisation-of-conduct-non-merger>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ACCC. **Small business collective bargaining**: Notification and authorisation guidelines. Canberra, dez. 2018. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/system/files/1472%20Small%20business%20collective%20bargaining.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ADAMS, Walter. Competition, Monopoly and Countervailing Power. **The Quarterly Journal of Economics**: Oxford University Press, Oxford, v. 67, n. 4, p. 469-492, nov. 1953. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1883596>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ADLER, A. Edward. Monopolizing at Common Law and under Section Two of the Sherman Act. **Harvard Law Review**, v. 31, n. 2, dez. 1917. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1327529>. Acesso em: 02 jun. 2022.

AHLBORN, Christian; GRAVE, Carsten. Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective. **Competition Policy International**, v. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1585797>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. **The American Economic Review**, v. 62, n. 4, p. 777-795, dez. 1972. Disponível em: <https://www.researchgate.net/deref/http%3A%2F%2Flinks.jstor.org%2Fsici%3Fsici%3D0002-8282%2528197212%252962%253A5%253C777%253APICAE0%253E2.0.CO%253B2-Q>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ALEMANHA. **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**. Act against Restraints of Competition in the version published on 26 June 2013 (Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette) I, 2013, p. 1750, 3245), as last amended by Article 4 of the Act of 9 July 2021 (Federal Law Gazette I, p. 2506). Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0018. Acesso em: 02 jun. 2022.

ALEXANDER, Laura M. **Countervailing Power**: a Comprehensive Assessment of a Persistent but Troubling Idea. [S. l.], AAI American Antitrust Institute, 2020. Disponível em: https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2020/10/AAI_CountervailingPower10-15-20.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência**: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. 240 f. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ALMEIDA, Silvia Fagá de; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Cooperativas Médicas: Ilícito Antitruste ou Ganho de Bem-Estar?. **Textos para Discussão**. Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, n. 263, jul 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6894>. Acesso em: 02 jun. 2022.

AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. **Application for authorisation for proposed conduct**: Guidance in completing your application to the ACCC. Disponível em:

https://www.accc.gov.au/system/files/Application%20for%20Authorisation%20%28non-merger%29_3.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. **Competition and Consumer Act 2010**. An Act relating to competition, fair trading and consumer protection, and for other purposes. Act n. 51, 1974, Compilation n. 139, 5 out. 2021. Disponível em: http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/consol_act/caca2010265/. Acesso em: 02 jun. 2022.

AUSTRALIA. **Criminal Code Act 1995**. Act n. 12, 1995, Compilation n. 138, 28 mar. 2021. Disponível em: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021C00183>. Acesso em: 02 jun. 2022.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. **Estudos Econômicos**, v. 39, n. 4, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ee/article/view/35989>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BECKER, William H. American Manufacturers and Foreign Markets, 1870-1900: Business Historians and the "New Economic Determinists". **The Business History Review**, v. 47, n. 4, p. 466-481, 1973. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3113367>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries on the Laws of England in Four Books**. Organização de George Sharswood. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893. v. 2. Disponível em: http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/2142/Blackstone_1387-02_EBk_v6.0.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries on the Laws of England in Four Books**. Organização de George Sharswood. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893. v. 1. Disponível em: http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/2142/Blackstone_1387-02_EBk_v6.0.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

BLAIR, Roger D.; DEPASQUALE, Cristina. Considerations of Countervailing Power. **Review of Industrial Organization**, v. 39, n. 1-2, p. 137-143, ago. 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23885241>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001600/2006-61**. Representante: SEAE/MF. Representados: Sinto Brasil Produtos Ltda. *et al.* Conselheiro-Relator: Paulo Burnier. Julgado em: 16 mar. 2019.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Rio de Janeiro, 19 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21**. Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo (SBT), Rádio e Televisão Record S.A. (Record) e TV Ômega Ltda. (Rede TV!). Conselheira relatora: Cristiane Alkmim Junqueira Schmidt. Brasília, 11 maio 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.010968/2008-82**. Requerentes: Diagnósticos Da América S.A e Maxidiagnósticos Participações Ltda. Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos. Brasília, 03 nov. 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.002520/2012-71**. Requerentes: Rede D'Or São Luiz S.A., Sinisgaili Administração e Participações S.A., Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Lourdes e outras. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Brasília, 18 dez. 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.0013191/2010-22**. Requerentes: Labs Cardiolab Exames Complementares S.A (Cardiolab) e Clínica Radiológica Menezes da Costa Ltda. (CRMC). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 06 ago. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.008448/2011-61**. Requerentes: Fleury S/A (Fleury) e Labs Cardiolab Exames Complementares S/A (Cardiolab). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 06 ago. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.008447/2011-61**. Requerentes: Deita FMB-Fundo de Investimentos e Participações e Diagnolabor Exames Clínicos S.A. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 06 ago. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta nº 08700.004594/2018-80**. Consultante: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 16 out. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.0004225/2014-63**. Representante: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Representado: Cooperativa de Médicos Anestesiologistas de Pernambuco Coopanest/PE. Arquivado em: 09 out. 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.000739/2016-10**. Representante: Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Representadas: Guillain Patrice [...]. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 28 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.000758/2003-71**. Representantes: Fundação de Seguridade Social (GEAP), Associação dos Sistemas de Autogestão em Saúde Próprios de Empresas do Espírito Santo (ASASPE/ES), União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS), Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo (SINAMGE) e Saúde Assistência Médica. Representados: Associação de Hospitais, Clínicas e Prestadores de Serviços afins à área de Saúde do Espírito Santo (AHCES), Associação Médica do Estado do Espírito Santo (AMES), Conselho Regional de Medicina do Estado do Espírito Santo (CRM/ES), Sindicato dos Médicos do Espírito Santo (SIMES), Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito Santo (SINDHES), União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS), Centro Hospitalar Granmater Ltda., Hospital da Associação dos Funcionários Públicos do Espírito Santo (AFPES), Hospital Evangélico de Cachoeiro de Itapemirim (HECI), Hospital Evangélico de Vila Velha/Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense (HEVV/AEBES), Hospital Santa Mônica Ltda. (HSM), Hospital Meridional

(Meridional), Hospital Metropolitano S.A., Hospital Praia da Costa Ltda., Casa de Saúde Santa Maria S.A., Maternidade Santa Paula Ltda., Hospital Santa Rita de Cassia Vitória/Associação Feminina Educação Combate Câncer (AFECC), Maternidade Santa Úrsula de Vitória Ltda., Casa de Saúde São Bernardo, Hospital e Maternidade São Francisco de Assis Ltda., Hospital São Luiz Ltda., Unimed Sul Capixaba Cooperativa de Trabalho Médico, Vitória Apart Hospital S.A. (VAH) e Arlindo Borges Pereira. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, 05 dez. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18**. Representante: SDE *ex officio*. Representada: Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro (ABAV/RJ). Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Brasília, 20 fev. 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.008060/2004-85**. Representante: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Representada: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas de Pernambuco (COOPANEST-PE). Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 18 abr. 2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003422/2004-41**. Representante: Fundação de Seguridade Social (GEAP). Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado de Mato Grosso (COOPANEST/MT) e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS/MT) (atual razão social do Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Autogestão em Saúde - CIEFAS). Terceira interessada: Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAUDE). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 09 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005669/2002-31**. Representante: Ministério Público Federal/RS Representadas: Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos - ANTV; Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Microempresas de Transporte Rodoviário de Veículos - SINDICAM. Relator: Conselheiro Luis Fernando Schartz. Brasília, 21 nov. 2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002866/2011-99**. Representante: SDE *ex officio*. Representada: Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos. Relator: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 15 out. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.009566/2010-50**. Representante: Conselho de Autoridade Portuária do Porto de Santos – CAP. Representados: Sindicon - Sindicato dos Transportadores Autônomos de Contêineres do Litoral Paulista, Sindisan - Sindicato das Empresas de Transporte Comercial de Carga no Litoral Paulista, Sindicam - Sindicato dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens da Baixada Santista, José Luiz Ribeiro Gonçalves, Davi Santos de Lima, Marcelo Marques da Rocha e José Nilton Lima de Oliveira. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, 05 abr. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08000.009391/1997-17**. Representante: Grupo Executivo para Modernização dos Portos, do Ministério da Marinha Representados: Sindicato das Agências de Navegação Marítima do Estado de São Paulo —SINDAMAR, Companhia de Navegação de Lagoas (incorporada e

sucedida por Saveiros Camuyrano Serviços Marítimos S.A. - SAAM), Saveiros Camuyrano Serviços Marítimos S.A., Sobrare-Servermar S.A., Metalnave S/A Comércio e Indústria e Sulnorte Serviços Marítimos Ltda. Relatora Conselheira Ana Frazão. Brasília, 03 abr. 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31**. Representante: Associação Rádio Táxi Alternativa (Alternativa). Representados: Associação das Centrais de Rádio Táxi de Curitiba (ACERT); Associação dos Cotistas de Rádio Táxi Sereia (Associação Sereia); Associação dos Cotistas de Rádio Táxi Curitiba (Associação Curitiba); Associação Rádio Teletáxi (Associação Teletáxi); Associação Rádio Táxi Paraná (Associação Paraná); Associação Rodo Rádio Táxi Capital (Associação Capital); Associação Rádio Táxi Faixa Vermelha (Associação Faixa Vermelha); Alexandre Ferreira; Joaquim Adir da Rocha; Sérgio Luiz de Araújo; Joil José Mores; Gilmar Abreu e Silva; e Agostinho Ferreira. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Brasília, 08 ago. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.008881/2010-60**. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: American Natural Soda Ash Corp., Tronox Alkali Wyoming, Tata Chemical (Soda Ash) Partners, Ciner Resources Corporation e Solvay Chemicals USA. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 05 set. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08012.000504/2005-15**. Representante: SDE *ex officio*. Representados: ACTA – Associação Comercial dos Transportadores Autônomos e SINDGRAN – Sindicato dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Cargas e Granel de Guarujá, Santos e Cubatão. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, 18 jan. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83**. Representante: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA). Representados: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), União Brasileira de Compositores (UBC), Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (SOCIMPRO), Associação Brasileira de Música e Artes (ABRAMUS), Associação de Músicos Arranjadores e Regentes (AMAR), Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música (SBIFEM) e Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (SIGAM). Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça. Brasília, 20 mar. 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51**. Representados: Liquegás Distribuidora S/A (ex-Tropigas), Supergasbras (ex-Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda) e Paragás Distribuidora Ltda. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, 07 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Brasília, 26 jun. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 087010.000729/2016-16**. Representante: Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Representadas: Associação Brasileira dos Exportadores de Cítricos (ABECITRUS) [...]. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 28 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.000738/2016-67**. Representante: Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Representadas: Antônio Carlos [...]. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 28 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71**. Representantes: SDE *ex officio* e Instituto Municipal de Assistência à Saúde do Funcionalismo. Representados: Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira, Confederação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 jul. 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 53/92**. Relator: Conselheiro Carlos Eduardo Viera de Carvalho. Brasília, 14 dez. 1994.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 0061/1992**. Relatora: Conselheira Neide Terezinha Mallard. Brasília, 14 fev. 1996.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08000.011520/94-40**. Relator: Conselheiro Ruy Afonso de Santacruz Lima. Brasília, 14 out. 1998.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007460/1997-74**. Representante: Wladimir Vieira da Silva. Representadas: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas de Sergipe (Coopanest-Se) e Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia (Coopanest-Ba). Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Brasília, 27 set. 2000.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33**. Representante: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS (antigo Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde - CIEFAS). Representadas: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia (COOPANEST-BA), Cooperativa do Grupo Particular de Anestesia S/C Ltda. (GPA). Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Brasília, 30 ago. 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005004/2004-99**. Representante: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS) e Associação dos Sistemas de Autogestão em Saúde Próprios de Empresas do Espírito Santo (ASASPEES). Representados: Hemoclínica Serviços de Hemoterapia S/S Ltda. (Hemoclínica); Hemoservice Serviço de Hemoterapia e hemoderivados Ltda. (Hemoservice); Clínica de Hematologia e Hemoterapia Ltda (Unihemo); Associação Brasileira de Bancos de Sague (ABBS); e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Brasília, 25 fev. 2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08000.020294/1996-03**. Representante: Associação Brasileira de Serviços de Saúde Próprios de Empresa - ABRASPE Representadas: Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Jales/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Adamantina/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Andradina/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Araras/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Araraquara/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Araçatuba/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Cruzeiro/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Fernandópolis/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção

Regional de Franca/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Jaú/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Lins/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Marília/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Piracicaba/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Penápolis/SP; Associação Médica de Goiás; Associação dos Laboratórios de Análise de Patologia Clínica da Região de Ribeirão Preto/SP; Sociedade de Medicina e Cirurgia de São José do Rio Preto; Sociedade Médica de Sergipe; Conselho Regional de Medicina do Estado de Sergipe; Sindicato dos Médicos do Estado de Sergipe; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Itepetininga/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Regional de Guarulhos; Sociedade de Medicina e Cirurgia de Campinas/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Barretos; Central Médica de Convênios de Santos/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Botucatu/SP; Associação Paulista de Medicina - Seção Regional de Ourinhos/SP; Associação Médica do Paraná; Associação Médica do Rio Grande do Norte; Associação dos Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal; Sindicato dos Médicos de Caxias do Sul/RS; Sociedade de Anestesiologia do Mato Grosso do Sul; Centro Médico Cearense; e Associação dos Médicos de Santos. Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 19 jul. 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.014463/2007-14**. Representante Laboratório Atalaia Ltda. Representados: Unimed Goiânia - Cooperativa de Trabalho Médico e Comitê de Integração das Entidades de Representação dos Médicos e dos Estabelecimentos Assistenciais de Saúde (CIER Saúde). Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Brasília, 22 jan. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005374/2002-64**. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS). Representado: Associação Médica da Paraíba, Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba, Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba, Academia Paraibana de Medicina e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Brasília, 15 out. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.008477/2004-48**. Representante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Representadas: Sindicato dos Médicos do Estado de Santa Catarina (SIMESC), Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina (CREMESC), Associação Catarinense de Medicina (ACM). Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Brasília, 15 out. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005135/2005-57**. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Associação Médica do Rio Grande do Norte (AMRN), Sindicato dos Médicos do Rio Grande do Norte (SINMED-RN), Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Norte (CRM-RN) e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Voto-vista: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 15 out. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006552/2005-17**. Representante: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde e (UNIDAS/MT). Representado: Conselho Regional de Medicina do Estado de Mato Grosso (CRM/MT), Associação Médica de Mato Grosso - AMMT e Sindicato dos Médicos do Estado de Mato Grosso (Sindmed-MT). Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Brasília, 15 out. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007833/2006-78**. Representante: Ministério Público de Rondônia. Representado: Conselho Regional de Medicina de Rondônia. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 15 out. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002381/2004-76**. Representante: União Nacional de Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Representados: Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia, Cláudio Wanderley Luz Saab e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 out. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08012.002985/2004-12**. Representante: HAPVIDA Assistência Médica Ltda. Representado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Maranhão. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 out. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08012.001790/2004-55**. Representante: Ministério Público do Estado do Pará. Representado: Conselho Regional de Medicina do Pará, Sindicato dos Médicos do Estado do Pará e Sociedade Médico-Cirúrgica do Pará. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 out. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08012.003568/2005-78**. Representante: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Representado: Conselho Regional de Medicina do Estado de Roraima. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 out. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.000855/2010-93**. Representante: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado de Goiás (Coopanest/GO). Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. Brasília, 10 dez. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006312/2004-31**. Representante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Representado: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Distrito Federal (antiga Cooperativa Brasiliense dos Anestesiologistas - COBRASA). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 06 maio 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006969/2000-75**. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (Ciefas) (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - Unidas). Representadas: Hospital Santa Lúcia S.A., Hospital Santa Luzia S.A., Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal, Associação Médica de Assistência Integrada, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde e Centro Médico Hospitalar Renascer. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Brasília, 25 fev. 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006647/2004-50**. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: Conselho Regional de

Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), Associação Paulista de Medicina (APM) e Sindicato dos Médicos de São Paulo (SIMESP). Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Brasília, 11 mar. 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08012.005101/2004-81**. Representante: Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo (SINAMGE). Representados: Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais (CRM/MG), Associação Médica de Minas Gerais (AMMG), Sindicato dos Médicos de Minas Gerais, Federação Mineira das Cooperativas Médicas (FEMCOM). Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 20 maio 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.012217/2007-10**. Representante: SDE *ex officio*. Representados: Sociedade de Oftalmologia do Ceará (SOC) e Cooperativa de Oftalmologistas do Ceará (COFTALCE). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 14 out. 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001591/2004-47**. Representante: SDE *ex officio*. Representados: Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal, Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal (CRM/DF), Associação Médica de Brasília, Sindicato dos Médicos do Distrito Federal e Joaquim de Oliveira Fernandes. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 29 jul. 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003706/2000-98**. Representante: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Representados: Cooperativa dos Anestesiologistas do Espírito Santo (COOPANEST/ES), Cooperativa dos Angiologistas e Cirurgiões Vasculares do Estado do Espírito Santo (COOPANGIO), Cooperativa dos Médicos Intensivistas do Estado do Espírito Santo (COOPERATI), Cooperativa de Cirurgiões Gerais do Estado do Espírito Santo (COOPERCIGES), Cooperativa dos Cirurgiões Pediátricos do Estado do Espírito Santo (COOPERCIPES), Cooperativa dos Cirurgiões Plásticos do Estado do Espírito Santo (COOPLAST/ES), Cooperativa de Ortopedistas e Traumatologistas do Estado do Espírito Santo (COOTES), Cooperativa dos Neurocirurgiões do Estado do Espírito Santo (COOPNEURO) e Sociedade de Especialidades Onco-Hematológicas Pediátricas Ltda. (ONCOHEMATOL). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 14 dez. 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.012032/2007-13**. Representante: Ministério Público Federal Representado: Comitê de Integração das Entidades de Representação dos Médicos e dos Estabelecimentos Assistenciais de Saúde (CIER Saúde), Instituto do Sangue Ltda., Hemolabor Hematologia e Laboratório de Pesquisa Clínicas, Instituto de Hemoterapia de Goiânia, Associação de Combate ao Câncer em Goiás - Banco de Sangue do Hospital Araújo Jorge, Banco de Sangue Modelo de Anápolis e Associação Brasileira de Sangue (ABBS). Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 20 out. 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009381/2006-69**. Representante: Caixa de Assistência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro (CAARJ). Representado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ), Associação Médica do Estado do Rio de Janeiro (SOMERJ) e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Conselheiro Relator: João Paulo de Resende. Brasília, 09 nov. 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.001830/2014-82**. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Federação Brasileira de Cooperativas de Anestesiologia (Febracan), Sociedade Brasileira de Anestesiologia (SBA) e Jurandir Coan Turazzi. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 20 jan. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n.º 08012.002874/2004-14**. Representante: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). Representados: Conselho Regional de Medicina do estado do Mato Grosso do Sul (CRM-MS), Associação Médica da Grande Dourados (AMGD), União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS) e Antonio Fernando Gaiga. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, 01 fev. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.008407/2011-19**. Representante: SDE *ex officio*. Representados: Sociedade Brasileira de Cirurgia Torácica (SBCT), Sociedade Brasileira de Cirurgia Cardiovascular (SBCCV), Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Paraná (COOPCARDIO-PR), e Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Rio de Janeiro (CARDIOCOOP-RJ). Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, 30 jan. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. *et al.* Conselheiro-Relator: João Paulo de Resende. Brasília, 08 jul. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº Processo nº 08700.002395/2020-51**. Relator: Alexandre Barreto de Souza. Brasília, 28 maio 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, 05 out. 1988, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945**. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Brasília, 22 jun. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7666.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Diário Oficial da União, 01 dez. 2011, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.003, de 24 de julho de 2014**. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde [...]. Diário Oficial da União, 25 jun. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113003.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962.** Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Diário Oficial da União, 12 nov. 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14137.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999.** Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Diário Oficial da União, 30 jun. 1999. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/normas-e-legislacao/resolucoes>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 01 mar. 2021. Diário da Justiça Eletrônico, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443224/false>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 194.704.** Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para acórdão: Edson Fachin. Brasília, 29 jun. 2017. Diário da Justiça Eletrônico, 17 nov. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur377674/false>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico.** São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

CADE. Departamento de Estudos Econômicos (DEE). **Cadernos do Cade: Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica.** Brasília, jul. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/cadernos-do-cade-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-planos-de-saude-hospitais-e-medicina-diagnostica-2018.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

CADE. Departamento de Estudos Econômicos. **Mercado de Saúde Suplementar: Condutas – 2015.** Brasília, 2015. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-saude-suplementar-condutas-2013-2015.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

CADE. **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal.** Brasília: jul. 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

CADE. **Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica.** Brasília, maio 2015. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

CADE. **Regimento Interno do CADE.** Aprovado pela Resolução nº 22 de 19 de junho de 2019 e atualizado pela Emenda Regimental nº 01/2020 de 02 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/regimento-interno>. Acesso em: 02 jun. 2022.

CANADÁ. Competition Bureau Canada. **Merger Enforcement Guidelines.** 6 out. 2011. Disponível em: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03420.html>. Acesso em: 02 jun. 2022.

CAVALLI, Cássio. **Empresa, direito e economia.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CHEN, Zhiqi. Dominant Retailers and the Countervailing-Power Hypothesis. **Rand Journal of Economics**, v. 34, n. 4, p. 612-625, 2003.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leornado Alves. Direito Econômico e pós-positivismo: O diálogo entre a Teoria das normas da Filosofia e a divisão de regras, princípios e normas de Washington Peluso Albino de Souza. In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2009, São Paulo. **Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 4235-4255.

COASE, R. H. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Acesso em: 02 jun. 2022.

COKE, Edward. **The Third Part of the Institutes of the Laws of England**. London: M. Flesher, for W. Lee, and D. Pakeman, 1644. Disponível em: <http://lawlibrary.wm.edu/wythepedia/library/CokeThirdPartOfTheInstitutesOfTheLawsOfEngland1644.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

COLITTI, Katia. Countervailing buyer power and its role in competition analysis. **European Competition Journal**, v 12, n. 2-3, p. 361-386, fev. 2017. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17441056.2017.1286877>. Acesso em: 02 jun. 2022.

COLLECTIVE bargaining & Collective boycotts. **Australia Competition & Consumer Commission**. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/collective-bargaining-boycotts>. Acesso em: 02 jun. 2022.

COUNTERVAILING POWER. **Glossary of Statistical Terms**. Criado em 03 jan. 2002, atualizado em 29 jan. 2022. Disponível em: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3182>. Acesso em: 02 jun. 2022.

DEWEY, Donald. The Common-Law Background of Antitrust Policy. **Virginia Law Review**, v. 41, n. 6, out. 1955. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1070212>. Acesso em: 02 jun. 2022.

DINIZ, Maria Helena. Consequências jurídicas do transplante jurídico inadequado à realidade brasileira. **Revista Argumentum**, v. 21, n. 2, p. 505-514, 2020. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1338>. Acesso em: 02 jun. 2022.

DOBSON, Paul W.; INDERST, Roman. The waterbed effect: Where buying and selling power come together. **Wisconsin Law Review**, v. 331, n. 2, p. 331-357, 2008. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/wlr2008&div=20&id=&page=>. Acesso em: 02 jun. 2022.

DOBSON, Paul; WATERSON, Michael; CHU, Alex. **The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power**. Office of Fair Trading Research Paper, n. 16, set. 1998. Disponível em: http://wrap.warwick.ac.uk/21/1/WRAP_Waterson_of239.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

DOUER, Zack; SAITO, Carolina. Grupo de Compras: cooperação ou colusão? **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 6, n. 1., maio 2018. Disponível em:

<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/370>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ESTEVES, Luiz A. A economia das firmas cooperadas e a análise antitruste. **Economia e Sociedade**, Campinas, SP, v. 24, n. 3, p. 589-616, 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8647296>. Acesso em: 3 jun. 2022.

EUA. 106th Congress (1999-2000). House Bill. **Quality Health-Care Coalition Act of 1999**, H.R.1304. Representative Tom Campbell. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/106th-congress/house-bill/1304>. Acesso em: 02 jun. 2022.

EUA. Department of Justice. Federal Trade Commission. **Improving Health Care: A Dose of Competition: A Report by the Federal Trade Commission and the Department of Justice**. [S. l.], jul. 2004. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/improving-health-care-dose-competition-report-federal-trade-commission-and-department-justice/040723healthcarerpt.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

EUA. Supreme Court. **Broadcast Music Inc., v. CBS**, 441 U.S. 1. 17 abr. 1979. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/441/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

EUA. Supreme Court. **Continental TV., Inc. v. GTE Sylvania Inc.**, 433 U.S. 36. 23 jun. 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

EUA. Supreme Court. **FTC v. Indiana Federation of Dentists**, 476 U.S. 447, 2 jun. 1986. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/447/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

EUA. Supreme Court. **National Society of Professional Engineers v. United States**, 435 U.S. 679. 25 abr. 1978. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/679/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

EUA. Supreme Court. **Northern Pacific R. Co. v. United States**, 356 U.S. 1. 10 mar. 1958. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

EUA. Supreme Court. **Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.**, 472 U.S. 284. 11 jun. 1985. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/284/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

EUA. Supreme Court. **U.S. Chicago Board of Trade v. United States**, 246 U.S. 231. 04 mar 1918. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

EUA. U.S. Code Title 15, Chapter 1. Monopolies and Combinations in Restraint of Trade. **26 U.S. Statutes at Large**. Washington D.C.: Office of the Federal Register; National Archives and Records Administration, jun. 2004. Publicação original de 02 jul. 1890. p. 209-210. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1>. Acesso em: 02 jun. 2022.

EUA. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Horizontal Merger Guidelines**. Washington D.C., 19 ago. 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>. Acesso em: 02 jun. 2022.

EUA. U.S. Supreme Court. **Loewe v. Lawlor**, 208 U.S. 274. n. 388. 03 fev. 1908. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/208/274/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

EUA. U.S. Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1. 15 maio 1911. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak**. Brussels, 08 abr. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework_communication_antitrust_issues_related_to_cooperation_between_competitors_in_covid-19.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

FACEY, Brian A., HUSER, Henry. Convergence in International Merger Control: a comparison of horizontal merger guidelines in Canada, the European Union, and the United States. **Antitrust Magazine**, 2004.

GALBRAITH, John Kenneth. **American capitalism**: the concept of countervailing power. Boston: Houghton Mifflin, 1952.

GALBRAITH, John Kenneth. **Capitalismo americano**: o conceito do poder compensatório. Tradução de Clara A. Colotto. Osasco: Novo Século Editora, 2008.

GALBRAITH, John Kenneth. **Economics and the public purpose**. Boston: Houghton Mifflin, 1973.

GALBRAITH, John Kenneth. **The affluent society**. Boston: Houghton Mifflin, 1958.

GAVIL, Andrew *et al.* **Antitrust Law in Perspective**: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy. Saint Paul: West Group, 2002.

GAYNOR, Martin; VOGT, William B. Antitrust and Competition in Health Care Markets. In: CULYER, A. J; NEWHOUSE, J. P. (Ed.). **Handbook of Health Economics**. Amsterdam: Elsevier, 2000. v. 1. p. 1405-1487.

GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William; CALKINS, Stephens. **Antitrust Law and Economics in a Nutshell**. 5. ed. Saint Paul: West Academic Publishing, 2004.

GIOCOLI, Nicola. Competition vs. property rights: American antitrust law, the Freiburg School and the early years of European competition policy. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=987788>. Acesso em: 02 jun. 2022.

GOLDBERG, Daniel K. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

GORDILHO JÚNIOR, Mário Sérgio Rocha. Análise de poder de compra no mercado de varejo de bens duráveis – desafios para o novo CADE. **Boletim latino-americano de concorrência**, n. 31, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano?. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Teoria do estado regulador**. Curitiba: Juruá, 2015.

HAWK, Barry E. English Competition Law before 1900. **The Antitrust Bulletin**, v. 63, n. 3, set. 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603X18781397>. Acesso em: 02 jun. 2022.

HENZLER, Herbert A. Alliances in Europe: Collusion or Cooperation. In: BLEEKE, Joel; ERNST, David (Ed.). **Collaborating to compete: using strategic alliances and acquisitions in the global marketplace**. New Jersey: John Wiley & Sons, 1994.

HOBSON, John Atkinson. **The evolution of modern capitalism: A study of machine production**. Scotts Valley: Createspace, 2015.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice**. 3. ed. Saint Paul: West Hornbook Series, 2005.

IOZZI, Alberto; VALLETTI, Tommasi. Vertical Bargaining and Countervailing Power. **American Economic Journal: Microeconomics**, v. 6, n. 3, p. 106–135, 2014.

ITALIANER, Alexander. Competitor Agreements under EU Competition Law. In: 40TH ANNUAL CONFERENCE ON INTERNATIONAL ANTITRUST LAW AND POLICY, 40., 2013, New York. **Speech [...]**. 2013. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_07_en.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

ITALIANER, Alexander. The Object of Effects. In: CRA ANNUAL BRUSSELS CONFERENCE: Economic Developments in Competition Policy, 2014, Brussels. **Speech [...]**. 2014. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

JACOBSON, Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Joint Purchasing, Monopsony and Antitrust. **The Antitrust Bulletin**, v. 36, n. 1, p. 1-79, mar. 1991. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603X9103600101>. Acesso em: 02 jun. 2022.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. **Journal of Economic Perspectives**, v. 14, n. 1, p. 43-60, 2000. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.14.1.43>. Acesso em: 02 jun. 2022.

KUPEFER, David; HASENCLEVER, Lia (Org.). **Economia Industrial**. 13. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002.

LETWIN, William L. The English Common Law concerning Monopolies. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 21, n. 3, 1954. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol21/iss3/3>. Acesso em: 02 jun. 2022.

LIMA, Heloísa Helena Monteiro de. A tese do poder compensatório no mercado de saúde suplementar. **Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio**, v. 15, n. 1, 2008.

MAGALHÃES, Carlos Francisco de. Uma contribuição ao aperfeiçoamento da sistemática de repressão aos abusos do poder econômico no direito brasileiro. **Revista de Direito Econômico**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 28-45, ago. 1976.

MALAMENT, Barbara. The "Economic Liberalism" of Sir Edward Coke. **Yale Law Journal**, v. 76, n. 7, 1967. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5868&context=yjlj>. Acesso em: 02 jun. 2022.

MARSHALL, Alfred. **Principles of economics**. 8. ed. New York: Macmillan Co., 1920.

MASON, Edward S. Monopoly in Law and Economics. **Yale Law Journal**, v. 47, n. 1, 1937. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3898&context=yjlj>. Acesso em: 02 jun. 2022.

MASSACHUSETTS (Estado). Province Laws – 1778-79. **The Acts and Resolves, public and private, of the Province of the Massachusetts Bay**. Boston: Wright & Potter Printing Company, 1886. v. 5. Disponível em: <https://archive.org/details/actsresolvespass6980mass/page/n3>. Acesso em: 02 jun. 2022.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy: Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

OCDE. Comitê de Concorrência. Directorate for financial and enterprise affairs. **Enhancing beneficial competition in the health professions**, 2005. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/sectors/35910986.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

OCDE. Competition Law and Policy in Brazil. **Policy Brief**, [s. l.], set. 2005. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2005/BrazilPolBriefFINAL.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

OCDE. Competition Law and Policy in Brazil. **Policy Brief**, Paris, 18 fev. 2010. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-apresenta-peer-review-no-forum-global-de-concorrenca-da-ocde>. Acesso em: 02 jun. 2022.

OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. **Roundtable on monopsony and buyer power**. 13 out. 2008. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/monopsony.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

OCDE. **Monopsony and Buyer Power**. [S. l.], 2008. p. 8-9. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competiti on/44445750.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. 2. ed., rev. e atual. de acordo com a Lei 12.529/2011. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PARMALAT: acquisition in Canada of the “natural cheese” division of Kraft Heinz Canada. **Parmalat**, Milan, 6. nov. 2018. Disponível em:

https://www.parmalat.com/attach/content/5729/2018_11_06_ENG.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **A prova no processo administrativo de investigação de cartel**. 2015. 219 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-24112015-153722/pt-br.php>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ROE, Mark J. From Antitrust to Corporation Governance?: The Corporation and the Law: 1959-1994. In: KAYSEN, Carl (Ed.). **The American Corporation Today**. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 102-127. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=10032>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ROTH, Peter; ROSE, Vivien (ed.). **Bellamy & Child**: European Community Law of Competition. 6. ed. Oxford: University Press, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: As estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SAUNDERS, Anthony *et al.* The Economic Implications of International Secured Transactions Law Reform: A Case Study. **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, v. 20, n. 2, 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1375&context=jil>. Acesso em: 02 jun. 2022.

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. In: JESUS, Agnes Macedo de *et al.* (Org). **Mulheres no Antitruste**, v. 1. São Paulo: Editora Singular, 2018.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. São Paulo: LTR, 2005.

STEVENS, John Paul; KIRKPATRICK, Miles W. Exemptions from Antitrust Coverage. **Antitrust Law Journal**, v. 37, n. 4, 1968. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/40841834?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 02 jun. 2022.

STIGLER, George. The Economist Plays with Blocs. **American Economic Association**, v. 44, n. 2, p. 7-14, maio 1954. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1818318>. Acesso em: 02 jun. 2022.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering antitrust's goals. **Boston College Law Review**, v. 53, n. 2, p. 551-629, 2012. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol53/iss2/4/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

SULLIVAN, Lawrence A.; FIKENTSCHER, Wolfgang. On the Growth of the Antitrust Idea. **Berkeley Journal of International Law**, v. 16, n. 2, 1998. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1414&context=bjil>. Acesso em: 02 jun. 2022.

TALBOT, Conor C. Ordoliberalism and Balancing Competition Goals in the Development of the European Union. *The Antitrust Bulletin*, v. 61, n. 2, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2701240>. Acesso em: 02 jun. 2022.

THIGPEN, Jeremy. National Oilwell Varco Completes Acquisition of Robbins & Myers. **NOV**, Houston, 20 fev. 2013. Disponível em: <https://investors.nov.com/news-releases/news-release-details/national-oilwell-varco-completes-acquisition-robbins-myers/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

TUCKER, Darren S. *et al.* (Ed.). **Antitrust Law Developments (Eighth)**. Chicago: American Bar Association, 2017.

UNGERN-STERNBERG, T. Von. Countervailing power revisited. **International Journal of Industrial Organization**, v. 14, 1996, p. 507-519.

UNIÃO EUROPEIA. **Case IV/M.1313 Danish Crown/Vestjyske Slagterier**. Brussels, 9 mar. 1999. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_1313. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Case IV/M.938 Guinness/Grand Metropolitan**. Commission Decision of 15 October 1997 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement. *Official Journal of the European Commission*, 27 out. 1998. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31998D0602>. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Case No IV/M.1225 Enso/Stora**. Commission Decision of 25 November 1998 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement. *Official Journal of the European Union*, 29 set. 1999. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31999D0641>. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicação da Comissão: Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado. **Jornal Oficial da União Europeia**, 27 abr. 2004. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=%20CELEX:52004XC0427\(07\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=%20CELEX:52004XC0427(07)&from=PT). Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. **Official Journal of the European Union**, 18 out. 2008. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=EN). Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. **Official Journal of the European Union**, 18 out. 2008. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=EN). Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.o, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de

minimis). **Jornal Oficial da União Europeia**, 30 ago. 2014. (2014/C 291/01). Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=EN). Acesso em: 02 jun 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Rectificação à Comunicação da Comissão: Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. **Jornal Oficial da União Europeia**, 02 fev. 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:033:0020:0020:PT:PDF>. Acesso em: 02 jun 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Regulamento (UE) n.º 1217/2010 da Comissão de 14 de Dezembro de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento. **Jornal Oficial da União Europeia**, 18 dez. 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:335:0036:0042:PT:PDF>. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Regulamento (UE) n.º 1218/2010 da Comissão de 14 de Dezembro de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de especialização. **Jornal Oficial da União Europeia**, 18 dez. 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1218&from=DE>. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Regulamento (UE) n.º 316/2014 da Comissão de 21 de março de 2014 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia. **Jornal Oficial da União Europeia**, 28 mar. 2014. Disponível em: Acesso em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=%20CELEX:32014R0316&from=DE>. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Regulamento n.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas. (L 102/1). **Jornal Oficial da União Europeia**, 23 abr. 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=DE>. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Commission Staff Working Document**: Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice (SWD (2014) 198 final). Brussels, 25 jun. 2014. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão: Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (2004/C 101/08). **Jornal Oficial da União Europeia**, 27 abr. 2004. (2004/C 101/08). Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=%20CELEX:52004XC0427\(07\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=%20CELEX:52004XC0427(07)&from=PT). Acesso em: 02 jun. 2022

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Regulamento (CE) N.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência

estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado. **Jornal Oficial da União Europeia**, 04 jan. 2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN>. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **EU Competition Law Rules Applicable to Merger Control: Situation as at 1st December 2014**. dez. 2014. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/Merger2015.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81º e 82º do Tratado. **Jornal Oficial da União Europeia**, 27 abr. 2004. (2004/C 101/07). Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(06\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(06)&from=PT). Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 17. Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 21 fev. 1962. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31962R0017&qid=1574196832533&from=PT>. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Traité instituant la Communauté Économique Européenne et documents annexes*. **Journal officiel des Communautés européennes**, n. 152, 14 jul. 1967. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=CS>. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier**. Paris, 18 abr. 1951. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=LV>. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**, Lisboa, 13 dez. 2007. Versão consolidada em *Jornal Oficial da União Europeia*, 07 jun. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN>. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities**. Caso 48/69. 14 jul. 1972. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61969CJ0048&from=EN>. Acesso em: 02 jun. 2022.

VAN SMITH, M. Preventing the Manipulation of Commodity Futures markets: To Deliver or Not to Deliver. **Hastings Law Journal**, v. 32, n. 6, 1981. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2720&context=hastings_law_journal. Acesso em: 02 jun. 2022.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia**. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

WHITNEY, Simon. Errors in the Concept of Countervailing Power. **The Journal of Business of the University of Chicago**. Chicago, v. 26, n. 4, p. 238-253, out. 1953. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2350275>. Acesso em: 02 jun. 2022.

WISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.