



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

VÍVIAN SALOMÃO IANELLI

**O CONTROLE DE CONDUTAS UNILATERAIS NO CADE REFLETE A ANÁLISE
CONCORRENCIAL EM CASOS ANTERIORES NO CONTROLE DE
ESTRUTURAS?**

**Uma análise da relação entre as duas formas de atuação da autoridade de defesa da
concorrência com base na jurisprudência do Cade na vigência da Lei 12.529/2011**

BRASÍLIA, DF

2024

VÍVIAN SALOMÃO IANELLI

**O CONTROLE DE CONDUTAS UNILATERAIS NO CADE REFLETE A ANÁLISE
CONCORRENCIAL EM CASOS ANTERIORES NO CONTROLE DE
ESTRUTURAS?**

**Uma análise da relação entre as duas formas de atuação da autoridade de defesa da
concorrência com base na jurisprudência do Cade na vigência da Lei 12.529/2011**

Dissertação de mestrado apresentada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Transformação na Ordem Social e Econômica e Regulação da Universidade de Brasília-UnB, título de Mestre em Transformações no Direito Privado, Empresa, Mercado e Concorrência, sob a orientação da Professora Dra. Amanda Athayde.

BRASÍLIA

2024

TERMO DE APROVAÇÃO

VÍVIAN SALOMÃO IANELLI

O CONTROLE DE CONDUTAS UNILATERAIS NO CADE REFLETE A ANÁLISE CONCORRENCIAL EM CASOS ANTERIORES NO CONTROLE DE ESTRUTURAS?

Uma análise da relação entre as duas formas de atuação da autoridade de defesa da concorrência com base na jurisprudência do Cade na vigência da Lei 12.529/2011

Tese apresentada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Transformação na Ordem Social e Econômica e Regulação da Universidade de Brasília-UnB, título de Mestre em Transformações no Direito Privado, Empresa, Mercado e Concorrência, sob a orientação da Professora Dra. Amanda Athayde.

Local: Brasília

Data de aprovação: 29/05/2024.

Banca examinadora:

Amanda Athayde
Doutora em Direito
(Orientadora)

Victor Oliveira Fernandes
Doutor em Direito
(Membro)

Paulo Furquim
Doutor em Economia
(Membro)

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade analisar se as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em sede de atos de concentração são refletidas no controle de condutas unilaterais ao longo da vigência da Lei 12.529/2012. Após extensa análise jurisprudencial que contou com mais de 400 casos analisados (entre atos de concentração e processos de investigação de condutas unilaterais), foram criadas categorias argumentativas para que a comparação entre os dois tipos de processos fosse possível. Dentre os principais resultados, pode-se afirmar que o Cade ainda tem um longo caminho a percorrer na utilização de informações e conclusões que já dispõe quando avalia concentrações econômicas, em sede de condutas. Mesmo assim, foi possível determinar sete situações nas quais os processos de condutas foram abertos em decorrência dos atos de concentração. Ainda que esses atos de concentração tenham sido citados, as decisões em sede de condutas não refletiram de forma aprofundada as conclusões exaradas anteriormente. Dentre as principais conclusões deste estudo, identificou-se que não há padrão de linguagem utilizado pelo Cade e por isso foi necessária a criação de metodologia própria; há um aparente desencontro interno das informações apresentadas à autoridade concorrencial, além de *gap* entre os sistemas de controle de condutas e estruturas. Dentre as principais sugestões para solucionar esses problemas estão a necessidade de ampliar a comunicação interna no órgão, ou mesmo a criação de um template para análise de condutas anticompetitivas colocando como requisito o estudo de jurisprudência do órgão, inclusive de atos de concentração, para tratar de dados de mercado, posição dominante ou até preocupações já levantadas anteriormente.

Palavras-chave: atos de concentração, condutas unilaterais, Cade, concorrência

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze whether the Administrative Council for Economic Defense (CADE) decisions in mergers are reflected in the control of unilateral conducts throughout the term of Law 12.529/2012. After an extensive jurisprudential analysis that included more than 400 cases analyzed (between merger acts and unilateral conduct investigation processes), argumentative categories were created so that the comparison between the two types of proceedings was possible. Among the main results, it can be stated that CADE still has a long way to go in the use of information and conclusions that it already has when evaluating economic concentrations in terms of conducts. Even so, it was possible to determine seven situations in which the conduct proceedings were opened as a result of the mergers. Although these mergers were cited, the conduct decisions did not reflect in depth the conclusions made above. Among the main conclusions of this study, it was identified that there is no language standard used by CADE and therefore it was necessary to create its own methodology; there is an apparent internal mismatch in the information presented to the Competition Authority, in addition to a gap between the systems for controlling conducts and structures. Among the main suggestions to solve these problems are the need to expand internal communication in the agency, or even the creation of a template for the analysis of anticompetitive conduct, placing as a requirement the study of the agency's jurisprudence, including merger cases, to address market data, dominant position or even concerns previously raised.

Key-words: mergers, unilateral conducts, Cade, competition

Lista de tabelas e figuras

Tabelas

Tabela 1 – Critérios para atos de concentração com sobreposições horizontais	33
Tabela 2 - Critérios para atos de concentração com integrações verticais	33
Tabela 3 – Categorias criadas para cada inciso do §3º, art. 36 LDC.....	34
Tabela 4 – Comparativo entre categorias criadas para argumentos dos atos de concentração e para os incisos do §3º do artigo 36	38
Tabela 5 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de transporte de contêineres e movimentação portuária.....	60
Tabela 6 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de publicidade online	62
Tabela 7 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de sistemas operacionais e serviços de tecnologia da informação.....	64
Tabela 8 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de sistemas operacionais e serviços de tecnologia da informação.....	65
Tabela 9 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de transporte ferroviário (arquivamento por assinatura de TCC).....	67
Tabela 10 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de transporte ferroviário (condenação)	67
Tabela 11 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de transporte ferroviário (arquivamento por assinatura de TCC).....	68

Figuras

Figura 1 – Processo de triagem de casos	26
Figura 2 – Exemplo de configuração da tabela contendo a base de dados.....	28
Figura 3 – Visão geral das colunas da tabela com todos os dados utilizados para pesquisa	29
Tabela 1 – Critérios para atos de concentração com sobreposições horizontais	33
Tabela 2 - Critérios para atos de concentração com integrações verticais	33
Tabela 3 – Categorias criadas para cada inciso do §3º, art. 36 LDC.....	34
Tabela 4 – Comparativo entre categorias criadas para argumentos dos atos de concentração e para os incisos.....	38
Figura 4 – Visão geral dos resultados de casos julgados pelo Cade considerando o enquadramento legal das condutas	41

Figura 5 - Casos arquivados pelo Cade pela insuficiência de indícios de condutas considerando o enquadramento legal das condutas	42
Figura 6 - Casos arquivados pelo Cade pela assinatura de TCC considerando o enquadramento legal das condutas	43
Figura 7 – Relação de resultados de casos julgados pelo Cade considerando o enquadramento legal das condutas	44
.....	Erro! Indicador não definido.
Figura 8 – Comparativo entre resultados dos processos de conduta e a menção aos atos de concentração prévios	47
Figura 9 – Comparação entre inciso III e categorias argumentativas dos atos de concentração relacionados	50
Figura 10 – Comparação entre inciso IV e categoria argumentativa dos atos de concentração relacionados	52
Figura 11 – Comparação entre incisos V, XI e XII e categorias argumentativas dos atos de concentração relacionados	54
Figura 12 – Comparação entre inciso X e categoria argumentativa de discriminação de preços dos atos de concentração relacionados	55
Figura 13 – Comparação entre inciso X e categoria argumentativa de discriminação de preços dos atos de concentração relacionados	57
Figura 14 – Comparação entre inciso XV categorias argumentativas dos atos de concentração relacionados	58

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	9
2.	CONTROLE DE ESTRUTURAS E CONTROLE DE CONDUTAS NO BRASIL 16	
2.1.	BREVÍSSIMAS NOÇÕES SOBRE CONTROLE DE ESTRUTURAS	16
2.2.	BREVÍSSIMAS NOÇÕES SOBRE CONTROLE DE CONDUTAS	20
3.	METODOLOGIA DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL	26
3.1.	METODOLOGIA DE TRIAGEM DOS CASOS	26
3.2.	CRIAÇÃO DE CATEGORIAS DE ANÁLISE	32
3.2.1.	Categorias de análise para os atos de concentração	32
3.2.2.	Categorias de análise para condutas anticompetitivas.....	34
3.2.3.	Relação entre as categorias criadas para os argumentos em atos de concentração e para os incisos do §3º	37
4.	ANÁLISE QUANTITATIVA DOS RESULTADOS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL	40
4.1.	RESULTADO DOS CASOS DE CONDUTAS UNILATERAIS CONSIDERANDO O ENQUADRAMENTO LEGAL (INCISO DO §3º).....	40
4.2.	DECISÕES EM CASOS DE CONDUTA COM MENÇÃO AO AC.....	45
5.	ANÁLISE QUALITATIVA DOS RESULTADOS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL	49
5.1.	INCISO III – BARREIRAS À ENTRADA	50
5.2.	INCISO IV – RIVALIDADE	52
5.3.	INCISOS V, XI E XII – RECUSA DE VENDA/OFERTA.....	53
5.4.	INCISOS VII, XIII, XVI E XVII – AUMENTO DE PREÇO	55
5.5.	INCISO X – DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS	55
5.6.	INCISO XV – PREÇO PREDATÓRIO	57
5.7.	INCISO XVIII – VENDA CASADA.....	58
6.	ANÁLISE DE CASOS	60

6.1.	MERCADO DE TRANSPORTE DE CONTÊINERES E MOVIMENTAÇÃO PORTUÁRIA	60
6.2.	MERCADO DE PUBLICIDADE ONLINE	62
6.3.	MERCADO DE SISTEMAS OPERACIONAIS E SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO	64
6.4.	MERCADO DE SOFTWARE DE GESTÃO DE PAGAMENTOS.....	65
6.5.	MERCADO DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO	66
6.6.	MERCADO DE PROGRAMAS DE FIDELIZAÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO	68
7.	CONCLUSÃO A PARTIR DOS RESULTADOS GERAIS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL E DAS ANÁLISES QUANTITATIVA E QUALITATIVA	70
8.	BIBLIOGRAFIA.....	78

1. INTRODUÇÃO

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) utiliza, principalmente, dois métodos para a regulação da concorrência no Brasil: controle de condutas e controle de estruturas. Cada um desses sistemas será aprofundado no presente texto, contudo, cumpre apresentar discussão relevante sobre a dicotomia entre eles.

Enquanto o controle de estruturas “busca examinar mudanças ocasionadas por movimentos empresariais nas estruturas dos mercados (...) de forma a evitar a formação de monopólios ou estruturas oligopolísticas que favoreçam a prática de preços supracompetitivos” (PEREIRA NETO & CASAGRANDE, 2016, p. 51), o controle de condutas se refere a “uma atuação voltada para a identificação e punição de comportamentos que possam distorcer o funcionamento do mercado, prejudicando competidores e consumidores” (PEREIRA NETO & CASAGRANDE, 2016, p. 91). O primeiro é um controle exercido de forma preventiva, isto é, antes que haja a consolidação da concentração econômica (*ex ante*), já o segundo é um controle repressivo que ocorre após a configuração de um ilícito concorrencial (*ex post*).

Ainda que o foco deste trabalho não seja aprofundar na dicotomia entre os dois tipos de controle, é importante citar digressão do professor Calixto Salomão sobre a utilidade, objetivos e necessidade da existência desses controles conforme trecho abaixo:

À parte a imprecisão terminológica na definição da *fattispecie*, consistente em denominar “concentração” à operação de cooperação econômica, a distinção entre disciplina de *joint ventures* e associações, de um lado (controle das estruturas), e acordos puros, de outro (controle das condutas), é correta. Enquanto os primeiros podem ter objetivos outros que não única e exclusivamente a definição de variáveis concorrenciais, os acordos puros entre concorrentes referem-se diretamente a estas, e, portanto, exigem avaliação pura e direta de licitude ou ilicitude. Esse é o ponto central de convergência entre o controle das estruturas e o dos comportamentos. É também o aspecto em que o primeiro mais pode auxiliar o raciocínio necessário para a correta aplicação do segundo. A análise estrutural está, desde sua origem, ligada a regras de razoabilidade econômica, enquanto o controle dos comportamentos nasceu com rígidas regras *per se*. Em muitos casos, como se verá na Parte III, foi exatamente a necessidade de interação com a disciplina das estruturas que levou à aplicação de critérios de razoabilidade econômica. (SALOMÃO FILHO, 2021, p. 112)

Como é possível observar tanto da discussão do professor Salomão como na breve definição dos tipos de controle, existe uma semelhança entre eles para evitar que os impactos negativos à concorrência sejam relevantes o suficiente para distorcer as estruturas já presentes no mercado. No caso do controle de estruturas, as concentrações econômicas já foram

consideradas como um “efeito autodestrutível do mercado”¹, mas ao mesmo tempo podem trazer benefícios às empresas envolvidas, como redução de custos e aumento de eficiências.² A tentativa de concentração do mercado deve então ser avaliada com cuidado para fins de evitar monopólios ou oligopólios principalmente nos dias atuais que contam com autoridades concorrenciais capazes de analisar econômico e juridicamente os possíveis efeitos dessas concentrações. Ainda que os objetivos do direito concorrência sejam uma discussão que remonta o início das tratativas sobre o tema, os efeitos das concentrações econômicas no mercado atingem principalmente os consumidores seja pela redução de inovação e qualidade, seja pelos aumentos de preço.³ Esses conceitos básicos foram a base para a determinação, como se verá nos próximos capítulos, das categorias argumentativas dos atos de concentração do Cade.

Já no que tange ao controle de condutas, o controle posterior de possíveis práticas contrárias à concorrência tem como principal objetivo a garantia constitucional da livre-iniciativa e livre-concorrência.⁴ Ainda que o controle de estruturas também siga esse mote⁵, o controle de condutas visa coibir a busca do monopólio e consequente aniquilamento de concorrentes (FORGIONI, 2018). Ainda que o controle de condutas possa tratar de ambas as práticas coordenadas quanto unilaterais, o presente trabalho focou na análise desse último caso. Para os casos envolvendo condutas individuais, a posição dominante dos agentes econômicos,

¹ “Observando a realidade conclui-se que, muitas vezes, a concentração tende a diminuir o grau de competição no mercado, por atribuir poder econômico à empresa. Com isso, reduz-se o estímulo ao corte de preços, à inovação, ao incremento de qualidade etc. Não por outro motivo que parte da doutrina refere-se à concentração como um ‘efeito autodestrutível do mercado’, apto a levar o sistema econômico às crises. Outros apontam à concentração como ‘falha de mercado’, pois é capaz de prejudicar o bom fluxo de relações econômicas, presidido pela concorrência. De outra parte, é igualmente correto pressupor, em certas hipóteses, ser a concentração capaz de trazer inovação e desenvolvimento. A competição entre menor número de agentes também pode ser vigorosa, ainda mais se as empresas forem saudáveis, com recursos para investir na conquista de clientela e na superação de seu concorrente”. (FORGIONI, 2018, P. 412)

² “*Agreements among competitors are not necessarily monopolistic or harmful to consumers, although the legal presumption against them is sometimes thought to be strong. An agreement can enable a group of firms to carry on an activity at more efficient scale, reduce information or transaction costs, or eliminate free rider problems. Antitrust policy must distinguish those agreements that pose significant anticompetitive threats from those that do not.*” (HOVENKAMP, 2011, p. 211)

³ “Os processos de eliminação da concorrência ofendem, em primeiro plano, o consumidor que fica à mercê de preços abusivos e de bens para a sua subsistência, abaixo do padrão de qualidade. Existindo a concorrência, instaura-se a possibilidade de escolha desses bens, apurando-se sobre quais são os melhores” (BRITO, 2016, p. 232)

⁴ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência” (CF/1988, art. 170)

⁵ “Qualquer ato praticado por um agente econômico, individualmente, ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado, poderá ser considerado ilícito se, de algum modo, prejudicar a livre-concorrência ou a livre iniciativa em conduta dissociada da sua vantagem competitiva. O mesmo ocorre em relação à tentativa de monopólio e ao abuso de posição dominante” (FORGIONI, 2018, p. 147)

apesar de não ser a única forma de desbalanceamento do mercado, é característica relevante para indicar a existência de capacidade de *players* de alterar as condições concorrenciais em que se inserem.⁶ Contudo, essa posição dominante também precisa ser analisada cuidadosamente a fim de evitar julgamentos errôneos sobre agentes que apenas são mais eficientes do que seus concorrentes.⁷

Vê-se que os dois tipos de controle visam moldar a concorrência para evitar que agentes econômicos, seja de forma unilateral, seja por meio de concentrações, tragam prejuízos a consumidores e ao ambiente concorrencial em si, na busca de aumentar sua influência no mercado. Mesmo que de forma distinta, ambos controles têm objetivos complementares. Contudo, como se verá ao longo do trabalho, ainda não há uma conversão e sinergia entre esses dois controles no cenário brasileiro de forma harmônica, ainda que a autoridade concorrencial tenha aparatos jurídicos e econômicos para tal.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como finalidade avaliar se as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no controle de condutas unilaterais reflete a análise realizada previamente em decisões do controle de estruturas. Analisou-se a extensa jurisprudência do Cade no contexto da Lei nº 12.529/11 (LDC).

A pesquisa, como será demonstrado no Capítulo 3, utilizou-se da jurisprudência do Cade para avaliar os argumentos utilizados em atos de concentração, verticais ou horizontais, e posteriormente entender se, quando o Cade julgou algum processo referente às condutas previstas do art. 36, § 3º da LDC, referiu-se àqueles atos de concentração anteriores. O limiar comparativo foi envolver as mesmas empresas no controle de estruturas e no de condutas.⁸

⁶ “We believe that big business homogenizes us, over-standardizes us, and – worst of all – makes us pay high process for shoddy products or poor service. Antitrust is properly concerned only with the last of these sins.” (HOVENKAMP, 2011, P. 291) “The monopoly power requirement in monopolization cases help courts to characterize a firm’s conduct and predict its consequences. Much of the ‘exclusionary’ conduct at issue in litigated monopolization cases is ambiguous when considered alone. For example, in a competitive market a refusal to deal, a dramatic price reduction, or even tortious business practices are absolutely consistent with competition on the merits. If a firm already has significant market power, however, courts have found these practices to be more threatening to the competitive process, and more likely to result in reduced output and higher prices.” (HOVENKAMP, 2011, P. 293)

⁷ “Desde que uma empresa seja mais capacitada do que seu concorrente, poderá licitamente buscar posição dominante no mercado, vindo até a dominá-lo, com a eliminação de seus competidores. Nada há de mais esperado senão a busca do domínio de mercado, uma vez que o objetivo do agente econômico é o seu crescimento no setor em que atua.” (FORGIONI, 2018, p. 147)

⁸ Existem outros formatos de pesquisa possíveis para avaliar se há correlação entre os dois sistemas de controle. John Kwoka, em estudo sobre o enforcement concorrencial em concentrações econômicas, se utilizou de estudos prévios de outros estudiosos e reuniu grande quantidade de casos com base na compilação de outros pesquisadores. (KWOKA, 2019) Ainda que no Brasil existam pesquisas sobre controle de condutas e controle de estruturas, ainda não havia sido identificada pesquisa que trouxesse uma correlação direta entre os argumentos utilizados em cada um desses tipos de processo e a correlação entre eles. Ainda que fosse possível utilizar dados quantitativos para o número total de processos e o posicionamento do Cade para casos específicos, a correlação entre concentrações e

A presente pesquisa definiu algumas hipóteses iniciais. Primeiramente, partiu-se da premissa de que (i) havia casos de condutas envolvendo as mesmas empresas que apresentaram atos de concentração, no mesmo mercado, (ii) houve citação de atos de concentração anteriores nas decisões envolvendo condutas unilaterais e (iii) não há precisão na linguagem utilizada nas decisões do Cade, seja na avaliação de condutas, seja de concentrações. Por outro lado, a hipótese de que (iv) a maioria dos atos de concentração ordinários seria citada em casos de condutas unilaterais pelo Cade não foi cumprida pois essa quantidade foi inferior ao imaginado, principalmente no que tange a informações da atuação das empresas investigadas no mercado relevante (como poder dominante). Essa hipótese foi demonstrada na Figura 8 no Capítulo 4.

A partir dessas hipóteses, foram iniciadas as pesquisas de jurisprudência. Principalmente em relação às duas primeiras hipóteses, a professora Amanda Athayde já havia apresentado artigo extremamente relevante sobre as ondas do antitruste, indicando que a primeira delas teria sido a análise de atos de concentração.⁹ Sabendo que o foco da autoridade concorrencial se iniciou na análise de concentrações, havia indícios relevantes para que as duas primeiras hipóteses fossem verdadeiras, o que foi comprovado após realização da pesquisa de jurisprudência (conforme metodologia indicada no Capítulo 3).

Nesse mesmo artigo, Athayde propõe que a segunda onda se referiu à análise de condutas coordenadas (majoritariamente cartéis). Por fim, a terceira onda, que à época do artigo ainda não teria se iniciado, se referia às condutas unilaterais. Esse seria o novo foco da autoridade concorrencial pois

Uma vez consolidado o novo método de análise prévia dos atos de concentração, bem delineado o rito de investigação da Superintendência-Geral, reduzidos os estoques de processos relacionados, sobretudo, a cartéis em licitação, e consolidados os precedentes de condenação e arquivamento de cartéis nacionais e internacionais, os advogados, acadêmicos, empresas e o próprio CADE poderão voltar suas atenções àquelas condutas mais dispendiosas de tempo de análise, que devem ser estudadas como condutas pelos efeitos, compreendidas sob a regra da razão. (ATHAYDE, 2017)

Por estarmos nessa nova onda, o presente trabalho se utiliza do arcabouço já existente de atos de concentração e de condutas unilaterais (que por mais que ainda seja inferior ao primeiro, também detém casos suficientes à análise principalmente entre 2019 e 2023). Em análise posterior a esse artigo inicial, Athayde se reuniu com Patrícia Jacobs para tratar, em

condutas ainda não havia sido explorada com profundidade. Essa foi inclusive a motivação para a realização do presente trabalho, explorar uma análise que saísse da comparação meramente dos resultados dos casos e que aprofundasse na forma de justificativa da autoridade concorrencial brasileira a fim de indicar a previsibilidade do controle de concentrações.

⁹ Logo após a alteração legislativa para que as concentrações econômicas fossem analisadas *ex ante*, o Cade iniciou atividade no sentido de criar uma jurisprudência relacionada a atos de concentração, sendo esse o foco do Conselho entre 2000 e 2021. (ATHAYDE, 2017)

2021, de como essa terceira onda estaria se desenvolvendo no Cade. (ATHAYDE & JACOBS, 2021) Nesse artigo, Athayde sugere que o Cade deveria focar na criação de uma jurisprudência consolidada de condutas unilaterais para trazer um posicionamento mais forte da autoridade. Por outro lado, Jacobs defende a necessidade de ampliar a política de acordos em casos de condutas unilaterais por meio dos Termos em Compromisso de Cessação (TCC). Ainda que apontem conclusões distintas, ambos os cenários são identificados no presente trabalho. Houve um número significativo de condutas unilaterais julgadas mesmo que pelo arquivamento, o que possibilitou a realização da pesquisa, mas os acordos também estiveram presentes nesses anos de vigência da nova lei concorrencial.

Em outra toada, o professor Calixto Salomão indica que o Cade tem dados pouco expressivos relacionados a atos de concentração quando se trata da quantidade de casos reprovados ou aprovados com restrições. Seria justamente por isso que o controle de condutas cumpre papel essencial no SBDC. Contudo, no mesmo texto, o professor indica que o abuso de posição dominante é negligenciado pela autoridade brasileira. (SALOMÃO FILHO, 2021, 356) Rodrigo Fialho também traz dados relevantes sobre o tema indicando que é necessário haver uma comprovação muito relevante e suficiente de que o ato de concentração é danoso à concorrência a ponto de ser necessário reprová-lo. Quando essa comprovação não existe, o Cade tende a aprovar sem restrições ou aplicar remédios menos incisivos. (FIALHO, 2020).

A queda no *enforcement* concorrencial é uma questão não apenas para a autoridade brasileira. A redução na prossecução de preocupações concorrenciais foi vista, por exemplo, nos Estados Unidos quando comparado o período de 1970 a 2018. Um dos problemas identificados para essa redução foi a consolidação de grandes empresas. “*Bigness has become a major problem, and bigness means more barriers to entry for new market entrants, especially small businesses, the historic driver of so many American jobs and so much American innovation and competition*”. (KLOBUCHAR, 2021, 314) Essa perspectiva corrobora com a percepção brasileira de que as concentrações econômicas têm sido cada vez menos limitadas e quando o são, não necessariamente solucionam os riscos concorrenciais decorrentes delas.

A própria Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) já havia levantado essa preocupação no *Peer Review* brasileiro em 2019, indicando que um dos principais problemas é a falta de direcionamento da autoridade concorrencial para análise dessas condutas e, ainda, que deveria haver a criação de estrutura interna no Cade para garantir que essas práticas anticompetitivas fossem devidamente julgadas. (OCDE, 2019)

Interessante notar que Paulo Furquim de Azevedo, ainda que tratando de restrições verticais (que incluem atos de concentração e condutas anticompetitivas), trouxe uma visão mais otimista à época. Logo após a aprovação da LDC, o professor indicou a existência de uma consistência por parte do Cade para a análise de restrições verticais ainda que a vigência da lei fosse curta à época.¹⁰

Ainda que o presente trabalho não tenha aprofundado na negligência em relação a outros tipos de conduta, é interessante notar que, dos cenários encontrados ao longo da pesquisa, apenas dois processos de condutas unilaterais foram condenados. O restante (41) foi arquivado. Também para contribuir a essa análise, vê-se que dos 74 casos ordinários apenas 13 deles tiveram a assinatura de Acordos em Controle de Concentração (ACC).¹¹

Ainda que as críticas sejam pertinentes, a ideia do presente trabalho foi utilizar a jurisprudência já existente para entender como se dá a relação desses dois tipos de controles e como o Cade pode ampliar seu escopo de análise para investigações futuras.

Para tal, o presente texto será definido da seguinte forma: tratar-se-á da definição do controle de estruturas e controle de condutas brevemente para contextualizar o escopo da análise (Capítulo 2); em seguida, será aprofundada a metodologia utilizada para chegar nos cenários de análise (Capítulo 3); com base na metodologia utilizada, serão aprofundados alguns dados quantitativos referentes às decisões em casos de conduta e as quantidades de atos de concentração mencionados em cada decisão (Capítulo 4); ainda, serão apresentados os argumentos dos atos de concentração comparativamente a cada um dos incisos do § 3º referentes a condutas unilaterais (Capítulo 5); serão detalhados também os casos em que o

¹⁰ “A fundamentação das decisões, conforme já mencionado, indica uma consistência até surpreendente dos procedimentos de análise, sobretudo tendo-se em conta tratar-se de assunto tão permeado de controvérsia. Mais plausível é a hipótese de que o aumento do número de casos tenha decorrido de mudanças no sistema econômico, as quais demandaram intervenções mais frequentes e, algumas vezes, mais rigorosas. Dentre essas mudanças está a privatização de infraestrutura e de serviços de utilidade pública na segunda metade dos anos 1990, bem como a crescente desregulamentação de diversos mercados ocorrida ao longo da mesma década. Restrições de acesso à infraestrutura portuária, de telefonia, de transporte ferroviário ou dutoviário entraram para o menu das possíveis estratégias concorrenciais, as quais, por conta da essencialidade dos serviços e clara posição dominante das incumbentes, apresentam maior potencialidade lesiva à concorrência. Do mesmo modo, a constituição de grandes empresas nesse período, na esteira de um movimento internacional de concentração em setores específicos, também pode explicar a maior incidência de casos, saltando aos olhos a presença da Ambev em um número considerável de processos administrativos. O crescimento da importância do tema no Brasil decorre, portanto, mais das mudanças econômicas concretas do que de uma revisão da prática do SBDC.” (AZEVEDO, 2013, P. 211)

¹¹ “Os ‘remédios’ antitruste, tais como os conhecidos ‘remédios’ constitucionais ou ‘remédios’ processuais, têm como finalidade última a contenção de um abuso de poder, ou a retificação de uma ação em desconformidade com o ordenamento jurídico. Os ‘remédios’ jurídicos em geral, buscam, portanto, sanar dano a bem jurídico, retificar comportamentos. Da mesma forma, os remédios antitruste são medidas ou instrumentos previstos em lei para a conversão de ilicitudes antitruste em condutas ou atos ilícitos, sanando o dano à livre concorrência que se configura e/ou adequando o comportamento em desconformidade com a lei a esta.” (OLIVEIRA, 2011, p. 19)

processo de conduta foi decorrente da estrutura de mercado resultante do ato de concentração anterior (Capítulo 6); e, por fim, será apresentada uma conclusão com base nos dados apresentados (Capítulo 7).

2. CONTROLE DE ESTRUTURAS E CONTROLE DE CONDUTAS NO BRASIL

A pesquisa trata da análise de ambos os atos de concentração e as condutas unilaterais no contexto do Cade. Esses dois processos estão englobados no controle de estruturas (2.1) e controle de condutas (2.2), respectivamente, do órgão antitruste brasileiro. Os subitens abaixo trazem um pequeno resumo de como tem sido a experiência da autoridade antitruste brasileira para a análise desses casos.

2.1. BREVÍSSIMAS NOÇÕES SOBRE CONTROLE DE ESTRUTURAS

Conforme inicialmente apresentado na Introdução, o controle de estruturas tem como finalidade a delimitação das concentrações econômicas para melhor atender ao mercado e à livre-iniciativa. Ainda que as empresas sejam livres para se unirem, a autoridade concorrencial desempenha o papel de proteger e garantir a concorrência no cenário pós-operação. Forgioni traz os principais objetivos dessas concentrações econômicas, que podem ser positivas ou negativas ao mercado. Primeiramente, é verdade que concentrações podem ter como objetivo arrefecer a concorrência. Por mais que seja contrário ao ideal de mercado geralmente prezado¹², as empresas podem visar a retirada de um concorrente no mercado por meio da aquisição e atingir ou reforçar uma posição monopolística (FORGIONI, 2018). Por outro lado, as concentrações podem “viabilizar economias de escala e o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, como sistemas de distribuição”. Essa é uma das justificativas mais apresentadas à autoridade antitruste além de ser comumente indicada como uma eficiência decorrente da operação. Concentrações também podem ter como objetivo a obtenção de pessoal especializado, patentes, *know-how* ou direitos de propriedade intelectual que, quando não obtidos por meio do mercado em si, podem ser adquiridos como parte de um concorrente.

Outra justificativa se refere à entrada em um mercado por meio da aquisição de uma estrutura empresarial já pronta para ser operada. Ainda, na mesma linha, a concentração pode ser a única forma de um negócio continuar operando no mercado em casos de falência, por exemplo. (FORGIONI, 2018, p. 420)

Com base nesses exemplos, Ezrachi resumiu a necessidade de controle de estruturas “*While of potential benefit to society, mergers, takeovers, share acquisitions, and joint ventures also affect the market structure, and at times may reduce competition. When markets become more concentrated following a merger, we move further away from a competitive market*

¹² “A competitive market is one in which 1) every good is priced at the cost of producing it, giving the producers and sellers only enough profit to maintain investment in the industry; and 2) every person willing to pay this price will be able to buy it”. (HOVENKAMP, 2011, P. 3)

structure to a structure in which market power might undermine the competitive process.”
(EZRACHI, 2021, p. 106)

Assim, no controle de estruturas, tem-se como finalidade definir se estruturas societárias decorrentes de uma concentração econômica são capazes de influenciar negativamente a concorrência nos mercados em que se inserem.¹³ O controle de estruturas depende de uma análise *ex ante* do Cade, ou seja, depende de avaliação antes que a operação se concretize, sob pena de incorrerem em *gun jumping*.¹⁴ Essa análise prévia é inovação à legislação. Até a Lei nº 8.884/94, a análise de atos de concentração ocorria após sua consumação, tornando a análise mais complexa principalmente quando era necessária a aplicação de remédios antitruste. A alteração legislativa instituiu a notificação prévia obrigatória, seguindo parâmetros de outras jurisdições (FORGIONI, 2018).¹⁵

Assim, o papel do Cade nesse cenário é compreender como determinado mercado se comporta, quais os agentes integrantes desse mercado e como a operação em análise influencia esse mercado. Para análise dos atos de concentração, o Cade desenvolveu ao longo de sua experiência e com base em experiências internacionais um procedimento para avaliá-los. Primeiramente, cumpre separá-los em horizontais¹⁶ e verticais.¹⁷ Os primeiros, se referem

¹³ De acordo com a professora Ana Frazão, “o controle de estruturas apresenta propósito nitidamente preventivo e complementar ao controle de condutas, já que a sua finalidade não é a de impor nenhuma sanção, mas somente a de verificar se o ato de concentração submetido ao seu exame deve ser aprovado, rejeitado ou ainda aprovado com restrições. Parte-se da premissa de que a livre concorrência é um bem muito precioso para ser colocado em risco, até porque os danos causados por estruturas anticoncorrenciais podem ser irreparáveis.” (FRAZÃO, 2017, p. 109)

¹⁴ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) §3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3o deste artigo.

¹⁵ “*The profusion of systems of merger control has a greater impact on most firms than rules against cartels and abusive behaviour, not because these firms disregard the latter but because their transactions are often subject to mandatory pre-notification under the former. This means that any sizeable transaction with international dimension – of which there are many – may have to be notified to 10, 20 or even more competition authorities.*” (WHISH & BAILEY, 2019, p. 832)

¹⁶ “É considerada concentração horizontal não apenas aquela integração entre empresas que fabriquem ou comercializem o mesmo produto. Firms no mesmo mercado são consideradas todas aquelas que se incluem na mesma definição de mercado relevante. Assim, todos os fabricantes de produtos substitutos, que, em caso de aumento de preços, passariam a ser consumidos, devem ser incluídos no mercado.” (SALOMAO FILHO, 2021, p. 254) Ainda que o professor Calixto apresente discussões sobre a inclusão de definição de concentrações conglomeradas, essa definição resume os tipos de atos de concentração considerados para a presente pesquisa. “as fusões horizontais reúnem empresas que são concorrentes atuais ou futuras em um mesmo mercado de produtos, o que significa que elas produzem (ou produzirão) substitutos relativamente próximos” (RESENDE, FERNANDES & BARCELOS, 2023, p. 225)

¹⁷ “Para controlar as concentrações verticais é necessário, portanto, encontrar alguma característica a elas particular que torne o controle necessário. Note-se que isso não significa dizer que é desnecessária a existência de poder no

às aquelas concentrações em que as empresas atuam no mesmo nicho de mercado sendo concorrentes diretas caso não estivessem se concentrando. Já o segundo se refere a empresas que atuam em nichos distintos do mercado, mas estão relacionados em uma mesma cadeia produtiva (IANELLI, 2019, pp. 17-19). No presente, trabalho foram analisados ambos os tipos de atos de concentração. As fusões conglomeradas não foram aprofundadas nesse trabalho pois o foco não era a classificação das concentrações, mas sim os argumentos utilizados para caracterizar as teorias do dano.¹⁸

De acordo com os Guias de Análise de Atos de Concentração Horizontais (Guia H)¹⁹ e Não Horizontais (Guia V+)²⁰, para realizar a análise desses casos, o Cade depende da avaliação dos seguintes critérios: (i) definição de mercados relevantes²¹; (ii) possibilidade de exercício de poder de mercado nos mercados relevantes definidos²²; (iii) probabilidade de exercício de poder de mercado²³; (iv) eficiências²⁴. Não necessariamente todas essas subdivisões são essenciais à avaliação concorrencial pois, por exemplo, se não há possibilidade

mercado em ambas as esferas consideradas, mas apenas que não é o aumento desse poder, mas sim o ato de concentração (vertical) em si, que justifica o controle.” (SALOMAO FILHO, 2021, p. 259) “as fusões verticais reúnem empresas em diferentes estágios da mesma cadeia produtiva” (RESENDE, FERNANDES & BARCELOS, 2023, p. 225) “Aplica-se, portanto, a noção de relação vertical não somente a processos de agregação de valor a uma matéria- prima (e.g., transformação trigo-farinha-pão), mas também a atividades complementares não diretamente encadeadas, como a produção de sistemas operacionais e de navegadores de internet.” (AZEVEDO, 2013)

¹⁸ “Competition authorities have adopted an ambiguous view about conglomerate mergers for a long time, in particular about those that are product or market extension mergers (...) Such mergers are likely to benefit from economies of scale and of scope, but they also raise competition concerns, due to the loss of potential competition and to the greater likelihood of anticompetitive behaviors.” (GARCIA & AZEVEDO, 2019)

¹⁹ 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 27.04.2024.

²⁰ Disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/Guia%20V+/Guia-V+2024.pdf> Acesso em 27.04.2024.

²¹ “A identificação do mercado relevante é o processo pelo qual se identifica o conjunto de agentes econômicos (consumidores, produtores e concorrentes) que de fato influenciam e restringem as decisões relacionadas às estratégias de preços, quantidades, qualidade, inovação e outros aspectos da empresa resultante da operação.” (Guia V+, 2024).

²² A possibilidade de exercício de poder de mercado é geralmente definida por meio da participação de mercado e índices de concentração das empresas no mercado relevante definido. “o nível de participação no mercado constitui meio sinalizador da possibilidade de danos à concorrência, embora a detenção de alta parcela de mercado por si só não seja suficiente para a concluir que a operação resultará em efeitos deletérios à concorrência.” (Guia V+, 2024).

²³ Nesse item são analisadas as teorias do dano aplicáveis quando a participação de mercado ou o índice de concentração são elevados. Teoria do dano pode ser considerada, conforme o Guia V+, como “uma proposição teórica estruturada elaborada com o intuito de demonstrar/descrever as razões pelas quais uma dada conduta ou ato de concentração pode acarretar prejuízos à concorrência”.

²⁴ As eficiências são os possíveis efeitos pró-competitivos da operação que poderiam, caso haja identificação de probabilidade de exercício de poder de mercado, balancear os prováveis efeitos negativos decorrentes do ato de concentração (Guia V+, 2024).

de exercício de poder de mercado (ii), não há necessidade de se avaliar os outros dois critérios (iii) e (iv).²⁵

De qualquer forma, o foco do presente trabalho se deu nos argumentos do Cade utilizados no item (iii) pois é nessa etapa em que o Cade avalia quais são os prováveis efeitos da operação no mercado caso seja aprovada. Em especial, foram analisados os efeitos unilaterais dos atos de concentração, os quais ocorrem quando “a operação aumenta os incentivos para que a empresa fusionada (ou compradora) aumente seus preços (ou diminua a oferta, qualidade e/ou nível de inovação) lucrativamente independentemente do comportamento dos demais *players* do mercado” (PARISI, 2023, p. 168).²⁶

Com base nessas etapas de análise, o ato de concentração pode ser aprovado sem restrições, aprovado com restrições ou reprovado. No primeiro caso, o Cade entende que não há preocupações concorrenciais suficientes capazes de gerar riscos concorrenciais relevantes ao mercado. Já no segundo caso, o Cade aplica remédios para mitigar os possíveis efeitos deletérios da concentração. Por fim, pode ainda reprovar a operação, indicando que as empresas não são autorizadas a prosseguir com a operação no formato apresentado ao Cade pois não há remédios capazes de solucionar os problemas identificados.²⁷

²⁵ Exemplificadamente, ainda que seja explicado para o caso de concentrações verticais, a estrutura de análise vale para qualquer tipo de concentração “Primeiramente, uma das partes do contrato deve deter posição dominante a montante ou a jusante, em geral presumida por meio de elevada participação de mercado ou por diferenciação vertical, no caso de mercados de produtos diferenciados. Desse modo, um contrato de franchising, repleto de restrições verticais dos mais variados tipos (exclusividade de produto, territorial, fixação de preço de revenda, precificação não linear etc.), de uma rede de fast food de médio porte (e.g., China in Box), já não atende a esse primeiro requisito, podendo ser sumariamente descartada a suspeição de se tratar de um ilícito antitruste.” (AZEVEDO, 2013, p. 209)

²⁶ A presente pesquisa trará as categorias argumentativas que foram mais utilizadas pelo Cade para análise da probabilidade de exercício de poder de mercado. De qualquer forma, Parisi indica algumas dessas principais preocupações: “independentemente de o mercado em análise se assemelhar a um dos modelos supramencionados, há ainda que examinar outras variáveis competitivas relevantes – que não são contempladas por tais modelos –, tais como: a. concorrência atual: (i) proximidade entre as empresas envolvidas no ato de concentração (são concorrentes próximos ou não tão próximos, uma vez que atuam em nichos de mercado distintos?): quão mais próximas forem, maior a pressão competitiva que será eliminada com a operação, sendo maior a probabilidade e magnitude dos efeitos unilaterais; (ii) barreiras à expansão (e.g. limitação de capacidade produtiva): caso existam, enfraquecerá a pressão competitiva exercida pelos demais, favorecendo o exercício de poder de mercado; (iii) possibilidade de rivais se reposicionarem no mercado: rivais podem se tornar concorrentes mais próximos da empresa fusionada, passando a exercer, portanto, maior pressão competitiva, mitigando a probabilidade de exercício de poder de mercado; (iv) custos para os clientes migrarem de fornecedor (switching costs): quão maior forem as dificuldades para troca de vendedor, maior será a probabilidade para que ele exerça poder de mercado; (v) dinamismo no mercado: a operação envolve a aquisição (eliminação do mercado) de um concorrente altamente inovador, que está crescendo rapidamente, e/ou com modelo de atuação disruptivo (operação denominada *killer acquisition*)? Ou elimina um player extremamente eficiente (*maverick*) e, mesmo que de pequeno porte, oferece pressão competitiva à empresa compradora?” (PARISI, 2023, p. 172)

²⁷ “Vale notar que, num contexto em que a liberdade de iniciativa é o princípio fundamental da ordem econômica constitucional e há garantia expressa da propriedade privada, a decisão de reprovação completa do ato tende a ser considerada a *ultima ratio* adotada apenas nos casos em que não há outro remédio para solucionar as preocupações concorrenciais identificadas pelo Cade” (PEREIRA NETO & CASAGRANDE, 2016, p. 82)

Importante também indicar que o Regimento Interno do Cade (RICADE) e a Resolução nº 33/2021 da autoridade preveem dois tipos de procedimento para análise de atos de concentração: ordinário e sumário. No primeiro caso, trata-se de atos de concentração mais complexos, que dependem de análise extensa, geralmente, devido às participações de mercado elevadas resultantes da operação nos mercados sob análise. Já os atos de concentração sumários são casos mais simples que não requerem atenção detalhada da autoridade e por isso são julgados de forma mais rápida, sem adentrar nas nuances dos mercados discutidos.²⁸

Como o objetivo deste trabalho é realizar a comparação argumentativa das decisões, optou-se por analisar apenas os atos de concentração ordinários. Mesmo assim, 17 dos atos de concentração analisados não tiveram uma análise aprofundada pois as participações de mercado eram inferiores a 20%, no caso de concentrações horizontais, e 30% no caso de concentrações verticais.

2.2. BREVÍSSIMAS NOÇÕES SOBRE CONTROLE DE CONDUTAS

Em complemento ao já apresentado na Introdução, apresenta-se os principais conceitos relacionados ao controle de condutas unilaterais que serão utilizados como embasamento para o presente trabalho. O conceito de condutas unilaterais depende de um passo anterior relacionado à definição de posição dominante.²⁹ Ainda que no controle de estruturas já haja uma noção inicial sobre o poder de mercado, a posição dominante no caso de repressão de

²⁸ Resolução nº 33/2021 “Art. 8º São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações:
I – Joint-Ventures clássicas ou cooperativas: casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente à participação em um mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontal ou verticalmente relacionados;
II – Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados nos quais atuava a adquirida ou seu grupo;
III – Baixa participação de mercado com sobreposição horizontal: as situações em que a operação gerar o controle de parcela do mercado relevante comprovadamente abaixo de 20%, a critério da Superintendência-Geral, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial;
IV – Baixa participação de mercado com integração vertical: nas situações em que nenhuma das requerentes ou seu grupo econômico comprovadamente controlar parcela superior a 30% de quaisquer dos mercados relevantes verticalmente integrados;
V – Ausência de nexo de causalidade: concentrações horizontais que resultem em variação de HHI inferiores a 200, desde que a operação não gere o controle de parcela de mercado relevante superior a 50%;
VI – Outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples o suficiente, a critério da Superintendência-Geral, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada.” Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?11fcbFkN81DNKUdhz4iilnqI5_uKxXOK06JWeBzhMdu1o7VqyXeq9tKSSC3I_YlnBX8Qjt099g7spbtEu5Ayy1J7fZ6z5AK-E7JynVgVAYniczU5wqJ6a4at3XodqUOL Acesso em 2024.

²⁹ “Market power is a firm’s ability to increase profits by reducing output and charging more than a competitive price for its products. (...) the power to hold market power for a significant period of time is always important to antitrust policy makers, who must weigh the costs of limiting market power against the potential gain.” (HOVENKAMP, 2011, p. 88)

condutas é essencial para se compreender a extensão dos efeitos de uma prática econômica no mercado e nos consumidores. Forgioni resumidamente explicou esse conceito: “nem toda a restrição à livre-concorrência ou à livre-iniciativa é domínio de mercado ou abuso de posição dominante, mas não há domínio de mercado ou abuso de posição dominante sem restrição à livre-concorrência, à livre-iniciativa ou que dê lugar a aumento arbitrário de lucros”. (FORGIONI, 2018, p. 148) Assim, empresas que detém poder de mercado estão sujeitas a uma responsabilidade econômica muito maior do que empresas cujas ações não poderiam influenciar o meio em que atuam.³⁰

Por outro lado, o Cade pode realizar o controle de condutas anticompetitivas decorrentes de atividades unilaterais ou coordenadas dos agentes de mercado, tratando-se de análise *ex post*.³¹ A Lei nº 12.529/2011 prevê, no artigo 36, as possíveis infrações à ordem econômica que podem ser diferenciadas, em primeiro plano, em aquelas que dependem da atuação de mais de uma empresa para alterar as condições do mercado (coordenadas) ou aquelas que dependem apenas da atuação de um *player* que detenha posição dominante no mercado sob análise (unilaterais).³²

Essas condutas, no entanto, apenas serão consideradas relevantes para a análise da autoridade concorrencial caso haja possibilidade de demonstração de efeitos negativos à concorrência nos mercados afetados. A análise de possibilidade depende da existência de poder de mercado ou posição dominante das investigadas.³³

³⁰ “While big is not necessarily bad, ‘big’ companies that benefit from distinct market power are subjected to further responsibilities. The law prevents these large, powerful companies from distorting competition and abusing their powers. Laws dealing with market power, and its possible misuse, aim to strike a delicate balance – refraining from chilling competition and innovation (by accepting that market power may result or a legitimate competition process, a superior product, or a business acumen), while preventing powerful companies from distorting competition by abusing their market position.” (EZRACHI, 2021, p. 89)

³¹ “É importante lembrar que o controle de condutas apresenta um grande diferencial em relação ao controle de estruturas, pois enquanto este é mera- mente preventivo e visa a impedir a realização de determinadas operações, aquele tem um forte viés punitivo e tem por finalidade aplicar sanções aos agentes econômicos que descumprirem as normas concorrenciais. Ainda que, do ponto de vista pragmático, os objetos dos dois tipos de atuação antitruste se aproximem, do ponto de vista principiológico são muito distintos e é por essa razão que o nível de garantias materiais e procedimentais do controle de condutas deve ser ainda mais rigoroso do que o do controle de estruturas.” (FRAZÃO, 2017, p. 247)

³² “A classificação usualmente adotada pela literatura antitruste para a análise de condutas anticoncorrenciais tem por critério inicial a caracterização da conduta como uma prática coordenada entre empresas distintas (i.e. *acordo*) ou como uma prática unilateral de apenas uma empresa. Condutas coordenadas ou unilaterais, por sua vez, podem ser classificadas como (i) horizontais, quando envolvem empresas que atuam em um mesmo mercado (i.e. se envolve concorrentes diretos) ou (ii) verticais, quando afetam elos distintos de uma determinada cadeia produtiva (i.e., empresas com relação fornecedor-cliente).” (PEREIRA NETO & CASAGRANDE, 2016, p. 92)

³³ “(...) as práticas enunciadas no §3o só caracterizam infração da ordem econômica na medida em que configurarem uma das hipóteses previstas no caput do artigo 36 e de seus incisos.” (MENDES, 2012, p. 71) O próprio § 2º do art. 36 indica a definição de posição dominante “§ 2o Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado

O presente trabalho não visou analisar a definição de poder de mercado ou como o Cade definiu essa influência relevante individualmente nos casos. Partiu-se do pressuposto de que a posição dominante da empresa poderia influenciar o resultado do caso (ou seja, o caso seria arquivado sem indícios de haver efeitos negativos) mas não o enquadramento legal da conduta praticada. Isso porque mesmo nos casos em que não há poder de mercado é necessário que o Cade defina se é competente para analisar a conduta em questão e se há previsão legal para tal.

Partindo-se para os tipos de condutas anticompetitivas – coordenadas ou unilaterais – a legislação prevê que o primeiro tipo geralmente se caracteriza pela realização de acordos para combinar, manipular, ajustar os preços de bens e serviços, a quantidade produzida ou a frequência de serviços prestados, a divisão de mercado entre outros.³⁴ Esse é o caso clássico de carteis entre empresas.³⁵ Esse tipo de conduta não será alvo de análise do presente trabalho. Também não serão analisadas as condutas relacionadas à adoção de conduta uniforme (inciso II, §3º, art. 36 da LDC) entre concorrentes, que se refere à “conquista de posição monopolística (com a conseqüente eliminação ou neutralização da força competitiva dos agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, isto é, obtenção do domínio do mercado)” (FORGIONI, 2018, p. 351). Tampouco serão analisados outros formatos de colusão, sejam horizontais, sejam verticais entre empresas (previstas nos incisos VIII e IX do §3º, art. 36 da LDC).³⁶

ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

³⁴ Art. 36, § 3º, inciso “I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; e d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.”

³⁵ “um cartel clássico abrange um acordo entre concorrentes, sob qualquer forma (escrita ou verbal), cujo objeto seja: (i) a fixação de preços; (ii) a fixação de oferta de bens ou serviços; (iii) a divisão de mercado – em termos de clientes, fornecedores, territórios, segmentos ou períodos; e/ou (iv) o conluio em licitações” (PEREIRA NETO & CASAGRANDE, 2016, p. 110)

³⁶Por mais que a distinção entre condutas unilaterais e coordenadas não seja bem definida na jurisprudência brasileira (em alguns casos, ambos os tipos de conduta foram analisados no mesmo processo), optou-se por não aprofundar nessa distinção para que o foco do presente trabalho seja a análise entre os atos de concentração e as condutas unilaterais. “essa distinção entre condutas coordenadas e condutas unilaterais não emerge com clareza na legislação brasileira, que optou por uma capitulação normativa ampla para tipificar a infração à ordem econômica: ‘atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados’. Por conta disso, por vezes há certa confusão no Brasil quando se analisam algumas situações específicas, como uma cláusula de fixação de preço de revenda em um contrato vertical, celebrado entre um fornecedor e seus distribuidores. Na Europa, essa situação é normalmente examinada sob a égide do art. 101 do TFUE, pois se refere a um acordo entre empresas verticalmente relacionadas. No Brasil, no entanto, a conduta é, às vezes, inserida impropriamente no grupo de condutas unilaterais, compreensível pelo fato

As condutas colusivas não foram incluídas nesse trabalho por dois principais motivos: (i) a quantidade de casos a serem analisados seria muito relevante para que fosse apresentado um trabalho contundente e profundo suficiente em sede de mestrado e (ii) a análise do Cade em casos envolvendo condutas unilaterais se assemelha de forma relevante à avaliação dos atos de concentração no que tange aos argumentos utilizados para determinar a configuração do ilícito.

Assim, a aprovação, com ou sem restrições, ou mesmo a reprovação de uma concentração econômica utiliza critérios semelhantes para avaliar os possíveis efeitos anticompetitivos da operação em análise quando comparado aos argumentos de análise da conduta unilateral de agentes que detém poder de mercado. A avaliação de barreiras à entrada, rivalidade, aumento de preços, discriminação de concorrentes, recusa de venda, venda casada, entre outros são alvos de análise, nos atos de concentração, como possíveis efeitos anticompetitivos, e nos casos de condutas unilaterais, como efeitos que já foram sentidos pelo mercado. Esses critérios serão apresentados com profundidade no Capítulo 3 deste trabalho.

Assim, para a análise, foram utilizados os casos em que o Cade considerou que a conduta unilateral dos agentes se enquadrasse nos seguintes incisos do §3º do art. 36³⁷:

- III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
- XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
- XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

de que a jurisprudência do CADE tem analisado essas situações com base nos seus efeitos (regra da razão), exercício típico das condutas unilaterais tradicionais.” (SILVEIRA, 2021, p. 68)

³⁷ O inciso “VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa” não foi incluído no rol pois não houve casos relacionados a essa conduta.

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Sabe-se que a lista contida no §3º do art. 36 é exemplificativa, contudo, esses são os incisos utilizados pelo Cade para enquadramento legal de condutas anticompetitivas.³⁸ A análise de condutas unilaterais, por mais que abranja um rol maior do que o presente na legislação, é utilizado como norte pela autoridade para definir se e como tais condutas estão sob o escrutínio da lei concorrencial. Além disso, os incisos foram essenciais para que se pudesse criar um padrão comparativo entre a linha argumentativa dos atos de concentração e as investigações de condutas.

Importante também destacar que, nesse trabalho, não foram feitas diferenciações entre o procedimento utilizado pela autoridade para realizar tais investigações. As condutas anticompetitivas (coordenadas ou unilaterais) seguem um procedimento previsto na LDC e perpassa, em geral, três etapas: procedimentos preparatórios³⁹, inquéritos administrativos⁴⁰ e processos administrativos⁴¹, sendo que os dois primeiros são conduzidos pela Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade) e o último também depende de julgamento do Conselho do Cade (Tribunal).

O primeiro – procedimento preparatório – discute apenas se a matéria seria de competência da autoridade concorrencial, ou seja, se a conduta denunciada se enquadra como algum abuso econômico previsto na legislação. Nessa etapa não há uma análise aprofundada, porém, dos 17 casos analisados apenas em sede de procedimento preparatório, apenas três deles não indicaram os incisos nos quais as condutas estariam enquadradas. Assim, por mais que o

³⁸ “(...) praticas que não estejam expressamente previstas no § 3o do art. 36 poderão ser consideradas infrações à ordem econômica caso seja demonstrada sua potencialidade lesiva sobre a livre concorrência” (FRAZÃO, 2017, p. 256)

³⁹ Art. 66 da LDC “O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica. (...) §2º A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei. § 3º As diligências tomadas no âmbito do procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica deverão ser realizadas no prazo máximo de 30 (trinta) dias.”

⁴⁰ Art. 66. “§1º O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.”

⁴¹ “Art. 69. O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do Cade, constituirá peça inaugural.”

Cade não tenha aprofundado na análise específica e comprovação das condutas investigadas, houve um indicativo de quais seriam essas condutas.⁴²

Os inquéritos administrativos já apresentam uma análise mais robusta e pormenorizada da conduta investigada, sendo que foram analisados 19 desses casos no presente trabalho. Deste número, apenas dois casos não indicaram incisos do § 3º para a qualificação da conduta.⁴³

Por fim, os processos administrativos são os procedimentos mais completos, que apresentam uma análise da conduta com base em estudos, geralmente apresentados pelas partes ou elaborados pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE), e fomentam a participação dos investigados a apresentação de justificativas e eficiências decorrentes da conduta.⁴⁴ Esses casos devem ser submetidos à análise do Tribunal do Cade. Foram analisados apenas 6 processos administrativos que cumpriram os critérios indicados no item 3 deste trabalho.

Para fins de facilitar a leitura, todos os tipos de processos serão indicados ao longo do texto como “investigação de condutas” ou “processos de investigação”.

⁴² “O procedimento preparatório (PP) tem por finalidade a apuração de competência. Dessa forma, se analisa se a conduta em questão trata de matéria pertinente ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos do art. 139 do Regimento Interno do Cade. Usualmente, essa conduta é proveniente de uma denúncia recebida pela autarquia por meio do clique-denúncia ou acordos de cooperação. Portanto, a Superintendência-Geral, em seu papel instrutório, levanta as informações necessárias para averiguar se a questão deve ou não ser endereçada pelo Cade. Dessa forma, a SSG decide pelo arquivamento ou pela abertura de inquérito administrativo ou processo administrativo.” (SOUZA & ACCIOLY, 2023, p. 357)

⁴³ “Inquérito Administrativo é um procedimento investigatório de natureza inquisitorial conduzido pela SG para apuração de infrações à ordem econômica quando os indícios não forem robustos o suficiente para a instauração de um processo administrativo.” (SOUZA & ACCIOLY, 2023, p. 357)

⁴⁴ “O Processo Administrativo representa o fim da fase instrutória da SG, que por meio da nota técnica indica representados, enuncia a conduta ilícita a eles imputada, informa o preceito legal relacionado à suposta infração e determina a notificação dos representados.” (SOUZA & ACCIOLY, 2023, p. 357)

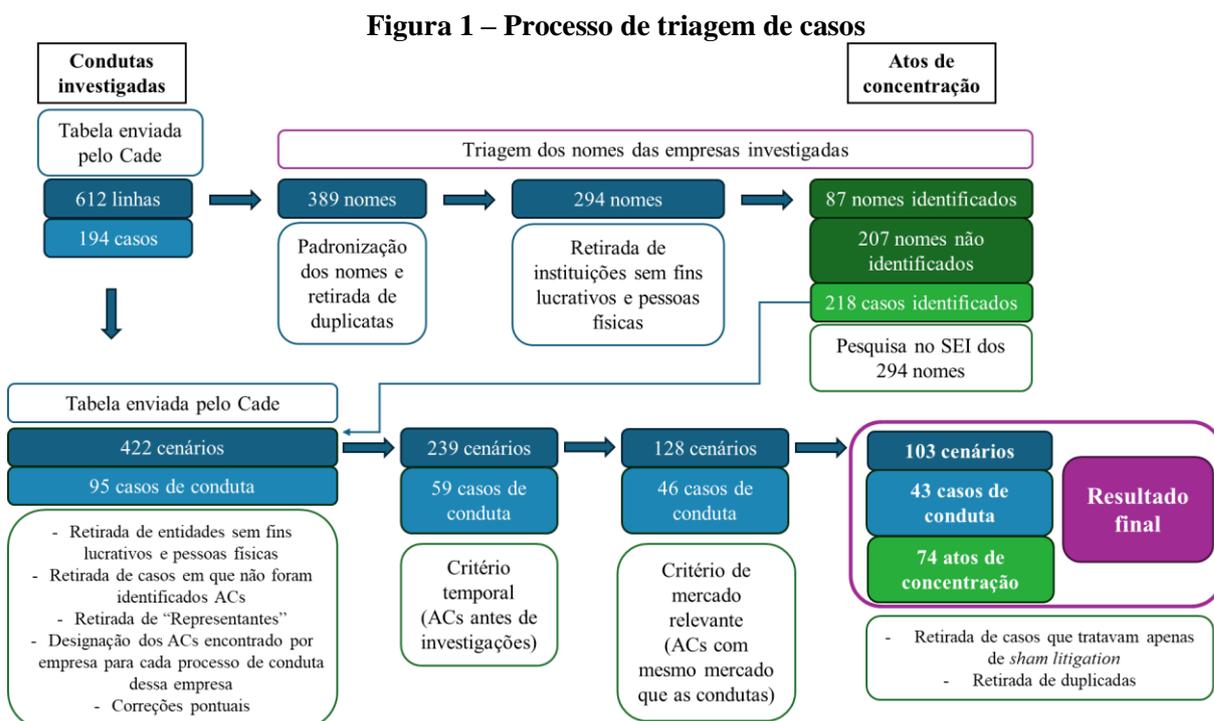
3. METODOLOGIA DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

Conforme indicado na Introdução, o objetivo desse trabalho é apresentar uma análise jurisprudencial para definir se o Cade reflete a análise realizada em atos de concentração em casos de condutas unilaterais abertas contra as mesmas empresas que passaram pelo controle de estruturas. Essa comparação se deu com base nos incisos da legislação concorrencial, indicando se, de alguma forma, o Cade conseguiria prever, em sede de ato de concentração, prováveis condutas que foram posteriormente investigadas.

Para tal, foi necessário realizar extensa análise jurisprudencial de ambos os tipos de processos (atos de concentração e investigações de condutas unilaterais). A pesquisa foi dividida em duas etapas: uma de triagem (3.1) e outra de análise de mérito (3.2) que serão aprofundadas nos itens seguintes.

3.1. METODOLOGIA DE TRIAGEM DOS CASOS

O processo de triagem dos casos que serão utilizados nesse trabalho pode ser resumido pela imagem abaixo:



Fonte: Elaboração própria.

Para tal pesquisa, foram levantadas todas as investigações envolvendo condutas unilaterais entre o período de maio de 2012 e agosto de 2023 por meio de solicitação ao Serviço de Informação ao Cidadão (SIC) do Cade. No pedido, solicitou-se a divisão com base no nome das partes investigadas. Em resposta, a SG apresentou tabela contendo 612 resultados, sendo

que neles continham 194 casos.⁴⁵ Isso porque para cada representado ou representante foi criada uma linha diferente. Contudo, no total, foram listados 194 processos, sendo que parte deles ainda estavam em andamento.

Com base nas 612 linhas, foi criada uma lista com o nome de todas as partes investigadas e foram padronizados os nomes que continham divergência na redação. Como algumas empresas foram investigadas em mais de um processo, o total de partes investigadas foi de 389. Desse valor, foram retiradas as associações, conselhos regionais, sindicatos, federações e outras formas societárias que não teriam atividades econômicas além de pessoas físicas e municípios que haviam sido citados como representantes da investigação. Isso porque essas instituições não têm fins lucrativos ou atividades econômicas e, conseqüentemente, não poderiam praticar as condutas listadas na seção 2.2.

Retiradas as instituições sem fins lucrativos e outros nomes que não se enquadravam como empresa, foram identificados 294 nomes. Destaca-se que nesse número estão nomes fantasia ou razões sociais de empresas que muitas vezes pertencem ao mesmo grupo econômico, por exemplo, Google Brasil Internet Ltda. e Google INC. Esses 294 nomes foram pesquisados no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Cade para que fossem identificados os atos de concentração ordinários que já tivessem sido analisados pelo Cade no mesmo período, entre maio de 2012 e agosto de 2023. Desses nomes, 207 deles não foram identificados, enquanto 87 deles tinham pelo menos um ato de concentração ordinário julgado pelo Cade, seja na Superintendência-Geral (SG/Cade) seja no Tribunal. Assim, foram identificados 218 atos de concentração ordinários de empresas que apareciam na lista de investigações abertas pelo Cade por condutas unilaterais.⁴⁶

Voltando-se à lista original enviada pelo Cade (que antes contava com 612 linhas), foi criada uma tabela comparando os atos de concentração e os casos de conduta (“Tabela Comparada”) com as seguintes alterações: (i) retirada das linhas com menção às entidades sem fins lucrativos e pessoas físicas; (ii) retirada dos casos em que não houve identificação de atos de concentração ordinários com as mesmas pessoas jurídicas investigadas; (iii) correção de incoerências que vieram da tabela original do Cade (indicação de “Processo não localizado” ou

⁴⁵ Destaca-se que os casos que foram encerrados (seja pelo arquivamento, seja pela condenação) como um processo administrativo, o procedimento preparatório e o inquérito administrativo, se existentes, não foram incluídos na tabela para evitar duplicidade na contagem final dos casos. Assim, considerou-se como numeração a etapa do processo em que o caso se encontrava no momento da decisão final.

⁴⁶ Importante destacar que um ato de concentração pode ter sido citado mais de uma vez pois, como se trata de processo envolvendo pelo menos duas partes, se ambas tiveram investigações de condutas abertas pelo Cade, o ato de concentração foi contabilizado novamente pois toda a divisão da tabela ocorreu com base no nome da empresa.

“não identificado” como uma linha da tabela); (iv) retirada de empresas que eram representantes e não representadas⁴⁷; (v) designação de todos os atos de concentração ordinários encontrados para uma empresa para cada processo de conduta unilateral indicado na tabela. Sobre o item “v”, explica-se.

Uma mesma empresa pode ter sido alvo de investigação em mais de um processo, assim, a ela, foi atribuída uma linha distinta na tabela. Por exemplo, foram abertas duas investigações contra a Ambev, consequentemente, a Ambev detinha duas linhas na tabela. Quando pesquisado no SEI, identificaram-se três atos de concentração ordinários. Assim, para que se pudesse comparar cada conduta com cada ato de concentração, a Ambev, que antes tinha duas linhas na tabela, agora detém seis, conforme demonstrado na imagem abaixo:

Figura 2 – Exemplo de configuração da tabela contendo a base de dados

Empresa	Número PP, IA, PA	Ano Decisão final PA	AC			
			Número AC	Partes	Ano decisão AC	Resultado AC
AMBEV S.A.	08700.004911/2019-49	2022	08700.002074/2019-13	Ambev S.A., Red Bull do Brasil Ltda.	2019	Aprovado sem restrições
AMBEV S.A.	08700.004911/2019-49	2022	08700.002432/2016-45	Ambev S/A, Brasil Kirin Bebidas Ltda.	2016	Aprovado sem restrições
AMBEV S.A.	08700.004911/2019-49	2022	08700.008642/2014-85	Cerpa Cervejaria Paraense S.A., AmBev S.A.	2014	Aprovado sem restrições
AMBEV S.A.	08700.004661/2014-32	2015	08700.002074/2019-13	Ambev S.A., Red Bull do Brasil Ltda.	2019	Aprovado sem restrições
AMBEV S.A.	08700.004661/2014-32	2015	08700.002432/2016-45	Ambev S/A, Brasil Kirin Bebidas Ltda.	2016	Aprovado sem restrições
AMBEV S.A.	08700.004661/2014-32	2015	08700.008642/2014-85	Cerpa Cervejaria Paraense S.A., AmBev S.A.	2014	Aprovado sem restrições

Fonte: Elaboração própria.

Nesse momento, criou-se a figura que será utilizada ao longo dessa pesquisa e chamada de cenário. Trata-se da correlação entre um ato de concentração e um caso de conduta unilateral. A contabilização realizada nos gráficos, principalmente no Capítulo 5, considera esses cenários em que um ato de concentração cumpre todos os requisitos necessários para poder ser comparado com o caso de conduta. Assim, um mesmo ato de concentração poderá se repetir na tabela a depender da quantidade de vezes em que a mesma empresa também foi alvo de investigação do Cade em casos de conduta. O mesmo vale para a situação inversa. Um mesmo processo de conduta unilateral se repetirá quando houver mais de um ato de concentração envolvendo a mesma empresa, desde que cumpridos os critérios indicados previamente.

Nessa etapa, a Tabela Comparada constava de 422 linhas – agora chamadas de *cenários* – e 95 casos de conduta unilateral.

Passou-se então para o primeiro critério de análise, o critério temporal. Foram retiradas da análise final todas as situações em que (i) o julgamento do ato de concentração era posterior

⁴⁷ Quando enviada a tabela pelo Cade, foram incluídas na coluna das empresas também as pessoas jurídicas que apresentaram a representação que deu início ao processo de conduta. Como essas empresas não eram alvo de análise da decisão final, apenas foram incluídas na análise de atos de concentração as empresas categorizadas como “representadas”, isto é, investigadas.

à decisão final referente ao caso de conduta unilateral; ou (ii) o caso de conduta ainda estava em andamento. Isso porque o objetivo deste trabalho é comparar o reflexo das decisões em concentrações nos casos de conduta, de modo que não se poderia comparar casos sem decisão definitiva pela autoridade concorrencial. Nesse ponto, havia 239 cenários na tabela e 59 casos de conduta possíveis de análise.

Definiu-se então o próximo critério: critério de mercado relevante. Como o objetivo do trabalho é poder comparar os argumentos, foi necessário identificar os casos em que os mercados relevantes sob análise dos atos de concentração eram os mesmos ou eram próximos e poderiam ser alvo de análise pelos processos de conduta. Como exemplo desse último caso, a Ambev foi investigada por conduta unilateral no mercado de cervejas, porém um dos atos de concentração anteriores se referia ao mercado de distribuição de energéticos. Na análise da SG/Cade, contudo, foram utilizados, no procedimento preparatório, informações sobre a posição dominante da empresa apresentados na análise desse ato de concentração. Considerou-se o mercado de bebidas em geral tanto no ato de concentração quanto no caso de conduta e por isso foi possível realizar a comparação. Assim, alguns casos em que o mercado não necessariamente era o mesmo foram mantidos na tabela. Nesse ponto, a tabela continha 128 cenários e 46 casos de condutas.

Por fim, foram retirados da base de dados, todos os casos em que houve enquadramento das condutas como exclusivamente relacionados à prática de *sham litigation* já que não será escopo da presente análise.⁴⁸ Também foram excluídos os cenários duplicados. Isto é, em sete situações, as mesmas empresas investigadas em um caso de conduta também participaram do mesmo ato de concentração.⁴⁹ Ao final, a tabela consta de 103 cenários, 43 casos de conduta e 74 atos de concentração.

A visão geral das colunas da tabela consta da série de imagens abaixo:

Figura 3 – Visão geral das colunas da tabela com todos os dados utilizados para pesquisa

⁴⁸ “A expressão *sham litigation* foi extraída do direito norte-americano, e significa em tradução livre litígio falso ou simulado. No contexto jurídico concorrencial, a *sham litigation* é compreendida como o abuso do direito de petição com fins anticompetitivos.” (EIRAS, 2019, p. 56)

⁴⁹ Esse foi o caso, por exemplo, do Ato de Concentração nº 08700.001908/2019-73 entre IBM e Red Hat (aprovado sem restrições em 2019) ou do Ato de Concentração nº 08700.002724/2020-64 entre Maersk e MSC (aprovado sem restrições em 2020). A conduta investigada decorreu justamente do resultado da operação entre as empresas. Assim, para evitar distorções nos resultados pois o mesmo ato de concentração foi vinculado ao mesmo processo de conduta, essas sete ocasiões foram retiradas.

Empresa	Número AC	Partes	Ano decisão AC	Resultado AC	Mercado relevante AC	Resumo do AC	Sobreposição horizontal?	Preocupações principais decorrentes da sobreposição	Participação abaixo de 20% ou variação HHI abaixo de 200
A.P. MÖLLER – MAERSK A/S	08700.007341/2021-63	CMA CGM S.A., Maersk A/S	2022	Aprovado sem restrições	Transporte marítimo regular de contêineres não refrigerados na rota da costa leste da América do Sul para o Mediterrâneo	Prorrogação de Vessel Sharing Agreement (VSA) celebrado entre a CMA CGM e a Maersk e em vigor desde o mês de abril de 2020	Sim	1. a operação conjunta das Partes no VSA não representa necessariamente uma redução dos armadores disponíveis aos clientes,	
A.P. MÖLLER – MAERSK A/S	08700.004700/2017-44	CMA CGM S.A., Maersk Line A/S.	2017	Aprovado sem restrições	Transporte internacional de contêineres (deixado em aberto)	operação de aquisição, pela CMA CGM, da totalidade das ações da Mercosul Line	Não		
A.P. MÖLLER – MAERSK A/S	08700.002350/2017-81	Maersk Line A/S (Brasil Terminal Portuário - BTP), Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-	2017	Aprovado sem restrições	Transporte marítimo regular de contêineres, nas seguintes rotas de/para a costa leste da América do Sul; Mercado nacional de	Aquisição de ações e ativos da HSDG pelo Grupo Maersk, resultando em uma aquisição de controle	Sim	Transporte marítimo regular de contêineres 1. Empresas reconhecem a dificuldade de novas entradas no mercado devido	

Preocupações sobre barreiras à entrada?	Preocupações de barreiras remediáveis?	Preocupações sobre rivalidade?	Preocupações de rivalidade remediáveis?	Preocupações sobre aumento de preço?	Preocupações sobre aumento de preço remediáveis?	Existência de contratos de exclusividade?
		Sim	Sim, pelo mercado	Sim	Sim, pelo mercado	
Sim	Sim, pelo mercado	Sim	Sim, pelo mercado			

Existência de contratos de exclusividade?	Exclusividade remediável?	Preocupação sobre troca de informações sensíveis?	Troca de informações sensíveis remediáveis?	Integração vertical?	Preocupações principais decorrentes da integração	Participação abaixo de 30%	Preocupações com recusa de venda?
				Sim	1. A operação não cria diretamente uma relação vertical, porém havia uma preocupação quanto à verticalização da Maersk Cabotagem, prestada pela Mercosul Line, e o transporte internacional de contêineres, desenvolvido pela CMA CGM		Sim
				Sim	Movimentação e cargas e transporte marítimo 1. A Maersk não teria incentivos para deixar de atender terceiros nesse		
				Sim			Sim

Recusa de venda remediável?	Preocupações com discriminação de preço?	Discriminação de preços remediável?	Preocupação com discriminação de concorrentes?	Discriminação de concorrentes remediável?	Preocupações com exclusividade?	Exclusividade (upstream ou downstream) remediável?
Sim, pelo mercado						
			Sim	Sim, pelo mercado		
Sim, pelo contrato			Sim	Sim, pelo mercado		

Preocupações com venda casada?	Venda casada remediável?	Preocupação com troca de info sensível?	Troca de info sensível remediável?	Poder de portfólio criado ou aumentado pelo AC?	Eficiências	Menção à investigação (PP, IA, PA)?
				Não	Sim. racionalidade econômica e podem produzir eficiências econômicas relevantes, baseadas em impactos	Não
				Não	Não	Não
				Não	Não	Não

*os VSAs eram eficiências Sim. "não se verifica a

Indicação de preocupação por terceiros interessados durante a instrução?	Principais cláusulas ACC	Comentários AC	Tipo	Número PP, IA, PA	Ano Decisão final	Mercado relevante conduta	Resultado (condenação ou arquivamento)	Motivo do arquivamento
Sim. 1. preocupações relativas à possibilidade de fechamento do mercado de movimentação de contêineres em detrimento			IA	08700.007982/2022-07	2023	(i) transporte marítimo de contêineres (mercado de origem); (ii) movimentação de contêineres (mercado alvo); e (iii) armazenagem alfandegada de contêineres	Arquivamento	Reinstauração de IA
Não			IA	08700.007982/2022-07	2023	(i) transporte marítimo de contêineres (mercado de origem); (ii) movimentação de contêineres (mercado alvo); e (iii) armazenagem alfandegada de contêineres	Arquivamento	Reinstauração de IA
Sim. Oficiadas entenderam que a operação pode resultar em redução da oferta de transporte marítimo regular de			IA	08700.007982/2022-07	2023	(i) transporte marítimo de contêineres (mercado de origem); (ii) movimentação de contêineres (mercado alvo); e (iii) armazenagem alfandegada de contêineres	Arquivamento	Reinstauração de IA

Assinatura de TCC?	Comentários PP, IA, PA	Condutas específicas investigadas	Menção ao AC?	Motivo	Sem menção ao AC	Motivo: Definição de mercado	Motivo: Características do mercado	Motivo: Poder de mercado	Motivo: Estrutura resultante do AC
Não	O julgamento ocorreu em conjunto com o IA ainda em andamento 08700.003945/2020-50. A Nota Técnica de	self-preferencing e discriminação em favor de terminal portuário verticalizado por MSC e Maersk. Possível	Sim	Características do mercado			x		
Não	O julgamento ocorreu em conjunto com o IA ainda em andamento 08700.003945/2020-50. A Nota Técnica de	self-preferencing e discriminação em favor de terminal portuário verticalizado por MSC e Maersk. Possível	Não		x				
Não	O julgamento ocorreu em conjunto com o IA ainda em andamento 08700.003945/2020-50. A Nota Técnica de	self-preferencing e discriminação em favor de terminal portuário verticalizado por MSC e Maersk. Possível	Sim	Características do mercado			x		

Motivo: Estrutura resultante do AC	Indicação apenas do art. 36 caput	Inciso III (barreiras)	Inciso IV (Rivalidade)	Inciso V (recusa de venda)	Inciso VII (aumento de preço)	Inciso X (discriminação de preço)	Inciso XI (recusa de venda)	Inciso XII (recusa de venda)	Inciso XIII (aumento de preço)	Inciso XIV (abuso de prop. intelectual)	Inciso XV (preço predatório)	Inciso XVI (redução de produção)	Inciso XVII (redução de produção)	Inciso XVIII (venda casada)	Inciso XIX (abuso de prop. intelectual)
			x	x		x									
			x	x		x									
			x	x		x									

Fonte: Elaboração própria.

3.2. CRIAÇÃO DE CATEGORIAS DE ANÁLISE

Feita a triagem, passou-se a analisar os aspectos de mérito de cada caso. Para ambos os atos de concentração e as investigações das condutas foram reunidos o número do processo, a data da decisão final (principalmente para fins de definição do critério temporal conforme indicado na seção 3.1), resultado do caso (aprovação com ou sem restrições ou reprovação para atos de concentração e condenação ou arquivamento para condutas) e mercado relevante sob análise (para definição do critério de mercado relevante).

Para a análise dos processos envolvendo condutas unilaterais, criou-se uma coluna para cada inciso do § 3º do art. 36 da LDC sob análise (conforme indicado na seção 2.2). Com base na decisão final, seja da SG/Cade, seja do Tribunal, foi marcado um “x” indicando quais foram os incisos para enquadramento das condutas. Não foram utilizados os incisos do caput do art. 36 pois, para fins de comparação, o rol exemplificativo do § 3º possibilita melhor avaliar os argumentos dos atos de concentração. Contudo, para casos em que a SG/Cade não enquadraram a prática em algum dos incisos do §3º, foi criada coluna para indicar que a conduta estaria refletida apenas no caput do art. 36.

Também foi criada coluna sobre a menção ao ato de concentração. Essa coluna tem como finalidade indicar em quais investigações o Cade mencionou algum aspecto do ato de concentração previamente decidido. Para avançar na análise, é também necessário apresentar algumas explicações sobre os conceitos adotados ao longo do estudo tanto para os atos de concentração (3.2.1) quanto para as condutas (3.2.2).

3.2.1. Categorias de análise para os atos de concentração

No que tange aos atos de concentração, houve uma divisão entre a existência de sobreposições horizontais e integrações verticais. Para ambas, foram resumidos os principais argumentos utilizados pelo Cade em seu julgamento para, em seguida, serem criados padrões argumentativos que englobassem a maioria das discussões apresentadas nos casos. De antemão é importante mencionar que essas categorias não são exaustivas e, possivelmente, alguns dos casos terão argumentos não contemplados nesses itens. Contudo, para fins de concretizar a pesquisa e criar padrões de comparação, esses foram os critérios identificados no julgamento dos atos de concentração elencados:

Tabela 1 – Critérios para atos de concentração com sobreposições horizontais
Categorias **Formas de remediação**

Barreiras à entrada	<ul style="list-style-type: none"> • Pelo mercado • Pelo contrato • Pelo ACC
Rivalidade	
Aumento de preço	
Exclusividade	
Troca de informações sensíveis	

Fonte: Elaboração própria.

Tabela 2 - Critérios para atos de concentração com integrações verticais
Categorias **Formas de remediação**

Recusa de venda	<ul style="list-style-type: none"> • Pelo mercado • Pelo contrato • Pelo ACC
Discriminação de preços	
Discriminação de concorrentes	
Exclusividade	
Troca de informações sensíveis	
Venda casada	

Fonte: Elaboração própria.

Cumprido detalhar como foi feita a análise desses critérios. Esses padrões argumentativos poderiam ser considerados preocupações pelo Cade decorrentes do ato de concentração, ou seja, quando esse critério estiver presente na base de dados, deve-se entender que o Cade o analisou de alguma forma para sua tomada de decisão no ato de concentração. Assim, em alguns casos o Cade entendeu que havia preocupações relevantes em relação a barreiras à entrada, em outros entendeu que elas não poderiam ser consideradas elevadas o suficiente para causarem danos à concorrência. Independentemente de haver concretização dessas preocupações ou não, o Cade entendeu necessária sua análise e por isso ele foi indicado na tabela.

Feito esse primeiro filtro, passou-se à segunda forma de categorização: se essas preocupações eram remediáveis ou não. Entenda-se aqui “remediáveis” como a forma de justificar ou solucionar cada uma dessas categorias argumentativas. Assim, foram criadas as seguintes respostas à pergunta se aquela possível preocupação concorrencial seria remediável: (i) “Sim, pelo mercado” para os casos em que as condições existentes no mercado (quantidade de *players*, formatos de contrato entre fornecedores e clientes, produtos/serviços disponíveis) seriam suficientes para sanar quaisquer preocupações concorrenciais; (ii) “Sim, pelo contrato” para as situações em que o próprio contrato alvo da operação soluciona os possíveis problemas concorrenciais ou quando a forma das empresas de lidar com o mercado antes da efetivação da operação também retiram as possíveis preocupações decorrentes da operação; (iii) “Sim, pelo

ACC” para as situações em que nem o mercado, nem o contrato entre as partes foram capazes de suprir as preocupações apontadas pelo Cade, sendo necessária assinatura de ACC com as partes. Uma última opção se deu para casos em que o ato de concentração foi reprovado. Assim, utilizou-se (iv) “não” como resposta pois aquela preocupação não foi remediável por qualquer das três opções (pelo mercado, pelo contrato ou pelo ACC).

Com base nesses critérios, foi possível criar parâmetros de comparação entre os dois tipos de controle – condutas e estruturas – para verificar se o Cade, de certa forma, teria refletido a análise de possíveis efeitos negativos à concorrência quando da análise de atos de concentração.

3.2.2. Categorias de análise para condutas anticompetitivas

Conforme indicado na seção 2.2 anteriormente, esse trabalho analisou 14 incisos do §3º do art. 36 da LDC. Esse rol exemplificativo detalha possíveis condutas praticadas por agentes econômicos que podem ser consideradas anticompetitivas. Importante indicar, anteriormente à análise dos dados, como foram classificados cada um dos incisos que estão resumidos na tabela abaixo:

Tabela 3 – Categorias criadas para cada inciso do §3º, art. 36 LDC

Inciso	Categoria de conduta
III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;	Aumento de barreiras à entrada
IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços	Redução de rivalidade
V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição	Recusa de venda, de acesso ou de oferta/ prestação de serviços
XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais	
XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais	
VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros	
XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los	Aumento de preços (redução ou limitação de produção)

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção e XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços

Discriminação de preços

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Abuso de propriedade intelectual

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo

Preço predatório

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem

Venda casada

Fonte: Elaboração própria.

Importante destacar inicialmente que os casos analisados possivelmente tratam de uma gama maior de condutas do que as indicadas pelos incisos da lei, ou mesmo não se encaixem exatamente nessas previsões. Por serem exemplificativas, as condutas previstas no §3º do artigo 36 nem sempre refletem as condutas realmente praticadas. Esse trabalho não teria extensão para analisar cada conduta e indicar se ela foi corretamente enquadrada nas opções legais, contudo, foi possível observar que nem sempre há preocupação com a indicação correta desses dispositivos. De qualquer forma, optou-se por utilizá-los por se tratar do modo mais direto de definir o tipo de conduta sob análise, por mais que esse método tenha mantido de fora algumas condutas não refletidas nos incisos acima.

Ainda, conforme será visto no Capítulo 5, a comparação dos critérios criados para a análise de atos de concentração com cada inciso ocorreu de forma descasada. Não necessariamente todos os critérios de concentrações podem ser comparados com cada conduta exemplificada na legislação. Assim, a fim de que a comparação seja mais próxima dos possíveis efeitos decorrentes da conduta anticompetitiva, também foi necessário compreender qual tipo de conduta cada inciso pretende identificar.

Os incisos III e IV são os mais genéricos e envolvem basicamente o aumento de barreiras à entrada e redução da rivalidade no mercado por meio de condutas unilaterais, respectivamente. Esses incisos foram analisados individualmente pois, quando comparado com os critérios dos atos de concentração, a maioria dos argumentos poderiam trazer indícios de que haveria concretização dessas condutas.

Já no caso dos incisos V, XI e XII, todas as condutas descritas podem ser, genericamente, categorizadas como alguma forma de recusa de venda, de acesso ou de oferta/prestação de serviços de uma empresa em relação a outra. Esse é um formato que poder-se-ia dizer clássico de fechamento de mercado. A legislação europeia prevê esses mesmos tipos de conduta na categoria de *refusal to supply*.⁵⁰ Assim, esses incisos foram avaliados em conjunto.

O mesmo ocorre com os incisos VII, XIII, XVI e XVII. Apesar de o primeiro tratar especificamente de aumento de preços e os outros estarem relacionados a algum tipo de retenção ou limitação da produção por uma empresa, entendeu-se que os três últimos casos, em última instância, também causam aumento de preços devido à redução da oferta de itens no mercado. Diferentemente da situação anterior referente à recusa de venda, as práticas anticompetitivas previstas nesses itens não dependem da relação da empresa praticante da conduta com outra no mercado. Trata-se de uma atividade individual que, a depender da sua posição de mercado, influencia a concorrência e os consumidores de forma geral.

Já no caso do inciso X, trata-se da conduta específica de discriminação de preços ou de condições, isto é, aplicação de preços distintos de um mesmo produto para concorrentes sem justificativa econômica para tal.⁵¹ Sua análise foi feita individualmente tanto porque não há condutas semelhantes no rol do §3º, quanto porque foi um dos incisos mais utilizados para o enquadramento de conduta nessa pesquisa.

Em relação aos incisos XIV e XIX, as condutas envolvem abuso de propriedade intelectual. Apesar de haver um caso em que esses incisos foram identificados, o único ato de concentração encontrado envolvendo a empresa United Phosphorus Limited (UPL) não teve análise de probabilidade de exercício de poder de mercado pois as participações da empresa eram inferiores a 20%. Assim, apesar desses incisos constarem das Figuras 4 e 5, não haverá análise detida desse cenário.

⁵⁰ “Most refusal to supply cases concern a vertically-integrated undertaking that is dominant in an upstream market and which refuses to supply an existing or a new customer in a downstream market on which it is also present. (...) However, the Commission adds that it is more likely that termination of an existing relationship will be found to be abusive than a de novo refusal to supply” (WHISH & BAILEY, 2018, p. 715). “A refusal to supply may be abusive where a dominant firm does so as a disciplinary measure against a distributor who handles competitor’s products: this would be an example of a horizontal foreclosure, whereby the dominant supplier takes steps to exclude a competition in the upstream market in which it is dominant” (WHISH & BAILEY, 2018, p. 725)

⁵¹ Essa conduta também é alvo de análise do direito europeu “price discrimination can be defined as the sale or purchase of different units of a good or service at prices not directly corresponding to differences in cost of supplying them. (...) also where identical prices are charged in circumstances in which a difference in the cost of supplying them would justify their differentiation.” (WHISH & BAILEY, 2018, p. 777)

O inciso XV trata de preço predatório. Essa conduta se trata da aplicação de preço muito inferior ao comumente aplicado em determinado produto ou serviço tendo como finalidade reduzir a concorrência no mercado.⁵² Há grande discussão sobre a comprovação do preço predatório e qual seria o limiar para definir preços abaixo do custo praticado ou sequer se essa seria a métrica correta de análise. De qualquer forma, tratou-se dos casos em que esse inciso foi indicado no Capítulo 5 deste trabalho.

Por fim, o §3º também indica a conduta de venda casa (inciso XVIII) como anticompetitiva. A conduta foi definida pela professora Ana Frazão da seguinte forma: “acordo de restrição vertical por meio do qual um agente condiciona a venda de um bem ou a prestação de um serviço (*tying product*) à aquisição de outro produto (*tied product*) do fornecedor ou de um terceiro por ele designado” (FRAZÃO, 2017, p. 470). Também decorre de um conceito importado muito utilizado no direito europeu, mas com menor incidência no Brasil. De qualquer forma, o inciso também será explorado no Capítulo 5.

3.2.3. Relação entre as categorias criadas para os argumentos em atos de concentração e para os incisos do §3º

Com base nas categorias elaboradas em cada um desses tipos de processos (concentrações e condutas unilaterais), foi possível criar um padrão comparativo entre os dois baseados nos argumentos utilizados pelo Cade nas respectivas decisões. Principalmente para os argumentos dos atos de concentração, a criação das categorias foi alvo de interpretação para a realização do trabalho, sendo que essas categorias não estão necessariamente explícitas nas decisões tomadas pelo órgão. Como a ideia era criar um padrão comparativo, os argumentos desenhados pela autoridade foram transpostos às categorias genéricas criadas para os fins deste estudo.

Com base nesse contexto, a tabela abaixo sintetiza as categorias argumentativas que podem ser comparadas com as categorias criadas para cada inciso. Como se verá, nem todas as categorias dos atos de concentração indicadas nas Tabelas 1 e 2 serão utilizadas, pois elas não necessariamente se enquadraram com a descrição dos incisos.

⁵² “o objetivo predatório não representa maiores problemas quando, através do material interno da empresa, for possível demonstrar cabalmente a intenção predatória. Note-se, no entanto, que esse material deve revelar a existência de verdadeiro planejamento empresarial direcionado à eliminação do concorrente. Não basta a comprovação de existência da vontade expressa por um ou alguns dos diretores ou funcionários nesse sentido.” (SALOMÃO FILHO, 2021, p. 381)

Tabela 4 – Comparativo entre categorias criadas para argumentos dos atos de concentração e para os incisos do §3º do artigo 36

Categorias - atos de concentração	Categorias - Incisos
Barreiras à entrada	Inciso III – Barreiras à entrada
Rivalidade	Inciso IV - Rivalidade
Recusa de venda	Incisos V, XI e XII – Recusa de venda/oferta
Aumento de preço	Incisos VII, XIII, XVI e XVII – Aumento de preço
Discriminação de preços e discriminação de concorrentes	Inciso X – Discriminação de preços
Discriminação de preços	Inciso XV – Preço predatório
Venda casada e recusa de venda	Inciso XVIII – Venda casada

Fonte: Elaboração própria.

Com base na tabela acima, vê-se que o Cade costuma utilizar argumentos que incitam preocupações semelhantes nos atos de concentração e nas condutas anticompetitivas. Os dados para cada um dos incisos e respectivas categorias serão aprofundados no Capítulo 5 deste texto. Contudo, cumpre adiantar a explicação de três itens. Em relação ao inciso X (discriminação de preços), optou-se por apresentar tanto a categoria de discriminação de preços em si quanto a de discriminação de concorrentes pois, ao longo dos julgamentos dos atos de concentração houve uma confusão entre os efeitos da discriminação de preços e de concorrentes, muitas vezes sendo considerados a mesma conduta. Para evitar que alguns casos não fossem considerados, essas duas categorias serão comparadas ao inciso X.

Em relação ao inciso XV (preço predatório), o Cade não tem como prever a conduta de preço predatório em atos de concentração por se tratar de conduta muito difícil de ser comprovada e dificilmente será o objetivo de duas empresas que entram em uma operação conjunta. Assim, para fins comparativos, será utilizado o critério de discriminação de preços pois, de certa forma, é possível que, em decorrência da concentração, as empresas sejam capazes de reduzir preços para ganhar mercado ou excluir concorrentes (mesmos objetivos da conduta de preço predatório).

Ainda, em relação ao inciso XVIII (venda casada), serão analisados ambos os argumentos de possível venda casada, por se tratar da mesma conduta, mas também do argumento de recusa de venda. Isso porque, é possível que ao recusar vender um produto, as empresas condicionem à compra de outro, como ocorre na venda casada. Para evitar comparar um número muito pequeno de casos, serão abordados esses dois argumentos.

É certo que diversas categorias argumentativas são comparáveis entre si. Isso porque, principalmente para os incisos relacionados a barreiras à entrada, rivalidade e aumento de preços, vários argumentos podem ser utilizados para justificá-los. Por exemplo, a discriminação

de concorrentes pode gerar um aumento de barreiras à entrada no mercado ou reduzir a rivalidade, de modo que não seria totalmente incorreto pensar que mais de um argumento utilizado no ato de concentração seria um indício para que ocorressem diferentes condutas unilaterais. Contudo, para fins comparativos, decidiu-se utilizar os argumentos mais próximos à conduta em si.

4. ANÁLISE QUANTITATIVA DOS RESULTADOS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

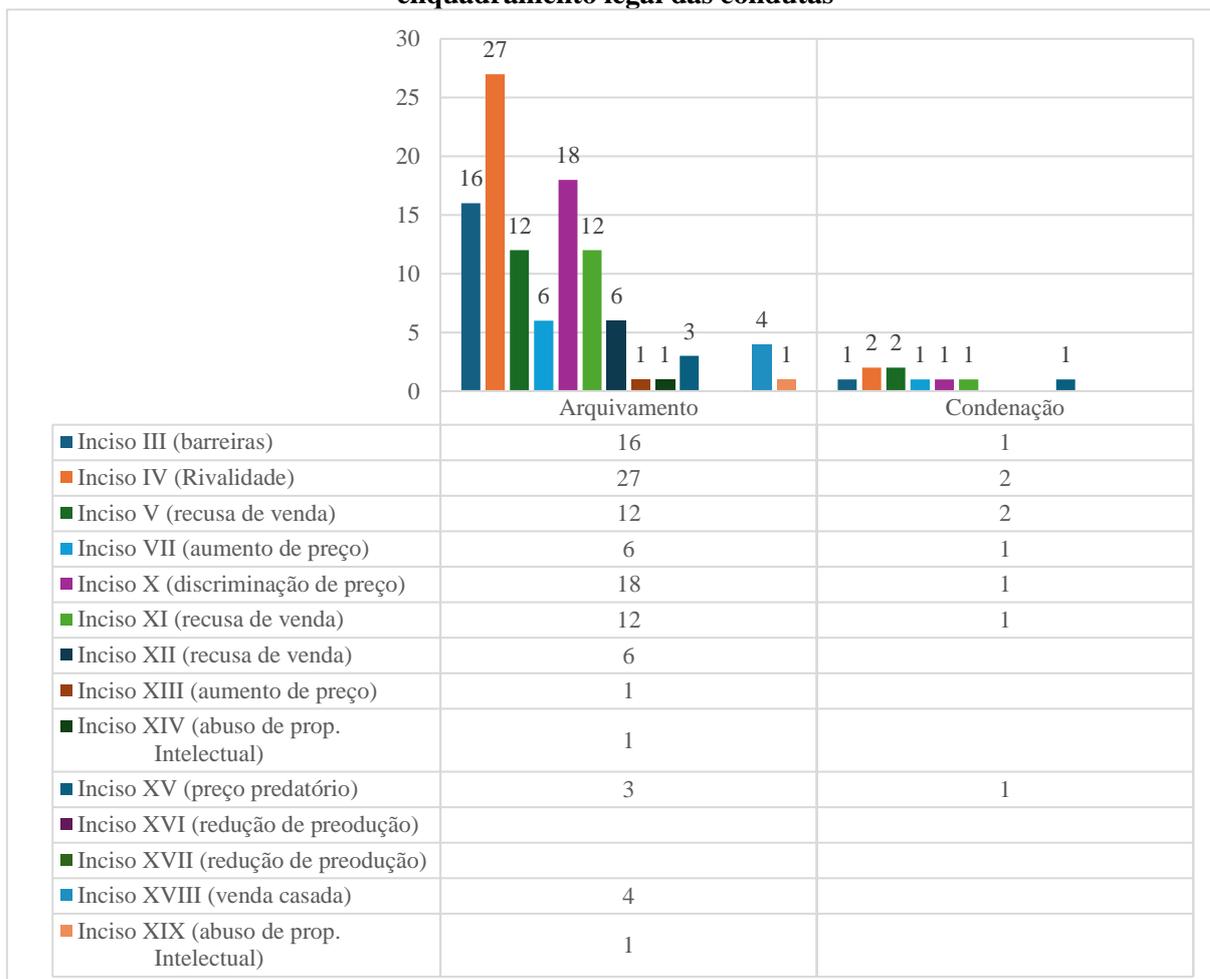
Antes de passar à análise comparada dos casos com base nos incisos do §3º, importante apresentar alguns dados quantitativos para contextualizar a análise qualitativa. Nesse capítulo serão apresentados os resultados das decisões do Cade nos casos de conduta considerando cada inciso do §3º (4.1) e se houve menção aos atos de concentração encontrados na pesquisa durante a análise das condutas anticompetitivas (4.2).

4.1. RESULTADO DOS CASOS DE CONDUTAS UNILATERAIS CONSIDERANDO O ENQUADRAMENTO LEGAL (INCISO DO §3º)

Esta seção trará uma visão geral sobre os casos de condutas unilaterais, especificamente relacionado aos resultados das decisões emitidas pelo Cade. Serão apresentados três gráficos distintos: (i) visão de geral de arquivamentos e condenações; (ii) dados dos casos em que o arquivamento ocorreu pela falta de indícios da conduta; (iii) dados dos casos em que o arquivamento ocorreu pela assinatura do TCC; (iv) por fim, uma visão geral desses resultados. Destaca-se que nesses gráficos constam apenas os 43 casos de conduta identificados conforme metodologia previamente apresentada. Ou seja, esses são os casos de conduta em que há atos de concentração anteriores que envolvem a mesma empresa e o mesmo mercado relevante. Como geralmente há indicação de mais de um inciso em cada decisão, a soma dos valores apontados será superior do que o número de processos.

Assim, o gráfico abaixo apresenta uma visão geral das decisões do Cade (arquivamento e condenação) considerando os incisos do §3º utilizados para enquadrar a conduta anticompetitiva.

Figura 4 – Visão geral dos resultados de casos julgados pelo Cade considerando o enquadramento legal das condutas



Fonte: elaboração própria.

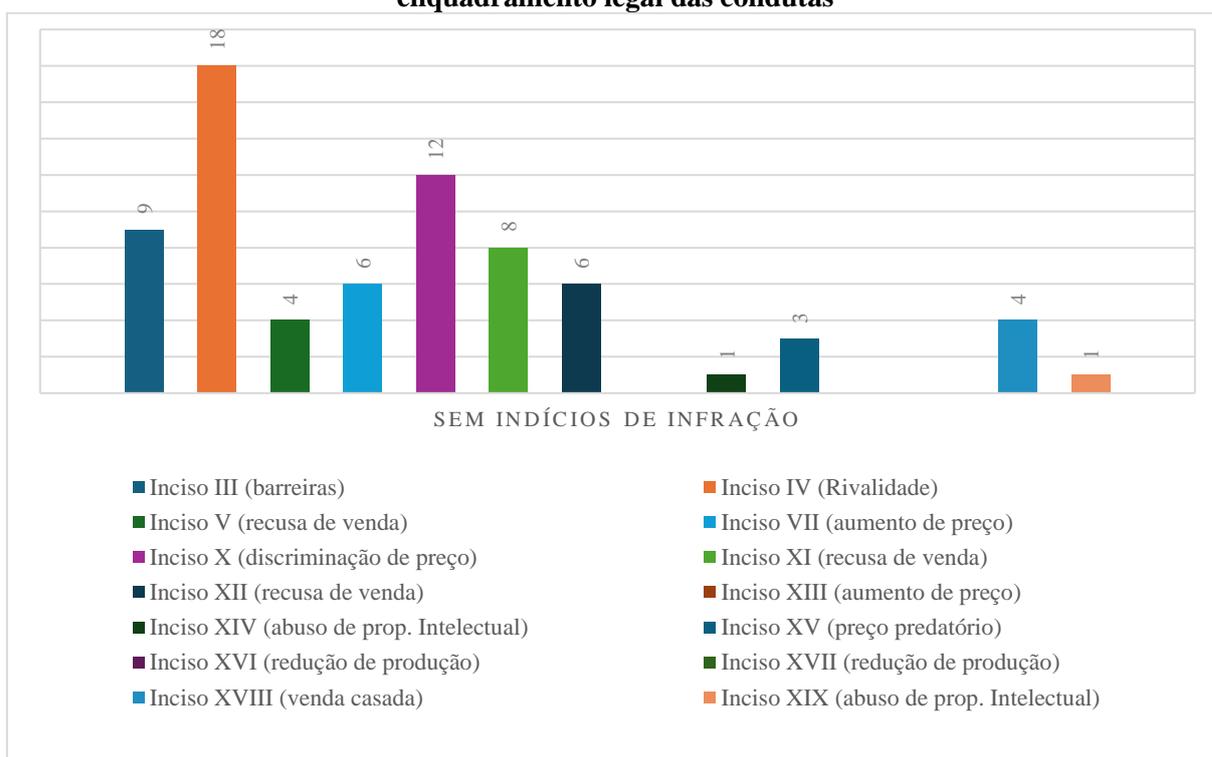
Destaca-se que, na seleção de casos, apenas em dois deles⁵³ houve condenação das representadas, sendo que no caso envolvendo a Petrobrás e White Martins a condutas foram enquadradas em sete incisos (III, IV, V, VII, X, XI e XV). Já no caso envolvendo a Rumo e ALL, os incisos indicados foram apenas dois relacionados a rivalidade (IV) e recusa de venda (V). Interessante notar que, por mais que o enquadramento legal tenha sido mais genérico no segundo caso do que no primeiro, o valor da multa aplicada no caso Rumo/ALL foi muito superior ao aplicado no primeiro. Naquele caso, o Cade definiu a contribuição pecuniária pelas condutas em aproximadamente 250 milhões de reais, enquanto no primeiro caso, o valor conjunto das multas da Petrobrás e da White Martins não chegaram a 22 milhões de reais.

⁵³ PA nº 08012.011881/2007-41 (Representados: Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini e Comercialização e Logística de Gás Ltda.) Julgamento em 2016. PA nº 08700.005778/2016-03 (Representadas: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e América Latina Logística S.A.) Julgamento em 2021.

Também interessante destacar que não houve decisões que enquadraram as condutas anticompetitivas com base nos incisos XVI e XVII que se referem à redução deliberada da produção ou da prestação de serviço para reduzir a oferta no mercado.

No que tange ao restante dos casos que foram arquivados, os próximos gráficos indicam um detalhamento considerando os motivos para o arquivamento. O gráfico abaixo indica os casos em que houve arquivamento pela falta de indícios de condutas anticompetitivas.

Figura 5 - Casos arquivados pelo Cade pela insuficiência de indícios de condutas considerando o enquadramento legal das condutas



Fonte: Elaboração própria.

Considerando o total de casos arquivados, essa motivação de ausência de indícios é a mais comumente utilizada pelo Cade. Essa categoria considerou todos os casos em que o Cade entendeu que (i) as provas não foram suficientes para comprovar a conduta anticompetitiva; (ii) as partes não tinham poder de mercado suficiente para causar efeitos negativos à concorrência; (iii) por mais que houvesse comprovação da conduta, ela não seria suficiente para gerar uma infração à ordem econômica.

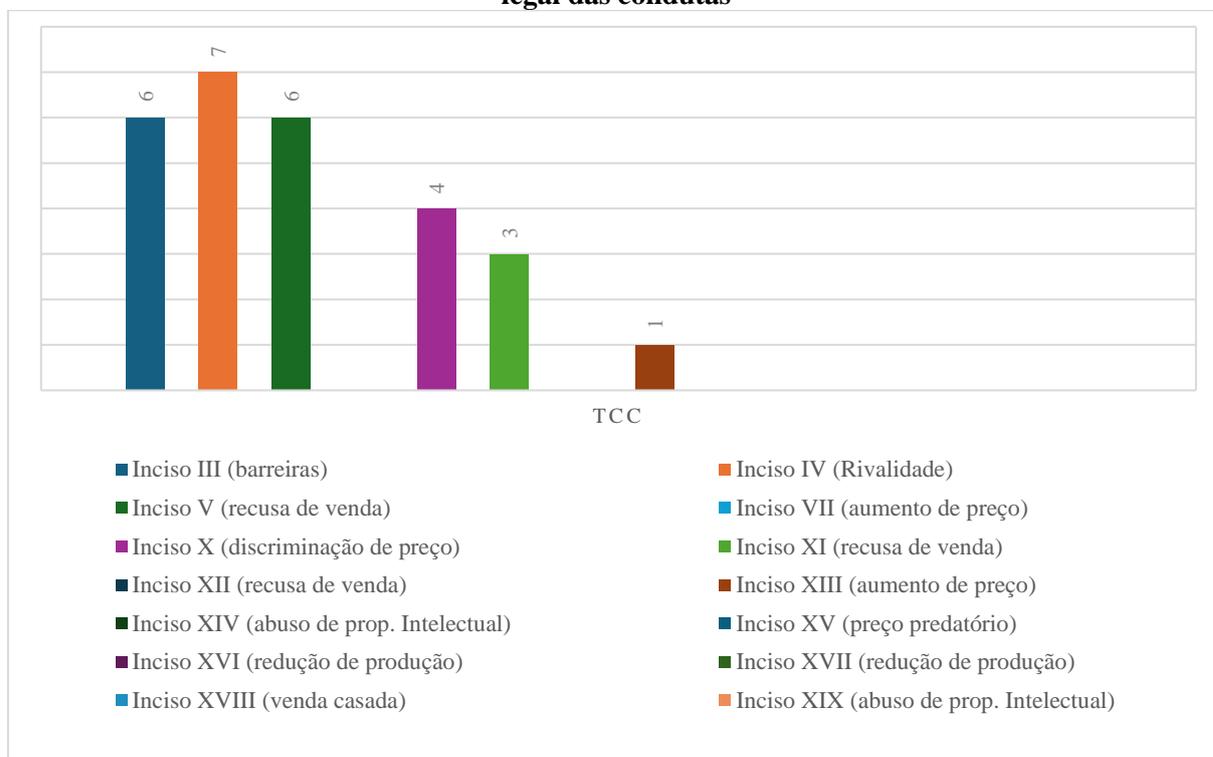
Comparando as figuras 4 e 5, a maioria das condutas foram arquivadas por essa motivação. Para os seguintes incisos, todos os casos que foram enquadrados como tal foram arquivados pela inexistência de indícios da infração: VII (aumento de preços); XII (recusa de venda); XIV e XIX (abuso de propriedade intelectual); XV (preço predatório); XVIII (venda casada). Assim, pode-se concluir que o Cade, dentro do espectro de análise do presente trabalho,

não aprofundou na análise de nenhuma dessas condutas. Interessante notar que esses incisos são mais específicos e exemplificam condutas específicas, diferentemente, por exemplo, dos incisos III e IV que tratam do aumento de barreiras à entrada e redução de rivalidade.

Isso pode indicar que o Cade tem dificuldade de justificar a existência de condutas específicas, seja porque os denunciante não conseguiram demonstrá-las por meio de provas contundentes; seja porque o Cade não conseguiu demonstrar a relação entre essas condutas e os efeitos anticompetitivos decorrentes delas.

O gráfico seguinte, por outro lado, demonstra os casos em que os processos foram arquivados pela assinatura de TCC entre as partes e o Cade.

Figura 6 - Casos arquivados pelo Cade pela assinatura de TCC considerando o enquadramento legal das condutas



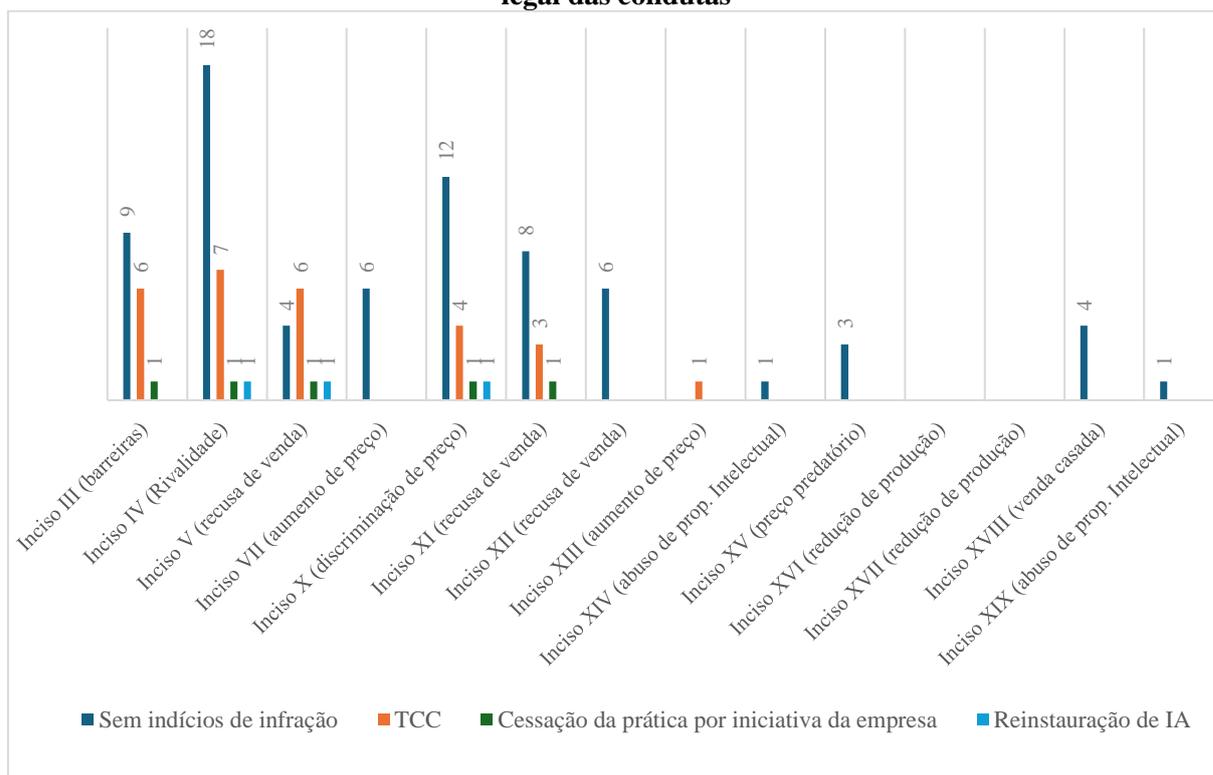
Fonte: Elaboração própria

Com base nos resultados do gráfico acima e comparando-se com a figura 4, apenas o inciso XIII teve o processo arquivado unicamente pela assinatura de TCC. O restante dos casos com assinatura de TCC representa um percentual menor quando comparado com o total arquivado pela falta de indícios da infração. Para o inciso III, 33% tiveram o caso arquivado pela assinatura de TCC enquanto 60% não apresentaram indícios da infração concorrencial. Para o inciso IV, a diferença entre esses números aumenta, 23% assinaram TCC e 69% das condutas não foram comprovadas. Apenas para os casos do inciso V os percentuais se invertem, sendo maior o número de casos com TCC (45%) do que os arquivados sem comprovação (36%).

Já para os casos enquadrados nos incisos X e XI, os percentuais são semelhantes: 66% tiveram o processo arquivado por falta de indícios da conduta enquanto 22% (casos do inciso X) e 25% (casos do inciso XI) tiveram o processo arquivado pela assinatura de TCC.

Com base nos detalhes apontados nas figuras anteriores, apresenta-se abaixo o gráfico contendo os resultados separados por inciso considerando todas as possíveis justificativas para arquivamento das investigações pelo Cade.

Figura 7 – Relação de resultados de casos arquivados pelo Cade considerando o enquadramento legal das condutas



Fonte: Elaboração própria.

Em um caso,⁵⁴ as empresas cessaram a prática anticompetitiva antes mesmo da instauração do processo e por isso tiveram o processo arquivado. Contudo, nesse mesmo caso houve arquivamento pela assinatura de TCC, assim ele foi contabilizado duas vezes para que ambos os resultados pudessem ser incluídos no gráfico. Também importante indicar que um dos casos foi reinstaurado.⁵⁵ Ele foi incluído como um caso com decisão final pois o procedimento preparatório que deu início ao caso foi encerrado para que um novo inquérito

⁵⁴ IA nº 08700.000018/2015-11 (Representadas: Banco do Brasil S.A., Bradesco S.A., Banco Itaú Unibanco S.A., Hipercard S.A., Elo Serviços S.A., Companhia Brasileira de Soluções e Serviços (Alelo), e Ticket Serviços S.A.) Julgamento em 2017.

⁵⁵ PP nº 08700.007982/2022-07 (Representadas: A.P Møller – Maersk A/S e a MSC Mediterranean Shipping Company Holding S.A.) Julgamento em 2023.

fosse aberto para contemplar todas as condutas que a autoridade tinha interesse em investigar. Apesar dessa condição especial, o caso foi mantido em todas as análises seguintes do presente estudo pois o Cade indicou os incisos nos quais as condutas se enquadrariam e há atos de concentração suficientes para realizar a análise. De qualquer forma, registra-se a ressalva de que talvez o entendimento do órgão mude (seja para ampliar, seja para reduzir o escopo das condutas) quando houver decisão no novo caso.

Uma última ressalva importante se refere ao tipo de processo e a indicação dos incisos. Como a maioria dos casos foi arquivado, não necessariamente a conduta das empresas se enquadraria nos incisos que foram indicados pela autoridade. Contudo, devido ao baixo número de casos condenados na análise, tomou-se por base o enquadramento realizado ao longo da instrução dos processos ainda que as empresas não tenham sido condenadas por essa conduta.

Assim com base nos dados apresentados, é possível extrair algumas conclusões relevantes: (i) a maioria dos casos envolve barreiras à entrada, rivalidade e discriminação de preço; (ii) a maioria dos arquivamentos ocorre por insuficiência de indícios de infração anticompetitiva; e (iii) há quantidade significativa de TCCs assinados.

Pode-se dizer que, em relação ao tipo de enquadramento (i), é razoável que as categorias mais genéricas sejam as mais comuns de aparecerem já que, por ser um rol exemplificativo, seria raro a prática de condutas exatamente como descritas na legislação. Por outro lado, quando se trata da motivação pelo arquivamento, a quantidade de casos em que não há indícios de infração é considerável. Esse dado será mais bem explorado quando complementado com a seção 4.2. a seguir.

Por fim, em relação aos TCCs (iii), o número relevante reforça o fato de que o baixo número de condenações também dificulta o conhecimento, em matéria jurisprudencial, de como as condutas realmente seriam enquadradas nos termos da lei. Por mais que o resultado do acordo possa ter economias processuais e possivelmente retorno mais rápido à sociedade (por meio da cessação das condutas anticompetitivas), reduz as decisões que poderiam estabelecer uma jurisprudência mais forte da autoridade em relação a esses casos.

4.2. DECISÕES EM CASOS DE CONDUTA COM MENÇÃO AO ATO DE CONCENTRAÇÃO

Após avaliados os resultados dos casos envolvendo condutas unilaterais, cumpre também apresentar a quantidade de casos em que o Cade mencionou um ato de concentração anterior ao longo da decisão. Esse dado demonstra se o Cade tinha conhecimento da concentração econômica e, se sim, de que forma esse precedente foi utilizado na decisão da

conduta. Destaca-se que foi considerado, para esse parâmetro, a mera citação da numeração do processo ou menção ao ato de concentração em si. Em alguns casos, o ato de concentração prévio apenas foi incluído em nota de rodapé, e em outros, houve uma análise mais detida para os argumentos da decisão original. Os dados que serão apresentados a seguir não fazem essa distinção para que seja possível visualizar um cenário mais amplo considerando que, a partir do momento que o Cade mencionou essa decisão, há conhecimento do seu conteúdo. Para tal, foram definidas quatro categorias para indicar os tipos de informação utilizadas pelo Cade para definir a relação com as concentrações anteriores: (i) definição de mercado; (ii) características de mercado; (iii) poder de mercado; (iv) estrutura resultante de AC.

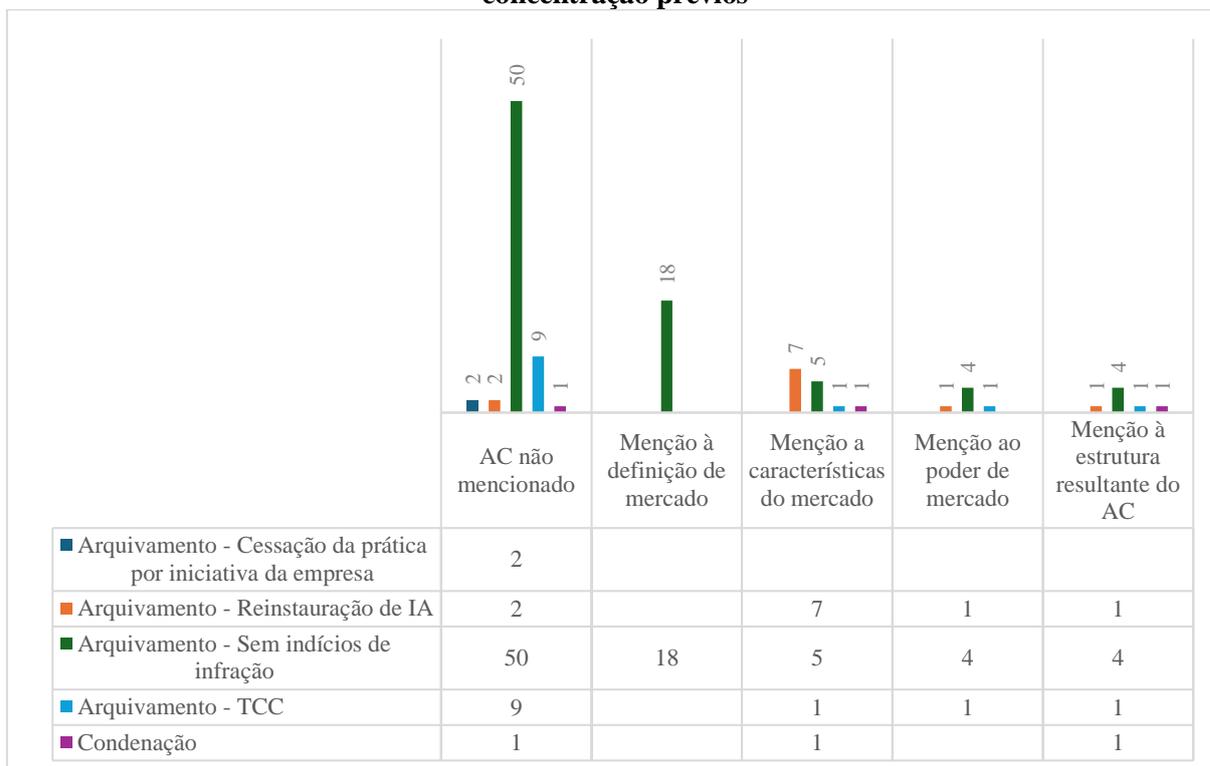
A categoria “definição de mercado” significa que o ato de concentração anterior foi citado no caso de conduta apenas em relação à definição de mercado relevante, ou seja, o Cade utilizou a mesma definição em ambos. A categoria “características do mercado” envolve situações mais amplas nos quais o Cade utilizou dados relevantes apresentados ao longo da análise de atos de concentração que possam ter se mantido quando do julgamento das condutas anticompetitivas. Essas características se referem ao funcionamento do mercado (seus *players*, tipos de produtos e serviços envolvidos, tipos de contratos assinados entre fornecedores e clientes, formas de remuneração entre outras características práticas do mercado); como se dá o comportamento comum das empresas em determinado mercado (se há importações ou exportações, se há entradas ou saídas de empresas recentes) ou quaisquer outras características específicas na fundamentação da decisão da conduta.

Já “poder de mercado” se refere às situações em que o Cade indicou a existência de poder de mercado de uma empresa no caso de conduta com base nas informações apresentadas nos atos de concentração anteriores (principalmente dados de *market share*).⁵⁶ Por fim, a categoria “estrutura resultante do AC” é a mais interessante. Nesses casos, o Cade iniciou a investigação da conduta devido à estrutura do mercado resultante da aprovação, com ou sem restrições, do ato de concentração prévio. Nessa categoria, a existência da decisão de aprovação da concentração foi o motivo pela abertura da investigação da conduta anticompetitiva, de modo que são aproveitadas as informações obtidas sobre o funcionamento do mercado e a realidade pós-operação dos atos de concentração para julgamento da conduta.

A figura a seguir apresenta os resultados dos casos de condutas unilaterais com base nas categorias indicadas anteriormente:

⁵⁶ Nesse caso, “poder de mercado” e “posição dominante” foram utilizados como sinônimos.

Figura 8 – Comparativo entre resultados dos processos de conduta e a menção aos atos de concentração prévios



Fonte: Elaboração própria.

Nesse gráfico já são considerados todos os cenários entre atos de concentração e processos de conduta. Explica-se. Conforme indicado na metodologia (3.1), para empresa investigada em uma conduta anticompetitiva foram pesquisados atos de concentração anteriores. Consequentemente, os atos de concentração e os processos de conduta são, propositalmente, citados mais de uma vez na base de dados. Assim, a análise desse gráfico (e dos próximos) deve considerar os resultados como a *quantidade de cenários* e não a quantidade de casos especificamente. Por exemplo, nos 18 cenários em que os casos de conduta foram arquivados por não haver indícios de infração, houve menção a um ou mais atos de concentração anteriores em relação à definição de mercado. Assim, mais de um ato de concentração pode ter sido citado na decisão referente ao caso de conduta e/ou um mesmo ato de concentração pode ter sido citado em mais de um caso de conduta. Para evitar essas comparações que tornaria a análise muito truncada, a contabilização foi feita considerando os cenários (existe uma correlação ato de concentração anterior “A” a um caso de conduta “B”).

Conforme indicado no item 4.1, há apenas um caso de conduta envolvendo Maersk e MSC em que houve reinstauração de inquérito administrativo. Contudo, foram encontrados diversos atos de concentração anteriores a esse procedimento. Assim, nesse processo de

conduta, houve sete cenários nos quais as características do mercado indicadas em concentrações anteriores foram citadas.

O caso mais emblemático na categoria de “estrutura resultante de AC” foi a condenação das empresas Rumo e ALL.⁵⁷ O processo administrativo foi iniciado após representação da Agrovía S.A., terceira interessada no ato de concentração que envolveu a aquisição da ALL pela Rumo em 2015. Seis anos depois, o Cade optou pela condenação das empresas pela prática de redução de rivalidade (inciso III) e recusa de venda/oferta de serviços (inciso V) no mercado de transporte ferroviário. Esse caso será detalhado no Capítulo 6.

No extremo oposto estão as quatro situações em que, apesar da investigação ter sido aberta devido à estrutura resultante da concentração econômica, o Cade entendeu não haver indícios de condutas anticompetitivas. Nesses casos, mesmo com as informações disponíveis na análise *ex ante*, não foi possível determinar a conduta anticompetitiva.

Também é interessante indicar que em todos os cenários em que a estrutura da concentração foi a motivação para a abertura da investigação (sete cenários) e o poder de mercado foi citado (6 cenários), terceiros interessados habilitados nos atos de concentração anteriores se manifestaram indicando preocupações concorrenciais com a concentração analisada.

Com base nessas informações, há algumas conclusões relevantes: (i) mesmo nos casos em que existe uma análise histórica do mercado e que a concentração resultante é a motivação para abertura de investigações, há dificuldade em identificar as condutas anticompetitivas; (ii) nesses mesmos casos, terceiros interessados já haviam sinalizado possíveis problemas; (iii) a menção à definição de mercado não é tão vinculante para a análise das condutas, trata-se apenas de uma reprodução da jurisprudência.

⁵⁷ PA nº 08700.005778/2016-03. Representadas: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e América Latina Logística S.A. Condenação em 2021. Informa-se que as empresas judicializaram a decisão do Cade de modo que a cobrança da multa está suspensa. Contudo, para fins da análise do presente trabalho, o caso já teve julgamento definitivo pela autoridade concorrencial de modo que foi incluído na análise.

5. ANÁLISE QUALITATIVA DOS RESULTADOS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

Feitas essas considerações quantitativas, serão apresentadas a seguir uma análise qualitativa para cada inciso conforme definido no item (3.2.3).

Antes de passar para a análise individual, pode-se adiantar uma primeira conclusão identificada ao longo do estudo. Assim como outras pesquisas de jurisprudência já indicaram, não há padronização na linguagem utilizada pelo Cade, seja pela SG/Cade, seja pelo Tribunal.

Com base nesses padrões argumentativos, foram analisadas as remediações argumentadas pelo Cade para defender a existência ou inexistência de riscos ao mercado. Isto é, em casos nos quais, por exemplo, barreiras à entrada são relevantes, mas a rivalidade é suficiente para ponderar a entrada de *players* no mercado, considerou-se que a barreira à entrada é remediável “pelo mercado”. Nos casos em que o próprio contrato ou a forma de tratar as atividades envolvidas na operação pelas partes era suficiente para afastar preocupações concorrenciais, indicou-se que a preocupação seria remediável “pelo contrato”. Ainda, em casos nos quais nem o mercado e tampouco o contrato das partes era suficiente, duas respostas são possíveis: (i) os critérios não são remediáveis (indicado por “não” na tabela) – casos de reprovação de atos de concentração ou (ii) os critérios foram remediados pelo Acordo em Controle de Concentrações indicado por “pelo ACC” na tabela. Isso vale para ambos os critérios criados para sobreposições horizontais quanto para integrações verticais.

Também será explorado as menções aos atos de concentração nas decisões de condutas. Aprofundando a tabela da seção 4.2, esse critério será utilizado para cada inciso para analisar se os argumentos utilizados nos atos de concentração realmente foram citados ou se a menção à operação foi apenas superficial.

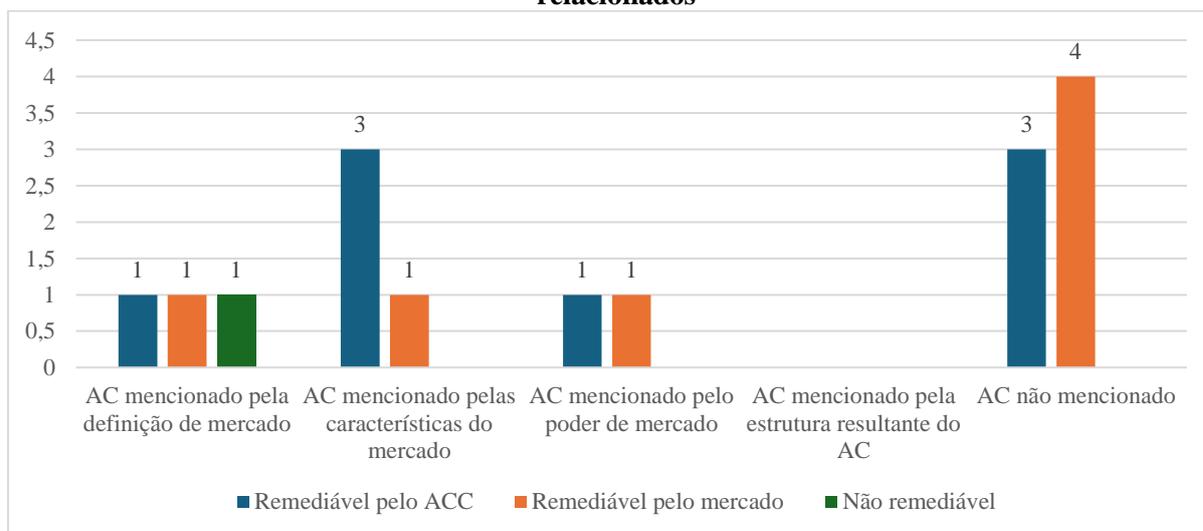
Ainda, uma última ressalva se refere a quais critérios dos atos de concentração foram elencados para serem comparados com o inciso do § 3º. Como os incisos representam condutas distintas e que envolvem relações distintas entre as partes e o mercado, não seria possível comparar todos os padrões argumentativos com todos os incisos. Assim, para fins de encontrar o melhor encaixe entre as categorias analisadas no controle de condutas e de estruturas, o presente trabalho limitou a cada inciso os critérios que mais têm relação com a conduta anticompetitiva. Novamente, essa seleção foi criada artificialmente para fins comparativos e não necessariamente representam a análise realizada pelo Cade nos casos em que o ato de concentração foi citado. Trata-se de um exercício teórico para fins meramente comparativos.

Tendo isso em mente, serão apresentados os gráficos comparativos para cada um dos incisos considerando esses critérios de análise dos atos de concentração.

5.1. INCISO III – BARREIRAS À ENTRADA

O primeiro caso se refere ao potencial aumento de barreiras à entrada no mercado afetado pela conduta. O gráfico abaixo indica as relações entre o inciso III e a categoria de mesmo nome (barreiras à entrada).

Figura 9 – Comparação entre inciso III e categorias argumentativas dos atos de concentração relacionados



Fonte: Elaboração própria.

Para a leitura do gráfico acima e para os demais desse capítulo, algumas considerações importantes são necessárias. Em primeiro lugar, os resultados indicam os *cenários* em que houve enquadramento da conduta anticompetitiva pelo inciso III e, ao mesmo tempo, um ato de concentração envolvendo a mesma empresa e o mesmo mercado também analisou a categoria de barreiras à entrada na decisão. Assim, é possível que o mesmo processo de conduta unilateral seja citado mais de uma vez pois há mais de um ato de concentração anterior que cumpre todos os requisitos de análise. Ao mesmo tempo, o mesmo ato de concentração poderá ser citado em mais de um processo de conduta anticompetitiva, principalmente, os casos mais relevantes que envolveram grandes empresas e que detém mais de uma investigação contra elas.

Cada coluna representa a justificativa utilizada no ato de concentração para cada preocupação existente. Ou seja, se a preocupação de barreiras à entrada foi remediável pelo ACC ou pelo mercado, ou até se não foi remediável. Esse dado pode indicar o quão efetiva foi a análise durante o ato de concentração. Feita essa contabilização pelo tipo de remediação da preocupação concorrencial na concentração econômica, analisa-se se o Cade chegou a citar esse

ato de concentração na sua decisão da conduta unilateral. E se o fez, quais foram as informações utilizadas. Essa última fase de análise dá uma visão específica para saber se, apesar de haver os mesmos argumentos, e saber da existência dos precedentes, se a autoridade concorrencial realmente utilizou das informações mais importantes de cada caso.

Feitas essas considerações, passa-se ao caso concreto. A conduta de impedir ou limitar o acesso de concorrentes ao mercado é bastante inespecífica, porém, conforme já indicado na seção 3.2.3, será considerada apenas a categoria que corresponde ao mesmo nome (barreiras à entrada).

Nota-se, inicialmente, que há mais cenários em que os problemas relacionados a barreiras à entrada foram remediados com ACC (8 cenários) do que pelo mercado (7 cenários). Em apenas uma ocasião a concentração econômica foi reprovada e por isso não teve o risco remediado à época. Aprofundando-se nesse cenário, trata-se da operação reprovada entre Ipiranga/Alesat⁵⁸ e da conduta de possíveis preços predatórios em postos de gasolina no Distrito Federal.⁵⁹ Por mais que a conduta principal tenha sido de preço predatório, o Cade optou por indicar diversos incisos com base na denúncia feita pelo Sindicato de Postos de Combustíveis do Distrito Federal (Sindicombustíveis-DF). O mais interessante desse caso, no entanto, é que a menção a esse ato de concentração se deu apenas para definir o mercado relevante. Assim, por mais que a reprovação indique que o cenário pós-operação seria mais prejudicial ao mercado do que o cenário pré-operação, o que pode indicar que o mercado já tem problemas, o Cade decidiu não se aprofundar nos argumentos daquela ocasião decidindo pelo arquivamento do procedimento preparatório.

Outros dados interessantes se referem aos quatro cenários dos “ACs mencionados pelas características do mercado” e aos dois cenários dos “ACs mencionados pelo poder de mercado”. Todos os casos foram relacionados ao mercado bancário. Isso demonstra que o Cade tem conhecimento de que esse é um mercado concentrado e que as características do mercado se mantêm, mesmo após as investigações de condutas anticompetitivas. Todos os casos de conduta, no entanto, foram arquivados pelo Cade, possivelmente por conta da assinatura de ACCs.

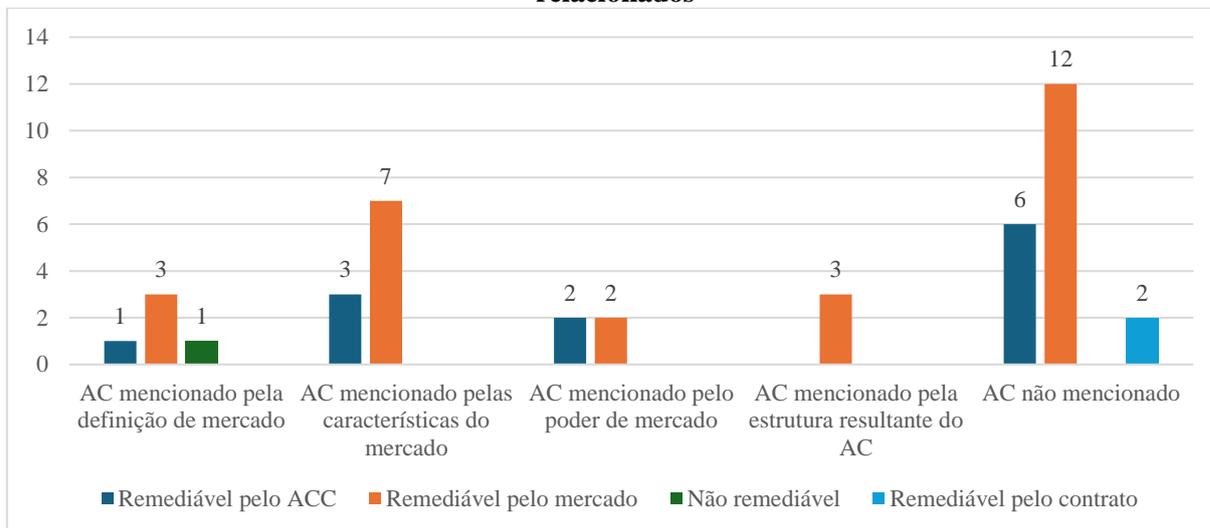
⁵⁸ AC nº 08700.006444/2016-49. Requerentes: Ipiranga Produtos de Petróleo S/A, Alesat Combustíveis S/A. Reprovado em 2017.

⁵⁹ PP nº 08700.001251/2019-44. Representadas: Petrobras Distribuidora S.A., Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. e Raízen Combustíveis S.A. Arquivado em 2022.

5.2. INCISO IV – RIVALIDADE

Nesse caso, refere-se à potencial redução de rivalidade no mercado afetado pela conduta. O gráfico abaixo indica as relações entre o inciso IV e a categoria de rivalidade nas concentrações econômicas.

Figura 10 – Comparação entre inciso IV e categoria argumentativa dos atos de concentração relacionados



Fonte: Elaboração própria.

O critério de rivalidade também é muito amplo e pode englobar diversas condutas. Contudo, há vários atos de concentração que também avaliam esse critério específico. A análise do gráfico se assemelha ao anterior. Inclusive, o caso não remediável se refere ao mesmo cenário envolvendo a operação reprovada entre Ipiranga/Alesat e conduta de preço predatório no DF.

Interessante notar, no entanto, que os dois únicos cenários em que o argumento de rivalidade foi remediado pelo contrato não foi um precedente citado nos casos de conduta. Por outro lado, a maioria dos casos mencionados pelas características do mercado teve os riscos remediáveis pelo mercado. Esses cenários mantêm certa consistência na análise do Cade pois tanto nos atos de concentração quanto nos casos de conduta, as possíveis condutas anticompetitivas foram consideradas inexistentes de efeitos negativos no mercado. Nesses sete cenários, houve arquivamento dos processos de condutas unilaterais. Porém, desses sete cenários, cinco deles se referem à mesma conduta investigada envolvendo o mercado de transporte marítimo⁶⁰. Isso demonstra que o Cade tem utilizado o histórico de atos de

⁶⁰ PP nº 08700.007982/2022-07. Representadas: A.P. MØLLER - MAERSK A/S ("Maersk"), MSC Mediterranean Shipping Company S.A. ("MSC") e Brasil Terminal Portuário S.A. ("BTP"). Reinstauração de inquérito administrativo e arquivamento do procedimento preparatório em 2023.

concentração nesse mercado para analisar os casos de conduta unilateral. Esse caso será posteriormente detalhado no Capítulo 6.

Interessante notar também os três casos em que a conduta foi investigada devido à estrutura resultante da concentração anterior. Esses casos também serão detalhados no Capítulo 6, mas vale indicar que se trata tanto de condutas no mercado de transporte marítimo entre Maersk, MSC e BTP já citado quanto no mercado de transporte ferroviário envolvendo a Rumo e ALL.⁶¹

Outro ponto que pode ser observado é que há número maior de cenários em que os riscos apontados durante a análise do ACC não são citados na decisão sobre condutas anticompetitivas. Em tese, se o Cade já analisou esse tipo de conduta e já remediou durante a elaboração do ACC, deveria haver menção, sempre que possível, desses casos na análise de condutas. Isso porque, apesar dos atos de concentração serem uma análise *ex ante*, os remédios são soluções *ex post* que vão influenciar o mercado no cenário pós-operação.

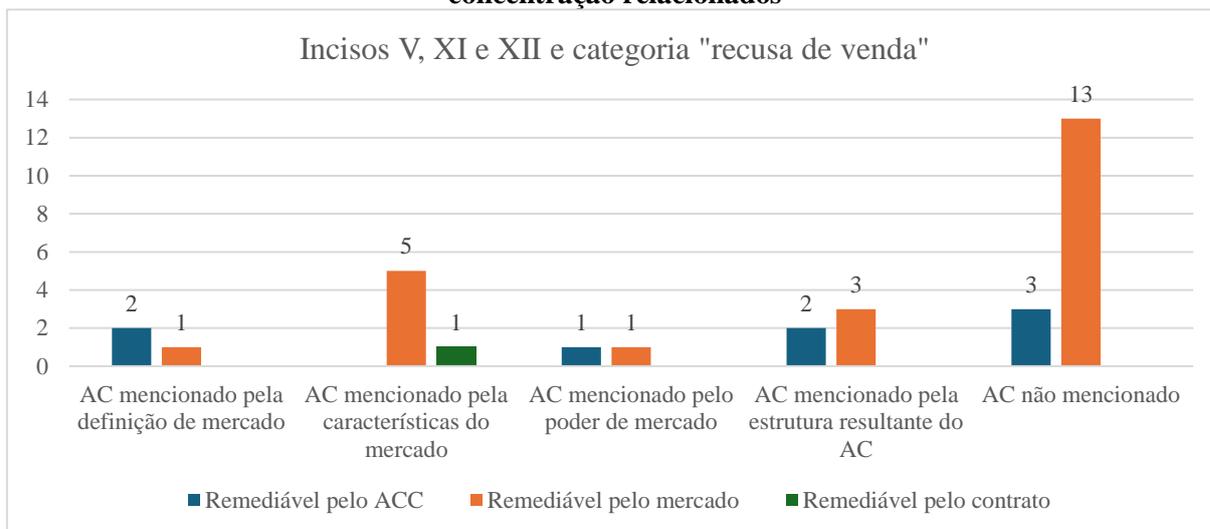
Quando comparado, no entanto, os cenários em que as preocupações são remediáveis pelo mercado, pode-se dizer que o Cade tem mantido a coerência na avaliação do inciso IV. Pela quantidade de cenários em que preocupações com rivalidade seriam solucionáveis pelo próprio mercado, ou seja, há concorrentes suficientemente capazes de exercer pressão competitiva às partes, é compreensível que casos de conduta unilateral sejam arquivados. Como, de acordo com a análise nas concentrações as concorrentes são capazes de suprir as necessidades do mercado, dificilmente haveria riscos de condutas unilaterais terem efeitos negativos.

5.3. INCISOS V, XI E XII – RECUSA DE VENDA/OFERTA

Em seguida, passa-se à análise dos casos relacionados a condutas de recusa de venda em comparação às categorias de barreiras à entrada, rivalidade, exclusividade, recusa de venda e discriminação de concorrentes:

⁶¹ IA nº 08700.011102/2013-06. Representadas: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e Cosan S.A. Indústria e Comércio. Arquivamento em 2015. PA nº 08700.005778/2016-03. Representadas: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A, ALL – América Latina Logística S.A. Condenação em 2021.

Figura 11 – Comparação entre incisos V, XI e XII e categorias argumentativas dos atos de concentração relacionados



Fonte: Elaboração própria.

Conforme indicado na seção 3.2.3, esses incisos foram apresentados em conjunto pois tratam da conduta de recusa de venda/oferta de produtos e serviços. De forma semelhante à situação de rivalidade, há número relevante de cenários em que o argumento de recusa de venda foi remediável pelo mercado e o ato de concentração, ao longo da decisão da conduta unilateral investigada, foi mencionado justamente pelas características do mercado. Contudo, número maior são os atos de concentração não mencionados que também tem o risco de recusa de venda remediável pelo mercado. Não é possível confirmar que o Cade tem utilizado todos os precedentes para embasar suas decisões em casos de condutas.

Para os dois cenários em que o ato de concentração foi mencionado pela existência de poder de mercado, são casos envolvendo novamente mercado de transporte marítimo de contêineres e transporte ferroviário. Já para os casos de menção ao ato de concentração pela estrutura resultante da operação, além dos casos já citados para os incisos III e IV, também foi analisado o ato de concentração entre IBM/Red Hat⁶² e as condutas alegadamente anticompetitivas decorrentes desse cenário.⁶³

Interessante notar, por fim, que a quantidade de casos em que o ato de concentração é mencionado pela definição de mercado é inferior às outras opções, exceto quando comparado ao poder de mercado.

⁶² AC nº 08700.001908/2019-73. Requerentes: Red Hat, Inc. (Red Hat) e International Business Machines Corporation (IBM). Aprovado sem restrição em 2019.

⁶³ PP nº 08700.006042/2019-97. Representadas: Red Hat, Inc. (Red Hat) e International Business Machines Corporation (IBM). Arquivamento em 2023.

5.4. INCISOS VII, XIII, XVI E XVII – AUMENTO DE PREÇO

Para esses incisos não será necessária a apresentação de gráfico. O único cenário em que o argumento de aumento de preços utilizado diretamente ao longo da instrução do ato de concentração foi mencionado em um caso de conduta enquadrada no inciso VII se deu no mercado de distribuição e revenda de combustíveis. O ato de concentração reprovado entre Ipiranga/Alesat foi apenas mencionado para fins de definição do mercado relevante no caso de conduta envolvendo preço predatório no mercado de combustíveis do DF.

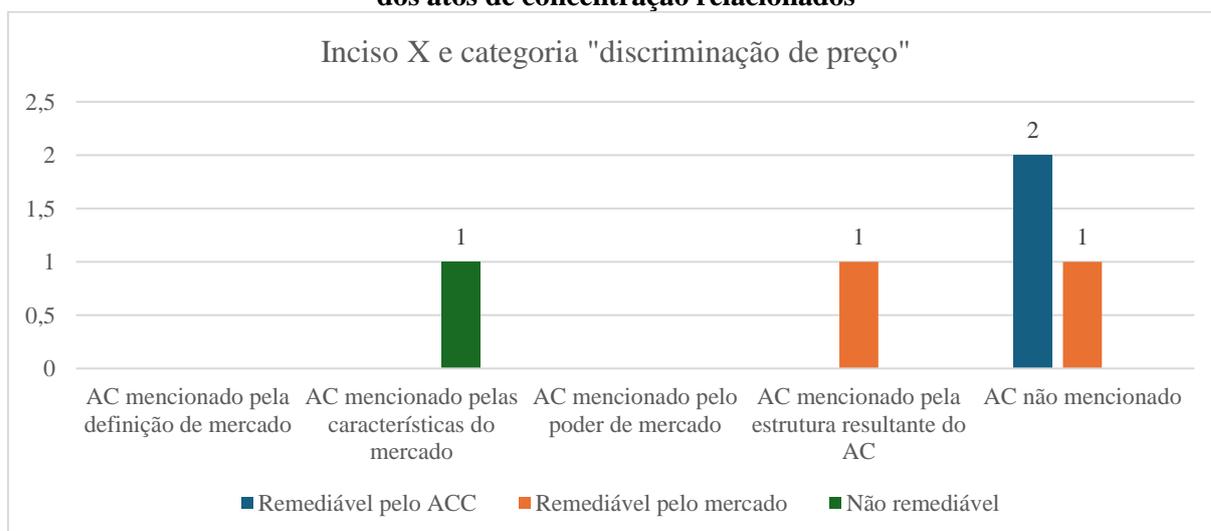
Interessante notar, no entanto, que o argumento de aumento de preços negativos à concorrência foi mencionado em pelo menos 16 cenários quando não restrito apenas aos incisos sob análise. Isso reforça que o Cade não tem padronização na linguagem utilizada na análise de concentrações econômicas e de condutas unilaterais. Essa categoria argumentativa foi geralmente utilizada em casos de conduta enquadrados nos incisos IV (rivalidade), inciso V (recusa de venda) e inciso X (discriminação de preços).

5.5. INCISO X – DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS

Conforme indicado na seção 3.2.3, a conduta de discriminação de preços será analisada por meio de duas categorias argumentativas distintas: discriminação de preços e discriminação de concorrentes. Isso porque havia confusão entre a nomenclatura utilizada e por isso ambos os cenários serão apresentados.

O primeiro gráfico indica a comparação entre as categorias de discriminação de preços na análise das condutas e nos atos de concentração:

Figura 12 – Comparação entre inciso X e categoria argumentativa de discriminação de preços dos atos de concentração relacionados



Fonte: Elaboração própria.

Apesar de haver poucos cenários resultantes, o caso em que a discriminação de preço não foi remediável merece destaque. Esse cenário envolveu o mercado de gás natural. O ato de concentração ocorreu entre Gás Local e Gasmig⁶⁴ que para além de diversos problemas na origem (houve um ACC que apenas tratou do *gun jumping* cometido pelas empresas e não dos possíveis problemas concorrenciais), dependeu da condenação do caso de conduta para solucionar os riscos concorrenciais encontrados. Explica-se. A investigação de práticas anticompetitivas pela Gás Local tinha sido iniciada antes da apresentação da operação.⁶⁵ Contudo, a decisão desse caso ocorreu depois da operação de modo que o critério temporal foi preenchido.

A investigação foi enquadrada em diversos incisos, sendo um deles a discriminação de preços, alegando que a Gás Local estaria praticando preços mais baixos por conta de vantagens competitivas e por isso estaria prejudicando concorrentes no mercado de gás canalizado. Quando da análise do ato de concentração, o Cade também identificou problemas concorrenciais relacionados a discriminação de preços. Contudo, como a autoridade sabia da existência da investigação de conduta, optou por não remediar a operação, mas indicar que havia um problema anticompetitivo que já era de conhecimento da autoridade e que por isso o tema seria tratado diretamente no processo de conduta unilateral. Aqui, diferentemente dos outros casos, pelas condições e timings de análise, o Cade deliberadamente deixou de analisar e remediar problemas concorrenciais em um ato de concentração para analisá-los em sede de condutas. A empresa foi condenada pela prática dessas infrações. Contudo, é questionável se esse deveria ser o método de solução do conflito.

Por mais que a empresa possa ser condenada ser obrigada a deixar de realizar práticas negativas à concorrência, o ato de concentração é um mecanismo que deveria ser utilizado para que as estruturas econômicas não incentivem ainda mais essas condutas. Talvez a condenação possa ter solucionado o problema no curto prazo, porém, é possível a reincidência das condutas principalmente se as estruturas societárias são favoráveis a isso.

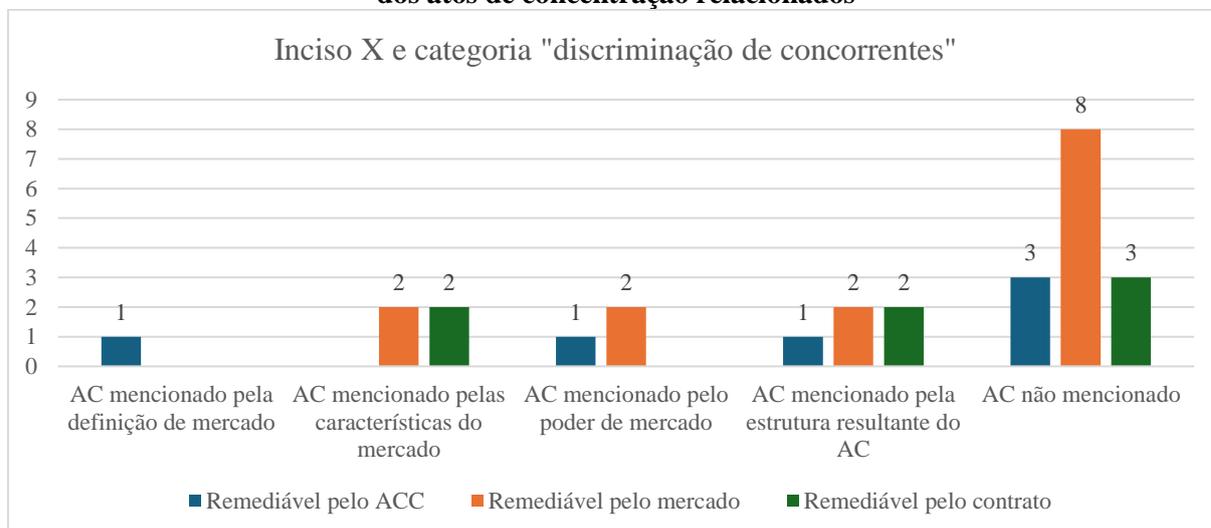
Interessante notar por fim que os dois cenários em que o ACC definiu medidas para prevenir discriminação de preços, nenhum dos atos de concentração que originaram os acordos foi mencionado na decisão final da investigação.

⁶⁴ AC n° 08700.000137/2015-73. Requerentes: GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. ("GásLocal"), Companhia de Gás de Minas Gerais ("Gasmig"). Aprovado com restrições em 2015.

⁶⁵ PA n° 08012.011881/2007-41. Representadas: Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini e Comercialização e Logística de Gás Ltda. Condenação em 2016.

Passa-se então à análise do inciso X comparado à categoria de discriminação de concorrentes das concentrações econômicas.

Figura 13 – Comparação entre inciso X e categoria argumentativa de discriminação de preços dos atos de concentração relacionados



Fonte: Elaboração própria.

Nessa comparação, há número relevante de cenários em que a possível infração concorrencial durante a análise do ato de concentração seria remediável pelo próprio contrato. Contudo, interessante notar que mesmo nos casos em que essa foi a justificativa, o ato de concentração foi citado ao longo da investigação em dois cenários: apenas pelas características de mercado ou pela própria estrutura resultante do ato de concentração. Esse último cenário é contraditório pois, se o próprio contrato já previa possíveis soluções para os riscos concorrenciais apontados, não teria por que a abertura de investigação que tratasse da mesma conduta. Os dois casos foram arquivados envolvendo a Tigre⁶⁶ e a IBM⁶⁷ e serão aprofundados no Capítulo 6.

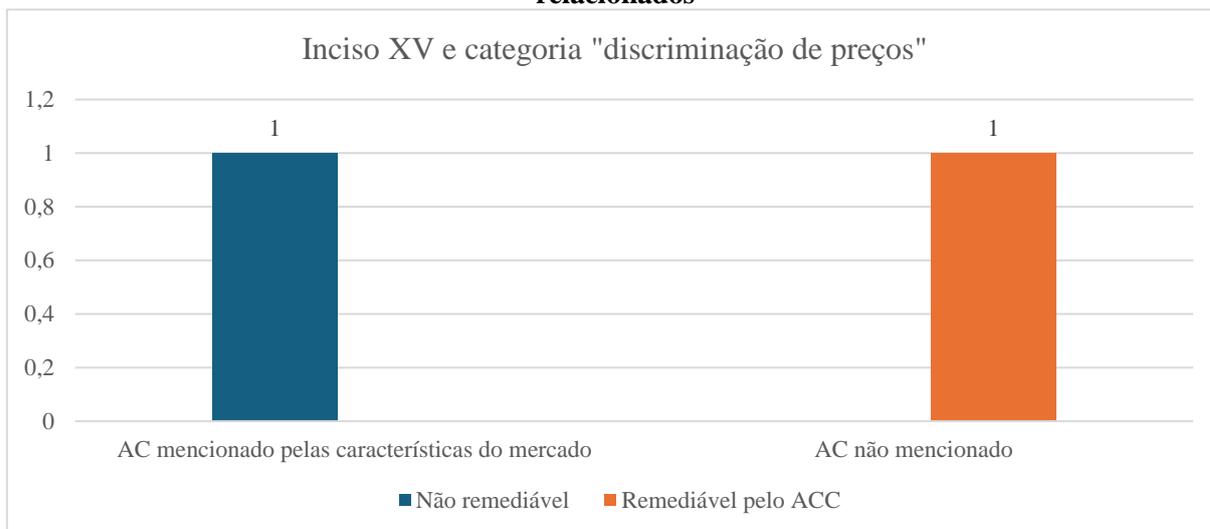
5.6. INCISO XV – PREÇO PREDATÓRIO

Conforme indicado na seção 3.2.3, não há uma categoria argumentativa específica que se pareça com a conduta de preço predatório. Para que se possa fazer a análise, optou-se por comparar com o argumento de discriminação de preços pois parece ser a conduta cujo efeito possível é mais próximo. O gráfico abaixo indica a relação entre essa categoria de atos de concentração e a conduta de preço predatório (inciso XV):

⁶⁶ PP nº 08700.005134/2018-79. Representada: Tigre S.A. Arquivamento em 2019.

⁶⁷ PP nº 08700.006042/2019-97. Representadas: Red Hat, Inc. (Red Hat) e International Business Machines Corporation (IBM). Arquivamento em 2023.

Figura 14 – Comparação entre inciso XV categorias argumentativas dos atos de concentração relacionados



Fonte: Elaboração própria.

O único cenário mencionado se refere ao caso envolvendo a Gás Local, situação detalhada na seção anterior (5.5). A conduta de preço predatório foi a principal motivação para condenação da empresa, mas a argumentação ao longo da decisão de conduta utilizou também argumentos que envolviam os outros incisos nos quais as condutas foram enquadradas.

5.7. INCISO XVIII – VENDA CASADA

Por fim, apresenta-se a comparação entre as categorias relacionados à conduta de venda casada: venda casada em si e recusa de venda. Os cenários nesse caso, todavia, são peculiares.

Em todos os casos investigados envolvendo venda casada, não há qualquer ato de concentração que tenha também discutido o tema diretamente. Existem atos de concentração em que houve identificação de possíveis problemas decorrentes de venda casada (nove casos), porém nenhum deles teve investigação aberta com enquadramento no inciso XVIII. O contrário também é verdade. Dos cinco casos em que houve enquadramento como venda casada, nenhum dos atos de concentração anteriores previu esse tipo de conduta como um risco concorrencial.

Isso talvez demonstre que não há uma padronização da definição de venda casada para o Cade e que a identificação desse risco concorrencial ainda não seja tão eficaz como em outros incisos indicados anteriormente.

Quando analisada a categoria argumentativa de recusa de venda (uma possível consequência da venda casada – impedimento de aquisição de um produto sem o outro), também não é possível aprofundar a análise. Há apenas um cenário em que o ato de concentração anterior tratou de recusa de venda, envolvendo a OLX. Esse caso será

aprofundado no Capítulo 6 pois a investigação da conduta, que também envolvia venda casada dentre os incisos utilizados para enquadrá-la⁶⁸, foi iniciada devido ao resultado da concentração econômica entre OLX e ZAP Imóveis.⁶⁹

⁶⁸ PP nº 08700.002958/2022-73. Representada: Bom Negócio Atividade de Internet Ltda. (“OLX”). Arquivamento em 2023.

⁶⁹ AC nº 08700.001796/2020-94. Requerentes: Bom Negócio Atividades de Internet Ltda. (OLX), ZAP Viva Real Group. Aprovado sem restrições em 2020.

6. ANÁLISE DE CASOS

Feitas as análises qualitativas, passa-se a detalhar os cenários em que as investigações das condutas unilaterais foram iniciadas devido à estrutura resultante do ato de concentração. Para essa seção foram selecionados todos os cenários existentes na tabela, independentemente do enquadramento legal das condutas. Por se tratar do estrato que mais representa a relação entre os controles de estruturas e de condutas, foram resumidas todas as situações em que essas condições estavam presentes, chegando a um total de sete cenários, sendo que dois deles foram analisados em conjunto pois se tratava do mesmo ato de concentração que deu origem a duas investigações de conduta distintas, mas envolvendo a mesma empresa e o mesmo mercado. Ainda, para facilitar a identificação e separação dos cenários, considerou-se o mercado relevante envolvido nos casos.

6.1. MERCADO DE TRANSPORTE DE CONTÊINERES E MOVIMENTAÇÃO PORTUÁRIA

O primeiro caso que vale aprofundamento se refere à investigação envolvendo A.P. MØLLER - MAERSK A/S (“Maersk”) e MSC Mediterranean Shipping Company S.A. (“MSC”)⁷⁰. Cumpre ressaltar que o procedimento preparatório aberto contra essas duas empresas foi arquivado, porém, o inquérito administrativo será reinstaurado para englobar todas as condutas que foram descobertas ao longo da investigação. Por mais que não haja um resultado final do inquérito, entendeu-se que o procedimento preparatório em si detém decisão de arquivamento definitiva, de forma que foi incluído no rol de cenários analisados na presente pesquisa.⁷¹ A tabela abaixo indica os incisos do enquadramento legal do procedimento preparatório e quais os principais argumentos analisados no ato de concentração:

Tabela 5 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de transporte de contêineres e movimentação portuária

Categorias - atos de concentração	Remediação	Categorias - Incisos
Barreiras à entrada	Pelo contrato	-
Rivalidade	Pelo mercado	Inciso IV - Rivalidade
Recusa de venda	Pelo mercado	Inciso V – Recusa de venda/oferta
Aumento de preço	Pelo mercado	-
Discriminação de concorrentes	Pelo mercado	Inciso X – Discriminação de preços

Fonte: Elaboração própria.

⁷⁰ PP nº 08700.002724/2020-64. Representadas: A.P. MØLLER - MAERSK A/S (“Maersk”), MSC Mediterranean Shipping Company S.A. (“MSC”) e Brasil Terminal Portuário S.A. (“BTP”). Reinstauração de inquérito administrativo e arquivamento do procedimento preparatório em 2023.

⁷¹ A decisão utilizada para análise é referente ao IA nº 08700.003945/2020-50 que correu em paralelo ao procedimento preparatório.

O ato de concentração que o inquérito faz menção se refere à prorrogação de *Vessel Sharing Agreement* (VSA)⁷² entre as duas empresas mencionadas.⁷³ Geralmente, nos casos de prorrogação de VSAs, o Cade não realiza análise aprofundada pois a apresentação do acordo inicial teria aprofundado nas questões de mérito relevantes à concentração. Contudo, nesse caso, principalmente por conta da intervenção de terceiro interessado, tratou-se de possível integração vertical entre o mercado de transporte marítimo de contêineres⁷⁴ e a movimentação portuária.⁷⁵ Isso porque ambas Maersk e MSC detêm participação acionária em terminais portuários que foram adquiridas ao longo da existência do VSA e, quando este foi renovado, o Cade analisou a integração vertical existente.

A justificativa apresentada no ato de concentração para inexistência de preocupações concorrenciais se baseou no formato do contrato redigido entre as empresas, no qual não haveria preferência de terminais próprios, mas que a escolha do terminal portuário dependeria de critérios objetivos. De acordo com a análise da SG/Cade, os terminais portuários verticalmente integrados não seriam as melhores opções considerando esses critérios. Assim, não haveria preocupações de fechamento de mercado ou discriminação de concorrentes no mercado de movimentação/armazenagem portuária.

Contudo, logo após a decisão no ato de concentração, foram apresentadas denúncias de redução de rivalidade, aumento de preços e discriminação de preços referentes justamente à relação vertical analisada na prorrogação do VSA. Além de citar outros atos de concentração,

⁷² “nesta modalidade o investimento é menos significativo e permite o compartilhamento dos riscos entre as empresas participantes. O VSA traz como vantagem, em razão do agrupamento de volumes de cada parte, a possibilidade de uso de embarcações maiores, mais eficientes do que cada parte individualmente seria capaz de operar. Ao mesmo tempo, o investimento individual é basicamente limitado aos navios que opera no âmbito do VSA, e não a um conjunto completo de navios como seria exigido na operação individual. Por outro lado, um fator negativo da entrada por meio de VSA é o fato de as decisões operacionais, como a escolha dos terminais, serem conjuntas aos participantes do VSA e, portanto, nem sempre a escolha mais estratégica para os interesses individuais da empresa prevalece.” (CADE, 2018, p. 42)

⁷³ AC nº 08700.002724/2020-64. Requerentes: Maersk Line A/S e MSC Mediterranean Shipping Company S.A. Aprovado sem restrições em 2020.

⁷⁴ “Na dimensão do produto a definição consolidada desde os primeiros atos de concentração julgados pelo Cade é o de transporte marítimo regular de contêineres. (...) as dimensões geográficas definidas pelo Cade são as rotas que passam pelos portos brasileiros, podendo ser segmentadas (conforme a complexidade do caso), em rotas de importação e de exportação.” (CADE, 2018, p. 37-38)

⁷⁵ “Movimentação de cargas: consiste no manuseio da carga para sua retirada ou colocação no interior do navio – tal serviço é prestado exclusivamente por operadores portuários, agentes que têm acesso aos berços de atracação e que exploram terminais portuários; Armazenagem: serviços de armazenagem de cargas em áreas alfandegadas para aguardar a liberação para exportação ou internação, que se dá somente após o cumprimento de obrigações acessórias, como pagamento de tributos, atendimento de normas sanitárias, ambientais, etc. (...) A concorrência no mercado de serviços portuários, especialmente armazenagem e movimentação de cargas, pode se dar no âmbito de um porto – concorrência intraporto – mediante a oferta de serviços por diferentes agentes do mercado estabelecidos na área do mesmo porto ou em área adjacente (retroporto); ou entre diferentes portos que possam se colocar como alternativas igualmente viáveis para a empresa que deseja transportar suas mercadorias em navios – concorrência interporto.” (CADE, 2017, p. 35-37)

a decisão de reinstauração do inquérito informou que precisaria de mais informações para definir a existência de riscos concorrenciais. De qualquer forma, a decisão definiu que havia indícios de que a MSC estaria dando preferência aos terminais verticalizados ao invés de utilizar os critérios objetivos definidos no VSA.

A decisão, contudo, não apresentou um posicionamento de que o ato de concentração deveria ser reconsiderado, mas sim que a conduta unilateral deveria ser melhor investigada. Considerando que se trata de caso em que as empresas indicaram uma possível solução para as preocupações por meio do contrato, mas não foi firmado ACC, o Cade não poderia reconsiderar a concentração econômica. Assim, a melhor solução realmente seria se utilizar do controle de condutas para analisar o descumprimento de contrato cujas cláusulas foram requisitos para a aprovação do ato de concentração.

6.2. MERCADO DE PUBLICIDADE ONLINE

Trata-se de procedimento preparatório aberto contra a Bom Negócio Atividade de Internet Ltda. (“OLX”) sob alegações de recusa de venda e venda casada.⁷⁶ Trata-se de mercado de classificados online, o qual também foi o mercado relevante do ato de concentração entre ZAP e OLX que foi a principal motivação para a abertura do inquérito.⁷⁷ A tabela abaixo apresenta as principais categorias de cada um dos casos (ato de concentração e procedimento preparatório) conforme a metodologia do presente trabalho:

Tabela 6 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de publicidade online

Categorias - atos de concentração	Remediação	Categorias - Incisos
Barreiras à entrada	Pelo mercado	-
-	-	Inciso XII – Recusa de venda/oferta
Discriminação de concorrentes	Pelo mercado	-
Recusa de venda	Pelo mercado	Inciso XVIII – Venda casada

Fonte: Elaboração própria.

Foram feitas diversas denúncias anônimas alegando que a empresa resultante da operação estaria obrigando anunciantes a contratar anúncios nas plataformas Viva Real e Zap+ se quisessem manter seus anúncios na OLX. Ainda, foi alegado um aumento de preço decorrente dessa prática de venda de pacotes.

⁷⁶ PP nº 08700.002958/2022-73. Representada: Bom Negócio Atividade de Internet Ltda. (“OLX”). Arquivamento em 2023.

⁷⁷ AC nº 08700.001796/2020-94. Requerentes: Bom Negócio Atividades de Internet Ltda. (OLX), ZAP Viva Real Group. Aprovado sem restrições em 2020.

Durante a análise do ato de concentração já havia sido indicadas preocupações concorrenciais pelas empresas oficiadas, contudo, como esses riscos não foram demonstrados, a SG/Cade entendeu que não havia necessidade de aprofundamento. O caso foi aprovado sem restrições, contudo, deixou-se claro na decisão que qualquer tipo de discriminação deveria ser tratado individualmente.

No que tange às condutas investigadas, o Cade de pronto entendeu que não havia problemas com aumento de preços pois eles são definidos com base no número de *leads*, ou seja, dependem da resposta do mercado. Não apenas isso, mas a SG/Cade entendeu que não haveria justificativa econômica para a OLX aumentar o preço e perder anunciantes:

(...) a mera elevação de preços desvinculada de um maior retorno para o anunciante ou de uma conduta anticoncorrencial que acarrete o desvio de demanda para os concorrentes seria irracional do ponto de vista econômico, vez que a plataforma perderia anunciantes, o que levaria a plataforma a ser menos atraente para usuários atuais e futuros, dados os efeitos de rede presentes neste tipo de mercado.⁷⁸

Já em relação à prática de venda casada, a SG/Cade também descartou a conduta com base em manifestação da OLX alegando que não há qualquer cláusula nos contratos de anúncio ou qualquer imposição para que as empresas anunciem em todos os canais pertencentes à investigada quando a anunciante deseja utilizar apenas o serviço da OLX. Por outro lado, a OLX confirmou que, para acessar as outras plataformas (Viva Real e Zap+) os anunciantes devem adquirir pacotes que também envolvem a OLX.

Para justificar a inexistência de preocupações concorrenciais, a SG/Cade entendeu que não há dois mercados envolvidos na conduta e por isso não haveria a configuração de venda casada. Isto é, como as três plataformas ofertam anúncios online de imóveis, não teria motivo para alegar o uso de uma plataforma para alavancar outro mercado, descaracterizando a conduta enquadrada pela denúncia.

Com base nesses argumentos, a SG/Cade decidiu pelo arquivamento do processo. Importante destacar, no entanto, que as preocupações analisadas na investigação já tinham sido alertadas ao longo do ato de concentração. Como aparentemente não havia preocupações comprovadas à época da análise, não houve movimentação por parte do Cade para saná-las. De qualquer forma, vê-se que nesse caso, os riscos e possíveis condutas eram previsíveis.

⁷⁸ Nota Técnica nº 20/2023, parágrafo 29. SEI 1200928

6.3. MERCADO DE SISTEMAS OPERACIONAIS E SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

O procedimento preparatório envolvendo Red Hat e IBM⁷⁹ foi aberto em decorrência de alegações apresentadas durante a análise do ato de concentração envolvendo as mesmas duas empresas.⁸⁰ A tabela abaixo traz a correlação entre as principais categorias argumentativas utilizadas na concentração econômica e os incisos nos quais a conduta foi enquadrada.

Tabela 7 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de sistemas operacionais e serviços de tecnologia da informação

Categorias - atos de concentração	Remediação	Categorias - Incisos
Barreiras à entrada	Pelo mercado	-
Rivalidade	Pelo mercado	-
Recusa de venda	Pelo mercado	Inciso XI e XII – Recusa de venda/oferta
Discriminação de concorrentes	Pelo contrato	Inciso X – Discriminação de preço
Venda casada	Pelo mercado	-

Fonte: Elaboração própria.

Em síntese, haveria preocupação por parte dos *players* de mercado de que as empresas estariam excluindo concorrentes no mercado de certificação do software AHV (principal produto ofertado pela Red Hat). Contudo, durante a investigação, a SG/Cade concluiu que não havia incentivos para tal e sequer que a certificação seria essencial para o uso do software por terceiros. Assim, resumidamente:

Uma vez que o software AHV foi certificado pela Red Hat em julho de 2021, inexistiu qualquer hipótese de dano após essa data.

A falta de certificação do AHV pela Red Hat durante o tempo em que as tratativas entre as empresas ocorriam não produziu danos concorrenciais efetivos ou potenciais no mercado relevante nacional de softwares hipervisores.

Não há notícias da saída de ofertantes do mercado nacional de softwares hipervisores de código aberto até a certificação do AHV.

Não se tem conhecimento de qualquer outro fornecedor de software hipervisor de código aberto com certificação da Red Hat antes de julho de 2021, a exceção da solução da própria Red Hat, o que indica que a certificação não é fator essencial para a entrada e para a atuação nesse mercado, o que leva a crer que o risco potencial de exclusão de rivais era improvável.

A extensão de danos a mercados de serviços de tecnologia da informação também foi considerada improvável.⁸¹

⁷⁹ PP nº 08700.006042/2019-97. Representadas: Red Hat, Inc. (Red Hat) e International Business Machines Corporation (IBM). Arquivamento em 2023.

⁸⁰ AC nº 08700.001908/2019-73. Requerentes: Red Hat, Inc. (Red Hat) e International Business Machines Corporation (IBM). Aprovado sem restrição em 2019.

⁸¹ Nota Técnica nº 4/2023, parágrafos 178-182. SEI 1173257.

Durante a análise do ato de concentração, houve essa preocupação do lado dos *players* do mercado de que, por conta do aumento da participação de mercado das requerentes, poderia haver restrição no acesso a esses produtos. Contudo, seja no ato de concentração, seja na investigação da conduta, enfatizou-se que o modelo de negócios da Red Hat sempre foi disponibilizar os códigos como abertos e que as próprias empresas não teriam interesse em alterar esse formato. Conforme indicado no trecho acima, após 2021, o software AHV foi certificado, não havendo danos concorrenciais.

Esse caso, diferente dos anteriores, se trata de uma conduta temporária enquanto as requerentes passavam pela adaptação pós-operação e por isso os possíveis danos alegados pelos *players* não seriam estendidos no tempo por não ser a forma como essas empresas atuam no mercado.

6.4. MERCADO DE SOFTWARE DE GESTÃO DE PAGAMENTOS

Trata-se de inquérito administrativo aberto contra Linx pelas possíveis condutas de venda casada, recusa de venda e discriminação,⁸² conforme detalhado na tabela abaixo, na qual há a correlação com as categorias argumentativas do ato de concentração entre Linx e Stone.⁸³. A investigação deu início após apresentação de denúncia da Cielo, empresa que também atuou como terceira no referido ato de concentração.

Tabela 8 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de sistemas operacionais e serviços de tecnologia da informação

Categorias - atos de concentração	Remediação	Categorias - Incisos
-	-	-
-	-	Inciso IV - Rivalidade
-	-	Inciso XI – Recusa de venda/oferta
Discriminação de preço e discriminação de concorrentes	Pelo contrato	Inciso X – Discriminação de preço
-	-	XVIII – Venda casada

Fonte: Elaboração própria.

Nesse caso, cumpre ressaltar que a SG/Cade reconheceu que a investigação das condutas poderia se utilizar dos dados e visão de mercado apresentados durante a análise do ato de concentração. Isso porque houve um lapso temporal de apenas dois anos entre um caso e outro, sendo que o ato de concentração foi julgado pelo Tribunal do Cade. Assim, a SG/Cade pode se utilizar de uma análise prévia sobre os possíveis problemas concorrenciais resultantes

⁸² IA nº 08700.004226/2020-56. Representada: Linx S.A. Arquivamento em 2023.

⁸³ AC nº 08700.003969/2020-17. Requerentes: STNE Participações S.A., Linx S.A. Aprovado sem restrições em 2021.

da concentração e avaliar essas possíveis condutas ao longo desse período. Esse caso demonstra que não só o Cade tem condições de utilizar análises preditivas do ato de concentração, como essa foi a base para o julgamento da conduta.

Para realizar a análise das condutas unilaterais, a autoridade concorrencial também contou com testes e dados de mercado, os quais demonstraram que, mais uma vez, não haveria preocupações concorrenciais decorrentes da atividade da Linx no mercado de software de gestão.⁸⁴ Um dos principais indícios de que não há preocupações concorrenciais foi a redução da participação de mercado da Linx no cenário pós-operação e que sua posição não poderia ser considerada dominante no mercado, o que não condiz com a denúncia apresentada pela Cielo.

Para o caso de dificuldade de integração do software com outros produtos, a SG/Cade também indicou que foram casos pontuais e nesses casos houve justificativa técnica para tal inconsistência.

Nesse cenário é interessante notar que a autoridade concorrencial realiza quase uma análise *ex post* do ato de concentração aprovado anteriormente, situação que dificilmente ocorre e raramente é indicado explicitamente pela autoridade concorrencial. Ainda que não tenha sido uma análise *ex post* em si, utilizou-se das informações da concentração econômica para embasar a análise da conduta anticompetitiva. Esse foi um dos poucos casos em que os dados utilizados em uma concentração econômica foram refletidos na análise da conduta anticompetitiva.

6.5. MERCADO DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO

Nesse tópico serão explorados dois casos de conduta que citam o mesmo ato de concentração. Trata-se aqui da aquisição, pela Rumo, da ALL, duas empresas atuantes no mercado de transporte ferroviário.⁸⁵ Esse caso causou grande controvérsia quando aprovado, pois, as participações de mercado eram extremamente elevadas e havia diversos riscos de condutas anticompetitivas decorrentes da operação. De qualquer forma, a concentração foi aprovada com restrições sendo o cumprimento do ACC também alvo de análise nos casos de conduta. Cumpre desde já indicar que o descumprimento do ACC foi avaliado em outro procedimento, por mais que a preocupação tenha sido levantada pela Agrovía (terceira interessada no ato de concentração e denunciante de uma das investigações).

⁸⁴ “Os softwares de gestão empresarial são programas de gerenciamento logístico (estoques), financeiro, pontos de venda (PDVs) e de outras áreas administrativas que reúnem essas informações de forma sistematizada e apresentam soluções gerenciais para os gestores das empresas.” (Nota Técnica nº 5/2023, parágrafo 22, SEI 1178565)

⁸⁵ AC nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A, ALL – América Latina Logística S.A. Aprovado com restrições em 2015.

Dentre os dois casos de conduta, um deles foi arquivado pela assinatura de TCC pela Rumo⁸⁶ e o outro houve condenação das empresas⁸⁷. A tabela abaixo indica a correlação entre as categorias argumentativas da concentração Rumo/ALL e os incisos indicados na decisão de arquivamento:

Tabela 9 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de transporte ferroviário (arquivamento por assinatura de TCC)

Categorias - atos de concentração	Remediação	Categorias - Incisos
Rivalidade	Pelo mercado	Inciso IV - Rivalidade
Recusa de venda	Pelo ACC	Inciso V – Recusa de venda/oferta
Discriminação de concorrentes	Pelo ACC	Inciso X – Discriminação de preço
-	-	XIII – Aumento de preço
Venda casada	Pelo ACC	-

Fonte: Elaboração própria.

Assim nesse primeiro cenário, as supostas condutas endereçadas pelo acordo

seriam resultado do contrato firmado entre Rumo e ALL, por meio do qual a Rumo solicitaria transporte de volumes superiores a sua demanda, açambarcando a capacidade da ferrovia e fechando o mercado para outros agentes que necessitassem desse serviço. Ainda, por ser um player relevante na exportação de açúcar, a Cosan, controladora da Rumo, se beneficiaria dessa conduta também no mercado downstream.⁸⁸

Contudo, como o ACC já havia endereçado as principais preocupações dessa investigação, o TCC firmado pela Rumo, em realidade, apenas indicou a autoria das condutas e uma sanção pecuniária, sem quaisquer obrigações comportamentais ou estruturais. Por mais que esse caso tenha sido resolvido, o processo administrativo em que houve condenação chama mais atenção. A tabela abaixo faz a mesma comparação entre as categorias argumentativas do caso Rumo/ALL, mas comparados à conduta condenada:

Tabela 10 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de transporte ferroviário (condenação)

Categorias - atos de concentração	Remediação	Categorias - Incisos
Rivalidade	Pelo mercado	Inciso IV - Rivalidade
Recusa de venda	Pelo ACC	Inciso V – Recusa de venda/oferta
Discriminação de concorrentes	Pelo ACC	-
-	-	-
Venda casada	Pelo ACC	-

Fonte: Elaboração própria.

⁸⁶ IA nº 08700.011102/2013-06. Representadas: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e Cosan S.A. Indústria e Comércio. Arquivamento em 2015.

⁸⁷ PA nº 08700.005778/2016-03. Representadas: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A, ALL – América Latina Logística S.A. Condenação em 2021.

⁸⁸ Nota Técnica nº 28/2015, parágrafo 14, SEI 0096272.

Nota-se que a quantidade de incisos utilizado para enquadrar a conduta é muito inferior ao caso de arquivamento. Daí comprova-se, novamente, que por mais que o rol do artigo 36 seja exemplificativo, há diversas condutas que não se enquadram exatamente nas práticas indicadas nos incisos de modo que a autoridade prefere apontar as condutas mais genéricas para que se possa adaptar à realidade dos fatos.

Voltando-se ao mérito da conduta analisada, por mais que as análises do Cade durante o ato de concentração tivessem previsto problemas concorrenciais que foram, em tese, remediados pelo ACC firmado pelas partes, seis anos depois dessa decisão a mesma autoridade concorrencial determinou a condenação das mesmas empresas por condutas que já estariam remediadas. O presente trabalho não visa avaliar a efetividade do ACC com base em suas cláusulas específicas, porém fica claro que ele não foi suficiente para sanar os problemas concorrenciais decorrentes da conduta da Rumo e ALL. A principal delas é a recusa de acesso de terceiros às ferrovias pertencentes às requerentes, que foi considerada infraestrutura essencial pelo Tribunal do Cade. Esse caso talvez seja o mais emblemático nessa pesquisa pois o Cade não apenas não reflete as análises realizadas no ato de concentração, mas também não conseguiu prever e remediar corretamente as condutas que viriam a ser investigadas, demonstrando que, em casos cujos mercados são essenciais à economia nacional e que envolvem grandes *players* a análise ainda no ato de concentração deve ser extremamente cuidadosa pois as consequências futuras podem ser muitas vezes irreparáveis.

6.6. MERCADO DE PROGRAMAS DE FIDELIZAÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO

Por fim, a SG/Cade abriu procedimento preparatório contra a Tigre para investigar possíveis condutas discriminatórias⁸⁹ decorrentes da criação do programa de fidelização JS+ aprovado sem restrições em ato de concentração envolvendo Tigre e Votorantim.⁹⁰ Pela tabela abaixo demonstra-se que se trata de cenário em que a abertura de investigação de conduta anticompetitiva se deu exatamente em relação à preocupação exarada na decisão da SG/Cade:

Tabela 11 – Categorias de atos de concentração e dos incisos para o cenário envolvendo o mercado de transporte ferroviário (arquivamento por assinatura de TCC)

Categorias - atos de concentração	Remediação	Categorias - Incisos
Discriminação de concorrentes	Pelo contrato	Inciso X – Discriminação de preço

Fonte: Elaboração própria.

⁸⁹ PP nº 08700.005134/2018-79. Representada: Tigre S.A. Arquivamento em 2019.

⁹⁰ AC nº 08700.002327/2018-78. Requerentes: Votorantim Cimentos S.A., Tigre S.A. Participações, Gerdau Aços Longos S.A. Aprovado sem restrições em 2018

Não é necessário demasiado aprofundamento nesse caso pois a análise de efeitos foi muito simples e os argumentos para inexistência de preocupações concorrenciais se basearam nos seguintes aspectos:

(i) a prática ocorreu numa fase de testes do JS+, durante período bastante limitado; (ii) as recompensas oferecidas aos lojistas não foram de cunho financeiro; (iii) o número de clientes que pontuaram sob o critério adotado foi baixo e (iv) houve oscilações negativas, no decorrer do tempo, de clientes que pontuaram no Programa; não se pode concluir que houve efeitos condizentes com uma conduta anticoncorrencial nos critérios do Programa JS+ da Tigre, no período analisado.⁹¹

No ato de concentração, a SG/Cade já tinha avaliado as cláusulas contratuais apresentadas pelas partes e entendeu que não haveria preocupações em relação a possíveis discriminações a produtos de terceiros com base no formato de acúmulo de pontos no JS+. Mesmo assim, a conduta foi investigada sobre os mesmos aspectos, ainda que o processo tenha sido arquivado.

⁹¹ Nota Técnica nº 26/2019, parágrafo 47, SEI 0623891

7. CONCLUSÃO A PARTIR DOS RESULTADOS GERAIS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL E DAS ANÁLISES QUANTITATIVA E QUALITATIVA

A presente pesquisa teve como finalidade a realização de pesquisa jurisprudencial para discutir a sinergia entre a análise no controle de estruturas e as decisões no controle de condutas unilaterais na vigência da LDC. Com base em lista enviada pelo Cade com os processos envolvendo a investigação de condutas anticompetitivas, iniciou-se a reunião dos atos de concentração para comparação. Para tal foi necessária a análise de pelo menos 412 casos, sendo 218 atos de concentração e 194 investigações de condutas unilaterais, para se chegar à tabela com os dados comparados, obtidos por meio de triagem inicial com base no nome das empresas investigadas pesquisadas no SEI do Cade considerando o período entre 2012 e 2023.

Após essa primeira seleção, foram aplicados critérios para que os processos de conduta e os atos de concentração pudessem ser comparáveis. O primeiro deles se referiu ao quesito temporal. As decisões dos atos de concentração deveriam ser anteriores às decisões nos casos de conduta unilateral, e nenhum dos processos poderia estar em andamento.

Em seguida, passou-se para o critério de mercado relevante. Foram mantidos para fins de comparação os casos em que ambos o ato de concentração e a investigação de conduta tratassem se não do mesmo mercado relevante, mas de mercados correlatos e que poderiam ser englobados na mesma análise. Após corrigidos outros aspectos na tabela, chegou-se ao total de 43 casos de condutas unilaterais e 74 atos de concentração que gerariam cenários de análise.

Feita essa triagem, passou-se para a criação de categorias de análise de cada um dos tipos de processo. Para os atos de concentração, foram avaliados os argumentos utilizados ao longo das decisões do Cade e sintetizados da seguinte forma: barreiras à entrada, rivalidade, aumento de preço, exclusividade, troca de informações sensíveis, recusa de revenda, discriminação de preços, discriminação de concorrentes e venda casada. Dessas categorias, exclusividade e troca de informações sensíveis não foram utilizadas quando da comparação com as condutas unilaterais.

Para definir o critério comparativo das condutas anticompetitivas, foram utilizados os incisos do §3º do art. 36 da LDC que, apesar de serem exemplificativos, funcionam como parâmetro de comparação pois esses incisos são utilizados para enquadramento legal das condutas praticadas por agentes econômicos. Para cada inciso, ou conjunto de incisos, foi definida uma categoria de conduta dividida em: barreiras à entrada, rivalidade, recusa de venda/oferta, aumento de preços, discriminação de preços, abuso de propriedade intelectual, preço predatório e venda casada.

Por fim, criadas as categorias, foi feita a correlação entre elas para analisar os cenários resultantes dessa comparação conforme definido na tabela 4 (seção 3.2.3) e reproduzida abaixo:

Categorias - atos de concentração	Categorias - Incisos
Barreiras à entrada	Inciso III – Barreiras à entrada
Rivalidade	Inciso IV - Rivalidade
Recusa de venda	Incisos V, XI e XII – Recusa de venda/oferta
Aumento de preço	Incisos VII, XIII, XVI e XVII – Aumento de preço
Discriminação de preços e discriminação de concorrentes	Inciso X – Discriminação de preços
Discriminação de preços	Inciso XV – Preço predatório
Venda casada e recusa de venda	Inciso XVIII – Venda casada

Fonte: Elaboração própria.

Assim, com base nos gráficos e nas informações apresentadas até o momento é possível traçar alguns resultados relevantes com base na pesquisa.

Em primeiro lugar, os argumentos utilizados pelo Cade em atos de concentração utilizam linguagem variada, não há um padrão para definição de conceitos - por isso a necessidade de se criar categorias argumentativas. Isso pode ser justificado pelo fato de a análise da autoridade ser realizada caso-a-caso e conter diversas nuances para previsão de possíveis riscos concorrenciais. Contudo, também é verdade que os conceitos basilares da análise antitruste deveriam ser mantidos para que haja segurança jurídica e criação de jurisprudência.

De outro lado, as condutas anticompetitivas indicadas nos incisos do §3º por serem exemplificativas, nem sempre se encaixam com as condutas realmente praticadas. Esse é um resultado esperado, justamente por se tratar de exemplificação legislativa. Contudo, é importante que o enquadramento seja feito com precisão e tecnicidade. Esse trabalho não teria extensão para analisar cada conduta e indicar se ela foi corretamente enquadrada nas opções legais, contudo, foi possível observar que nem sempre há preocupação sobre a indicação correta dos dispositivos legais. Por óbvio que análises em sede de procedimento preparatório nem sempre requerem alto grau de aprofundamento e por isso o enquadramento talvez não seja o mais preciso, contudo, esse deve ser um compromisso tanto da autoridade concorrencial quanto das partes denunciadas, quando existentes, para melhor apresentar o caso ao Cade. Assim, por conta dessas divergências e imprecisões foi necessária a criação de categorias argumentativas para que a comparação entre os dois tipos de processos fosse possível.

A própria abertura de procedimentos preparatórios pelo Cade talvez não reflita uma análise global do mercado proporcionado por experiências anteriores, por exemplo, por meio

de atos de concentração. A triagem para início de investigações de condutas unilaterais também deveria considerar análises prévias do Cade para direcionar atenção e recursos administrativos aos casos que realmente tenham gerado efeitos negativos ao mercado.

Assim como nos atos de concentração, os incisos mais indicados como condutas anticompetitivas, talvez devido a sua amplitude, são os referentes a barreiras à entrada – inciso III (16 casos), rivalidade – inciso IV (28 casos) e discriminação de preços – inciso X (18 casos). Se considerados em conjunto os incisos que tratam de recusa de venda (V, XI e XII), eles reúnem a maior parte dos casos (30 casos). Dentre os resultados dos processos de conduta, a maioria deles foi arquivado por inexistência de indícios da infração econômica (74% dos casos – 32 casos), seguidos dos casos que tiveram assinatura de TCC (16% - 7 casos) e condenações (5% - 2 casos).

Ainda, também foram analisados os casos em que o ato de concentração foi ou não mencionado pela decisão de conduta. A maioria dos atos de concentração que preenchem os critérios para a presente tabela, não foram mencionados (58% dos cenários). Os cenários em que houve menção apenas à definição de mercado representam 16% dos casos. Já os cenários em que a menção se referiu às características do mercado, são 12% dos casos. Os casos em que a menção se referiu ao poder de mercado ou à estrutura resultante do ato de concentração simbolizam 5% e 6% respectivamente.

Partindo-se para a análise comparativa dos atos de concentração e das condutas unilaterais, os incisos sobre barreiras à entrada e rivalidade são tipos tradicionalmente analisados em atos de concentração e condutas. O Cade já detém jurisprudência relevante sobre ambos os critérios o que reforça sua possibilidade de prevenir possíveis condutas relacionadas a eles. Contudo, a pesquisa também indicou que recusa de venda e discriminação de preços são incisos comuns no caso de condutas, mas ainda não tem uma linguagem tão padronizada nos atos de concentração. Isso porque no caso da categoria argumentativa de recusa de venda, a autoridade geralmente a utilizava como uma justificativa aplicada ao longo da decisão sem necessariamente mencionar esse termo expressamente na decisão. O mesmo se valeu no caso de discriminação, seja de preços, seja de concorrentes, havendo inclusive confusão entre essas expressões para definir o tipo de conduta potencialmente lesiva ao mercado.

Por outro lado, há certa congruência em alguns julgados em relação ao julgamento em casos de controle de condutas e de estruturas. Na maioria dos cenários, os riscos concorrenciais nos atos de concentração foram remediáveis pelo próprio mercado (isso vale para praticamente todos os incisos, menos para a conduta de aumento de barreiras à entrada, na qual há maior

número de casos remediáveis pelo ACC). Já os casos de condutas unilaterais foram, em sua maioria (41 casos – 95%), arquivados, sendo que 32 (76%) deles o foram por insuficiência de indícios de infração. Pode-se afirmar que o Cade manteve uma análise relativamente semelhante para os mesmos mercados tanto nas concentrações quanto nas condutas unilaterais pois nas mesmas condições (mesmas empresas, mesmo mercado) entendeu-se que não havia preocupações concorrenciais. Contudo, isso não significa que a percepção do Cade sobre determinado mercado é a mais próxima da realidade ou reflete as reais preocupações principalmente dos agentes econômicos afetados. Como demonstrado anteriormente, em todos os casos em que houve abertura de condutas devido à estrutura resultante do ato de concentração houve indicação pelos terceiros interessados de preocupações concorrenciais, porém desses casos, apenas um deles houve condenação.

Em complemento, os resultados indicados ao longo do estudo demonstram que não há um engajamento entre as diversas áreas internas do Cade. A estrutura das Coordenações dentro da SG/Cade divide cada grupo de servidores com base no tipo de conduta ou processo. Assim, uma coordenação focada em atos de concentração não atua com casos de condutas unilaterais e vice-versa. Ainda que essa tenha sido uma alteração administrativa recente, a limitação do tipo de processo analisado também reduz o acesso à informação e dados gerados dentro da própria autoridade concorrencial. Em muitos atos de concentração ou investigações, diversas questões discutidas ao longo do processo poderiam ser melhor endereçadas com base na inteligência interna do próprio Cade. Essa comunicação entre as áreas pode incrementar o aprendizado institucional. A autoridade concorrencial tem cumulatividade dos conhecimentos de diversos mercados, os quais poderiam ser melhor compreendidos quando, em decisões envolvendo condutas unilaterais, sejam consideradas preocupações de terceiros interessados em sede de atos de concentração e vice-versa.

Isso também se reflete nos casos em que concentrações precisaram de remediação do Cade por meio dos ACCs mas as mesmas partes também foram investigadas por condutas unilaterais em seguida. Sabe-se que a maior parte das investigações de condutas aqui pesquisadas foi arquivada. Porém, nos casos em que houve remediação aplicada pelo Cade, a abertura de investigações sobre os mesmos critérios (ou minimamente critérios correlatos em um mesmo mercado contra a mesma empresa) coloca em xeque a efetividade ou talvez o *enforcement* de remédios no controle de estruturas. É possível que algumas comparações deste estudo tenham distorções de mercados ou de tipos de conduta específicos, porém, quando avaliado o cenário geral, há quantidade relevante de riscos concorrenciais que deveriam ser

endereçados por ACCs mas que geram incertezas ao mercado e talvez à própria autoridade quando da análise dos efeitos negativos de condutas desses *players*.

Ainda no sentido de tratar de acordos assinados com a autoridade, há uma quantidade relevante de TCCs assinados em casos de conduta cujas práticas anticompetitivas acabam não sendo devidamente analisados pela autoridade para fins de criação de jurisprudência. Ressalta-se que no curto prazo esses acordos têm efeitos relevantes ao mercado por proibirem a prática possivelmente anticompetitiva mais rapidamente. Porém, é necessário avaliar a eficiência dos acordos negociados com o Cade nos cenários em que a autoridade já havia celebrado um ACC com uma empresa que posteriormente também assina um TCC sobre o mesmo mercado e com preocupações semelhantes. Esse é o cenário do mercado de meio de pagamentos. Mais de um ato de concentração no mercado de meios de pagamento foi aprovado com restrições e essas mesmas empresas, nesse mesmo mercado, assinaram TCC nos processos de conduta. A presente pesquisa não teria extensão suficiente para avaliar cada um dos contratos e suas relações, todavia, chama a atenção que o Cade tenha que remediar de duas formas diferentes critérios semelhantes em controles institucionais distintos.

Em relação aos incisos relacionados a recusa de venda, há cenários suficientes para uma análise comparativa, sendo interessante notar que 40% (13 cenários) dos cenários em que atos de concentração trataram do argumento de recusa de venda também não foram mencionados pelo caso de conduta. 15% (5 cenários) dos casos em que houve menção ao ato de concentração mantiveram a congruência já indicada anteriormente de que a recusa de venda era remediável pelo mercado e as concentrações econômicas foram citadas justamente pelas características de mercado que proporcionavam. Outros 15% também foram citados, porém devido à estrutura resultante da operação.

Em relação ao inciso referente a discriminação de preços, foram consideradas duas categorias argumentativas para análise: discriminação de preços e de concorrentes, devido, principalmente, à falta de padronização do que se compreendia por discriminação de preços ao longo dos atos de concentração. Esses dois conceitos muitas vezes se confundiam e por isso precisaram ser avaliados em conjunto. Considerando a categoria de discriminação de concorrentes, a situação é semelhante ao inciso de recusa de venda, nos quais a maior parte dos atos de concentração envolvendo essa categoria não foi citado no processo de conduta (51%). Nesse caso, diferente dos outros incisos, essa categoria argumentativa foi remediável pelo contrato envolvendo as partes (22% dos cenários). Em relação à categoria de discriminação de preços em si, o caso mais emblemático se refere ao ato de concentração envolvendo Gás Local

no qual esse risco concorrencial não foi remediável em sede de controle de estruturas justamente porque seria avaliada em sede de controle de condutas. Esse formato de análise demonstra uma confusão entre os dois tipos de controle e uma falta de previsibilidade no ato de concentração que dependeu do controle de condutas para ser remediado.

Por fim, os casos relacionados a preço predatório, venda casada e aumento de preços praticamente não há cenários para análise. Principalmente em relação a venda casada, os atos de concentração que chegaram a analisar essa argumentação não tiveram casos de conduta enquadrados nesse inciso. O contrário também é verdade. Para os casos em que houve o enquadramento como venda casada, os atos de concentração não trataram do tema. Isso demonstra a falta de previsibilidade para essa conduta específica pela autoridade concorrencial.

Em relação à visão geral sobre a menção do Cade aos atos de concentração prévios, vê-se que as situações são bem divididas. Há cenários que há citação de quantidade relevante de casos, e cenários em que essas citações são mais esparsas. Considerando a extensão das análises do Cade em sede de atos de concentração, a quantidade de dados obtidos ao longo do processo e, inclusive, as opiniões dos agentes de mercado, o Cade utiliza pouco as informações que já têm acesso em casos anteriores. Por mais que a discussão e o foco da análise de cada um dos controles institucionais sejam distintos, principalmente no que tange a condutas unilaterais, o Cade tem recursos suficientes para correlacionar condutas com movimentos do mercado. É verdade que nos cenários em que os riscos potenciais são supridos pela concorrência e pela disposição do mercado, o Cade tem arquivado processos de conduta justamente pela insuficiência de indícios da infração, mas para os casos em que há negociação de ACCs, não seria justificável sequer a abertura de investigações que não fossem relacionadas ao descumprimento desse acordo.

Assim, com base em todos os dados apresentados é possível afirmar que as análises de probabilidade de exercício de poder de mercado apresentadas em sede de atos de concentração ainda não são refletidas por completo em decisões de condutas unilaterais. Se houvesse maior sinergia entre esses processos e a autoridade chegasse a um patamar ideal, seria possível aproveitar diversas análises principalmente do mercado e da percepção dos agentes econômicos para que os casos de condutas tenham mais embasamento seja teórico, seja de dados. Ainda que exista congruência para certos resultados, o Cade pode explorar ainda mais a correlação entre esses dois sistemas de controle e, talvez, reduzir o *gap* que existe entre o julgamento de condutas e de estruturas no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Para tal, o Cade pode aplicar algumas soluções.

Primeiramente, a manutenção de estudos de mercado feitos pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) com base nos julgamentos anteriores de atos de concentração e até mesmo de condutas pode trazer um panorama sobre determinado mercado e auxiliar na padronização do entendimento de certas características de mercado. Porque os estudos são direcionados a um mercado específico, a autoridade tem capacidade de aprofundar em temas específicos a cada setor econômico e com isso trazer mais previsibilidade nos julgamentos futuros. Esses estudos, no entanto, devem ser constantemente atualizados para refletir as mudanças no próprio mercado (seja por motivos regulatórios ou até de condições de mercado, inovações, entre outros).

Também é possível incrementar o template de análise de condutas unilaterais para que autoridade passe por algumas etapas durante o processo decisório, sendo um deles a análise de jurisprudência, não apenas de condutas em si, mas também de atos de concentração. Comparativamente, é como se houvesse uma análise de reincidência, mas, ao invés de identificar condutas anteriores, identificar concentrações anteriores que possam corroborar à análise, seja por meio de dados, informações de funcionamento do mercado, posicionamento de outros agentes econômicos, entre outros. Assim, muitas das dúvidas ou até incongruências devido à assimetria de informações poderiam ser solucionadas por meio de uma análise do conhecimento acumulado dentro da própria autoridade.

Ainda que haja estudos sobre a volta de análises *ex post* de concentrações econômicas (TROPEANO, 2020), essa talvez ainda não seja a melhor opção para a autoridade brasileira. Primeiramente, a recente LDC alterou o formato de análise de atos de concentração para uma análise *ex ante*, sendo que uma nova alteração traria relevante insegurança jurídica e dispêndio da autoridade para rechaçar uma jurisprudência já consolidada sobre a forma de julgamento de concentrações. Uma revisão *ex post* dependeria de alguns critérios como (i) a criação de uma lista de temas prioritários pela autoridade e a inclusão da revisão de concentrações; (ii) corpo técnico suficiente para focar na revisão de atos de concentração; (iii) criação de legislação para definir possíveis resultados dessa revisão.

Em relação ao primeiro item, o Cade tem focado, conforme indicado pelos textos de Athayde e Jacobs, em abuso de posição dominante, a qual representa inclusive orientação da OCDE. Assim, não se vislumbra, pelo menos no curto prazo, uma tentativa da autoridade de revisão de atos de concentração sem antes definir jurisprudência relevante sobre condutas unilaterais. Também em linha com o indicado no *peer review* da OCDE, é necessário o aumento do corpo técnico do Cade para atingir as metas traçadas atualmente. Assim, também pensando

no curto a médio prazo, não haveria incremento de pessoal para a realização de revisão de concentrações, tema esse que sequer é foco de análise da autoridade concorrencial. Por fim, não há previsão legal para a revisão das operações econômicas. Assim, seria necessário alterar a legislação pátria para, em seguida, criar uma nova metodologia de análise e só então esse tipo de revisão se tornar factível e aplicável.

Assim, por mais que seja possível, a revisão *ex post* vai contra a orientação atual do órgão antitruste e, talvez, seria mais prejudicial do que benéfico para fins de segurança jurídica. No momento, a melhor solução para reduzir problemas concorrenciais decorrentes de atos de concentração ainda é trazer argumentos jurídicos e econômicos suficientes para justificar a tomada de decisão da autoridade concorrencial com base em experiências anteriores e internacionais, levando a cabo a jurisprudência criada pelo órgão ao longo dos anos de vigência da LDC.

Ainda que não seja possível a previsibilidade completa dos riscos concorrenciais, a criação de um guia de controle de condutas unilaterais pode também auxiliar nessa padronização de entendimentos da autoridade concorrencial. Esse guia deveria correlacionar os conceitos já utilizados e previstos nos Guias H e V+ para justamente reduzir a diferença entre os julgamentos no controle de condutas e de estruturas. Sabe-se que a elaboração de guia para condutas unilaterais não é tarefa simples pois a definição das condutas depende de uma análise casuística e pode conter detalhes específicos a depender das políticas econômicas adotadas por cada *player*. Contudo, as teorias do dano podem, de certa forma, ser mapeadas, como feito no presente trabalho, por meio de jurisprudência já definida pelo Cade e também com base em consultas públicas à comunidade antitruste brasileira.

8. BIBLIOGRAFIA

Athayde, Amanda. “As três ondas do antitruste no Brasil: A Lei 12.529/2011 e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.” *Jota*. 2017. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017>.

Athayde, Amanda, e Patricia Jacobs. “A terceira 'onda' do antitruste no Brasil: marolinha ou tsunami?” *Consultor Jurídico*. 2021. <https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/athayde-jacobs-terceira-onda-antitruste-brasil/>.

Azevedo, Paulo Furquim de. “Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira.” Em *Direito econômico concorrencial*, por Mario Gomes Schapiro, Vinícius Marques de Carvalho e Leonor Cordovil. São Paulo: Saraiva, 2013.

Brito, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 2016.

Cade - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. “Guia V+ - Guia de Análise de Atos de Concentração Não-Horizontais.” 2024. <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/Guia%20V+/Guia-V+2024.pdf>.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). “Cadernos do Cade: Mercado de serviços portuários.” 2017. <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-servicos-portuarios-2017.pdf>.

—. “Cadernos do Cade: Mercado de Transporte Marítimo de Contêineres.” 2018. <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-transporte-maritimo-de-containers-2018.pdf>.

Eiras, Larissa. “Sham Litigation: Requisitos para sua configuração.” *Revista de Defesa da Concorrência*, 2019.

Ezrachi, Ariel. *Competition and Antitrust Law: a very short introduction*. Oxford University Press, 2021.

Fialho, Rodrigo. *Descontrole de estruturas: dos objetivos do antitruste às desigualdades econômicas*. 2020.

Forgioni, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Frazão, Ana. *Direito da concorrência*. 1ª. São Paulo: Saraiva, 2017.

Garcia, Carolina Policarpo, e Paulo Furquim Azevedo. “Should competition authorities care about conglomerate mergers?” *International Journal of Industrial Organization*, 2019.

Hovenkamp, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice*. West, 2011.

Ianelli, Vívian Salomão. *Análise empírica dos Atos de Concentrações verticais: como o Cade tem endereçado os efeitos unilaterais e coordenados em seus julgados?* Brasília, DF, 2019.

Klobuchar, Amy. *Antitrust: Taking on monopoly power from the gilded age to the digital age*. Nova York: Alfred A Knopf, 2021.

Kwoka, John. “Mergers, Merger Control, and Remedies: a response to the Vita-Osinski critique.” Em *Antitrust Law Journal*, por American Bar Association, 741-761. American Bar Association, 2019.

Mendes, Francisco Schertel. *O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: Características e Especificidades*. Brasília, 2013.

Neto, Caio Mario da Silva Pereira, e Paulo Leonardo Casagrande. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016.

Oliveira, Amanda Flávio de. “Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões.” Em *Remédios Antitruste*, por Amanda Flávio de Oliveira e Ricardo Machado Ruiz. São Paulo: Singular, 2011.

Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. “OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil.” 2019.

Parisi, Rafael Rossini. “Como uma concentração pode ser prejudicial ao bem-estar social: uma análise prática dos efeitos unilaterais e efeitos coordenados.” Em *Direito Concorrencial na Prática*, por Luz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. São Paulo: Lumen Juris, 2023.

Resende, Guilherme Mendes, Victor Oliveira Fernandes, e Isabella Oliveira Guimarães Barcelos. “Fusões conglomerais: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022.” Em *Fusões verticais e conglomerais sob a lente do antitruste*, por Adriana Hernandez Perez e Vivian Fraga. São Paulo: Singular, 2023.

Salomão Filho, Calixto. *Direito concorrencial*. 2ª. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Silveira, Paulo Burnier da. *Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Souza, Alexandre Barreto, e Isabella Accioly. “Infrações à Ordem Econômica e o Controle de condutas.” Em *Direito Concorrencial na Prática*, por Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. São Paulo: Lumen Juris , 2023.

Tropeano, Jean-Philippe. “Ex ante or Ex post? When the timing of merger assessment is up to the merging firms.” *Information Economics and Policy*, 2020.

Whish, Richard, e David Bailey. *Competition Law*. 9ª. Oxford University Press, 2018.