

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

TEREZA CRISTINE ALMEIDA BRAGA

**COMBATE A CARTÉIS E REMÉDIOS ANTITRUSTE:  
O PODER PÚBLICO E A ARQUITETURA DE INCENTIVOS E DESINCENTIVOS  
NA CONCORRÊNCIA**

*Fighting Cartels and Antitrust Remedies:*

*Public Power and the Architecture of Incentives and Disincentives in Competition*

*Lutte contre les Cartels et Remèdes Antitrust:*

*Le Pouvoir Public entre Incitations et Désincitations en Matière de Concurrence*

Brasília

2018

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

**COMBATE A CARTÉIS E REMÉDIOS ANTITRUSTE:  
O PODER PÚBLICO E A ARQUITETURA DE INCENTIVOS E DESINCENTIVOS  
NA CONCORRÊNCIA**

Autora: Tereza Cristine Almeida Braga

Orientadora: Professora Dra. Ana Frazão

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

BRASÍLIA

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

TEREZA CRISTINE ALMEIDA BRAGA

**Combate a Cartéis e Remédios Antitruste: O Poder Público e a Arquitetura de Incentivos e Desincentivos na Concorrência**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Aprovada em: \_\_\_\_ de fevereiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

---

Professora Dra. Ana Frazão (FD/UnB)

(Orientadora – Presidente)

---

Professor Dr. Paulo Burnier da Silveira (FD/UnB)

(Membro)

---

Professor Dr. Caio Mário da Silva Pereira Neto (FGV/SP)

(Membro)

---

Professora Dra. Noemy Melo Colin (Université Panthéon-Assas, Paris II)

(Suplente)

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela vida, pela perseverança, pela força, pelos desafios e por ter me dado essa oportunidade única de chegar ao final dessa caminhada. Sem Ele, nada disso seria possível.

Gostaria de agradecer aos meus pais Suzy e Paulo e à minha irmã Hellen pelo apoio e amor incondicionais ao longo dessa trajetória. Sem a estrutura familiar deles, a presente trajetória não seria possível.

Agradeço também ao meu noivo Luis Claudio Lima Pinheiro – amor, amigo e apoiador constante – por todo o caminho percorrido ao meu lado o tempo todo. Tudo deu certo e valeu a pena com você sempre comigo. À Meg, pelo carinho de sempre.

Essa é a parte em que sempre temos medo de deixar alguém de fora: alguém que não discutiu o assunto, mas deixou seu carinho; alguém que não discutiu o texto, mas sempre torceu por você; alguém que discutiu o texto e se distanciou; alguém que discutiu o texto e continua tão perto, que a vista míope não consegue alcançar. Sou grata a todos vocês, aqui expressamente mencionados ou não.

Agradeço aos professores de ontem, de hoje e de sempre pelas lições e aprendizados vislumbrados nessa frutífera trajetória do mestrado. Em especial, agradeço aos professores das disciplinas na Pós-Graduação Constituição e Iniciativa Privada (também denominada Arquitetura de Mercados), Regulação, Comércio Internacional e Defesa da Concorrência, Economia Comportamental e Organização Industrial pelas diversas oportunidades de discussão do meu projeto no âmbito de suas respectivas disciplinas em seus diferentes departamentos da UnB. Tais professores foram os Drs. Ana Frazão, Márcio Iorio Aranha, Paulo Burnier da Silveira, Jorge Oliveira-Castro e Victor Gomes.

Ainda quanto a professores, agradeço à minha orientadora, Dra. Ana Frazão, pela paciência infinita, pelo carinho e pela imensurável dedicação que sempre teve ao longo da dissertação: desde a aceitação de orientação até a defesa do texto final perante a banca. O acompanhamento do trabalho foi bastante enriquecedor, seja pelos debates e pelas divergências pontuais de posição em temas específicos, seja pelas indicações bibliográficas e pela melhoria metodológica que foram acrescentadas no trabalho. A orientação dela começou muito antes do meu ingresso no programa de mestrado da UnB, já que tive a oportunidade, na visão de servidora pública, de acompanhar as decisões dela como conselheira do Cade e fazer parte da legião de admiradores de seu imenso conhecimento técnico e acadêmico: sem o “sim” dela para a orientação desta dissertação, o trabalho não teria o aprofundamento e a multidisciplinariedade que hoje nele constam.

Aos amigos de hoje e de sempre, de todos os lugares e de todas as épocas: sou-lhes grata pelo carinho, pela confiança, pela compreensão e pela torcida constante nessa fase.

Agradeço particularmente aos amigos do Cade – ou que dele participaram em algum momento dessa trajetória – que incentivaram o trabalho e o tema com discussões específicas

de remédios em cartel. Gostaria de citar nominalmente os senhores Ana Frazão, Eduardo Pontual Ribeiro, Giovana Bakaj, Luiz Alberto Esteves, Luiz Guilherme Alho Batista, Márcio de Oliveira Júnior, Mauricio Oscar Bandeira Maia, Marcela Campos Gomes Fernandes, Noemy Melo Colin e Thais Fróes Fraga, que tiveram um papel mais próximo no debate dos temas e na construção (ou descarte) de ideias que permearam a presente dissertação.

Ainda nesse ponto, sou grata ao meu trabalho no Cade, onde tive a oportunidade de interagir com administradores, advogados, contadores, economistas, engenheiros, gestores, investigadores, juízes, procuradores, conselheiros e muitos outros agentes públicos e privados que suscitaram questionamentos interessantes no tema em tela.

Obrigada a todos!

“Ponham dois pintores diante de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-ia, nesse caso, que um dos dois traiu a verdade?”

Piero Calamandrei em *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*

## RESUMO

A presente dissertação enfoca novas perspectivas para a dissuasão de cartéis orientadas não exclusivamente pela aplicação de uma multa. O primeiro capítulo introduz a discussão institucional da funcionalidade dos remédios e dialoga com a necessidade de intervenção do Estado em cenários econômicos que contenham ilícitos mais perenes. O capítulo ainda apresenta os principais fundamentos sobre remédios no controle repressivo e o que justifica sua relevância para sanar falhas estruturais causadas ou intensificadas por infrações contra a ordem econômica, considerando que remédios antitruste não se enquadram no quadro conceitual de pena porque sua finalidade primeira não é punitiva, mas sim corretivo-restaurativa. O segundo capítulo conta com a aplicação dos conceitos especificamente na análise de cartéis com destaque no dinamismo da arquitetura de mercados e incentivos. O terceiro capítulo compila todos os casos de cartel do Cade, desde a vigência da Lei 12.529/11, em que houve a aplicação efetiva de remédios estruturais. O quarto capítulo, por sua vez, analisa os casos apresentados à luz dos pressupostos jurídico-econômicos desenvolvidos nos dois primeiros capítulos, discorrendo sobre aprendizados e aprimoramentos da recente experiência de remédios em cartel na jurisprudência do Cade. Nessa parte, programas de integridade, terceirização de gestão, desinvestimentos e proibições de licitar são analisados pela perspectiva dos incentivos que estão embutidos em cada remédio. Ainda nessa oportunidade, há questionamentos sobre remédios que ainda não foram aplicados em mercados reiteradamente examinados pelo Cade. Por fim, o capítulo conta com reflexões sobre mercados que podem vir a precisar de persuasão via remédios dada a estrutura concorrencialmente preocupante que já apresentam. As conclusões seguem com a premissa de que cartéis não devem ser combatidos somente com punições, pois os incentivos encaminhados pelo Estado podem proporcionar melhores resultados no declínio de colusões. Com esse trabalho, é possível verificar dilemas inerentes à intervenção do Estado no domínio econômico para garantia da livre concorrência e compreender como as respostas a eles podem ser multidisciplinares e interinstitucionais.

**Palavras-chaves:** Infração Contra a Ordem Econômica. Cartel. Remédios. Sanção. Intervenção do Estado no Domínio Econômico.

## ABSTRACT

This thesis focuses on new perspectives to cartel deterrence that are not exclusively oriented on pecuniary sanctions. The first chapter introduces the institutional debate *vis-à-vis* the remedies functionality and debate the value of State intervention to correct market failures where firms frequently engage in anticompetitive practices. The chapter sets forth the main definitions of remedies for cartel enforcement and the reasoning behind using remedies to correct market failures caused by anticompetitive behavior. Furthermore, it also discusses what measures should be taken to prevent or correct them. The second chapter highlights the application of the aforementioned concepts in cartel analysis and how changing the dynamics of the market design may reduce the incentives to collude. The third chapter compiles all cartel cases decided by CADE in which structural remedies were applied since Law 12.529/11 came into force in Brazil. The fourth chapter analyses those cases in the light of the legal and economic assumptions developed in the first two chapters while discussing the best practices and lessons learned from CADE's experience in applying remedies. In addition, this chapter highlights the enhancements in CADE's cartel jurisprudence brought by recent enforcement practices. For this purpose, compliance programs, management outsourcing, divestitures and public biddings prohibitions are analyzed from the perspective of the incentives embedded into each remedy, thus questioning the possibility of using remedies not yet applied in CADE's experience. Finally, the chapter reinforces the idea that sanctions are not the only path to cartel enforcement, and that the redesign of market structures may bring better results and reduce the incentives to collude. Therefore, this work intends to examine conflicts resolution as a result of government interventions in the economy to promote economic fairness, while acknowledging that the responses to these challenges may be interdisciplinary.

**Keywords:** Infringement to Economic Order. Cartel. Remedies. Sanction. Government Intervention. State Intervention in the Economic Domain.

## RESUMÉ

Le présent mémoire discute des derniers développements en matière de dissuasion des pratiques de cartels, dont l'efficacité ne repose pas seulement sur l'application d'amendes. Le premier chapitre traite du débat institutionnel sur le fonctionnement des remèdes et donne à réfléchir sur la nécessité d'une intervention de l'État dans l'hypothèse de pratiques illégales prolongées dans le temps. Le chapitre présente les principaux fondements des remèdes dans le contrôle répressif antitrust et aborde leur pertinence pour remédier aux défaillances structurelles générées ou aggravées par des comportements anticoncurrentiels – en gardant à l'esprit que l'objectif principal des remèdes antitrust n'est pas punitif, mais correctif-réparateur. Le deuxième chapitre se concentre sur l'application de ces concepts spécifiquement dans le cadre de l'analyse des cartels, en soulignant l'aspect dynamique de la structure de marché et des incitations. Le troisième chapitre rassemble toutes les affaires de cartel du Cade dans lesquelles l'adoption de remèdes structurels a été préconisée depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 12529/11 au Brésil. Le quatrième chapitre examine ces affaires à la lumière des points juridiques et économiques développés dans les deux premiers chapitres, en discutant de l'apprentissage et de l'amélioration de l'expérience récente des remèdes dans la jurisprudence du Cade en matière de cartels. Dans cette partie, les programmes de compliance, le recours à de nouveaux dirigeants pour assurer la gestion des entreprises, les exigences de cession de fonds de commerce et les interdictions d'enchères sont analysés du point de vue des effets incitatifs et dissuasifs de chaque remède. Ce travail traite donc de questions sur les remèdes qui n'ont pas encore été appliqués sur les marchés examinés à plusieurs reprises par le Cade. Enfin, le chapitre aborde certains marchés qui peuvent nécessiter la mise en place de remèdes non punitifs en réponse aux inquiétudes relatives à leur structure possiblement anticoncurrentielle. La conclusion met en exergue le fait que l'adoption d'une approche punitive per se ne constitue pas toujours la solution la plus efficace pour dissuader les comportements collusifs, à l'inverse des remèdes à caractère incitatif. Ce mémoire rend compte des dilemmes inhérents à l'intervention de l'État dans le domaine économique afin de garantir la libre concurrence. Des pistes de solution multidisciplinaires et interinstitutionnelles seront enfin abordées.

**Mots-clés:** Infraction anticoncurrentielle. Cartel. Remèdes. Sanction. Intervention de l'Etat dans l'économie.

## SUMÁRIO

Introdução.....	1
1 Remédios Antitruste na Modelagem de Incentivos .....	8
1.1 Por que Remédios Antitruste? .....	8
1.2 A Relação entre Direito e Economia .....	27
1.3 Remédios e a Disciplina de Comportamentos .....	30
1.4 Remédios Antitruste no Controle Repressivo.....	35
1.5 Comportamentos, Estruturas e Concepções de Controle.....	42
1.6 Conclusão .....	48
2 Remédios em Cartel: Necessidade e Princípios.....	51
2.1 Intervenção Necessária? .....	51
2.2 Sanção a Cartéis.....	65
2.2.1 <i>Dissuasão e Punição</i> .....	68
2.2.2 <i>Dissuasão e Persuasão</i> .....	77
2.3 Princípios para Remédios Antitruste em Cartel.....	82
2.4 Conclusão .....	99
3 Remédios Estruturais em Cartel na Jurisprudência do Cade: Casos .....	102
3.1 Remédios Negociados em Termos de Compromisso de Cessação.....	106
3.1.1 <i>“Suposto Cartel da Areia” – Terceirização da Gestão Compartilhada de Infraestrutura</i> .....	106
3.1.2 <i>“Suposto Cartel dos Combustíveis no DF” – Venda de Ativos</i> .....	108
3.2 Remédios Estabelecidos em Condenações .....	112
3.2.1 <i>Cartéis em Licitações – Proibição de Contratação com o Poder Público</i> .....	112
3.2.2 <i>Negociação Coletiva por Sociedade de Cooperativas – Cisão de Ativos</i> .....	117
3.2.3 <i>“Cartel do Cimento” – Venda de Ativos e Outros Remédios Estruturais</i> .....	120
3.3 Conclusão .....	123
4 Velhas e Novas Reflexões sobre Remédios Estruturais em Cartel.....	125
4.1 Remédios Já Aplicados.....	125
4.1.1 <i>Aprendizados de Remédios em Controle de Condutas</i> .....	127
4.1.2 <i>Programas de Conformidade</i> .....	132
4.1.3 <i>Terceirização e Profissionalização da Gestão</i> .....	137
4.1.4 <i>Desinvestimento</i> .....	143
4.1.5 <i>Proibição de Licitar</i> .....	156
4.2 Remédios Que Ainda Precisam Ser Desenvolvidos .....	162
4.3 Mercados Que Podem Vir a Precisar de Remédios – Num Futuro Próximo.....	168
4.4 Conclusão .....	177
Considerações Finais .....	179
Referências Bibliográficas.....	185

## INTRODUÇÃO

O direito concorrencial brasileiro tem passado por um significativo fortalecimento na última década, especialmente graças à maior projeção do Brasil no cenário internacional. A constante busca pela estabilidade econômica e à própria conscientização da população e das empresas acerca da importância da concorrência também parecem ter sido fatores importantes para a majoração da disciplina concorrencial nos trabalhos acadêmicos, nos bancos e disciplinas das universidades, no trabalho legislativo do Congresso Nacional e nas decisões exaradas pelos Poderes Executivo e Judiciário.

A política de defesa da concorrência não foi drasticamente alterada ao longo das últimas décadas e resultou do aprimoramento histórico do direito à igualdade. Os controles de mercado passaram a existir para reequilibrar a balança da desigualdade desenhada em virtude da acumulação de capital: nesse sentido, precisou-se de um espaço regrado para garantir igualdade de condições a todos os possíveis fornecedores (ARANHA, 2014, pp. 8-9). O que mudou foram as preocupações com o poder de mercado detido pelas firmas via crescimento por aquisições ou via transações comerciais capazes de reestruturar consideravelmente os comportamentos dos atores no mercado<sup>1</sup>. E é essa adaptação histórica que vem desafiando as autoridades a arquitetar soluções para melhor atender ao interesse público.

O desenvolvimento histórico da defesa da concorrência no Brasil deixa a dúvida sobre se foi a maior importância do tema que levou à mudança da lei de defesa da concorrência ou se foi o oposto. Nesse contexto, a novel Lei 12.529/11 inaugurou o controle prévio de concentrações no Brasil no que se refere ao âmbito preventivo do direito da concorrência. Obter o aval estatal definitivo para operações ficou mais rápido, decisões que impõem restrições ficaram mais fundamentadas, dados que embasam as análises padeceram menos da desatualização resultante de demorados trâmites processuais: os benefícios desse novo paradigma acompanham a velocidade do século XXI e das inovações de mercado.

---

<sup>1</sup> “A atual estrutura das políticas antitruste é diversa em termos de natureza e impacto. A intenção geral dessas políticas não tem sido relevantemente alterada no último século. Sua intenção é limitar o papel do poder de mercado que possa resultar de uma concentração substancial em uma indústria particular. O que tem mudado é em relação a preocupações que foram alteradas com o aumento de monopólios singulares em operações de concentração, compras alavancadas e outras transações financeiras que combinam e reestruturam corporações de forma a influenciar fundamentalmente o comportamento do mercado” (VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON, 2005, p. 4, tradução livre).

Já no âmbito repressivo, tal lei replicou a maioria das condutas reprováveis previstas na lei anterior e replicou também o modelo sancionatório da revogada Lei 8.884/94. Ocorre que, com o dinamismo dos novos tempos, tal sentido teve – e terá – de ser semanticamente atualizado para se adequar ao projeto de concorrência defendido pela redação da Lei 12.529/11. A concepção aberta dos dispositivos legais permite a utilização de saídas criativas a fim de procurar uma dissuasão que atenda aos anseios sociais dos consumidores e à igualdade de condições perseguida por fornecedores. Nesse segundo ponto, a dissuasão das práticas anticompetitivas é realizada por uma série de penalidades pecuniárias e de medidas não pecuniárias que estão à disposição do aplicador do direito.

Por um lado, as penalidades pecuniárias refletidas na multa têm uma discussão própria de dissuasão e de proporcionalidade, considerando agravantes, atenuantes e demais critérios de dosimetria do direito sancionador. Por outro, as medidas não pecuniárias no direito repressivo são incipientes e ainda precisam de espaço para debate, reflexão e experimentação.

O objeto pretendido no presente trabalho é a discussão das possibilidades de aplicação e das limitações dessas medidas não pecuniárias, que estão previstas de modo não taxativo no art. 38 da Lei 12.529/11, cuja dicção foi apenas reiterada da revogada Lei 8.884/94. Nesse objetivo, buscaram-se referenciais teóricos institucionalistas – apesar das várias correntes existentes – no sentido de adotar duas perspectivas centrais de análise dos mercados: as relações de mercado tidas como estruturas sociais e a percepção de que o mercado é, sobretudo, uma construção cultural. Essas duas vias são as razões pelas quais a compreensão do contexto da relação entre Estado e mercado é fundamental para estabelecer parâmetros fundantes e lógicos para os remédios antitruste em cartéis.

Parte da inspiração no desenho do tema adveio do julgamento do chamado “cartel do cimento” pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Tal foi a ocasião em que o debate sobre medidas não pecuniárias foi estabelecido em bases densas e aprofundadas, apesar de não ter sido o primeiro caso de remédios antitruste no controle de condutas. Críticas foram tecidas contra a decisão tomada pela autarquia sobre a obrigatoriedade da venda de ativos pelos condenados, muitas das quais referentes à metodologia e à natureza das sanções não pecuniárias propriamente ditas.

Durante a confecção do trabalho, diversos outros julgados do Cade foram proferidos, levando a autora a ampliar o escopo de discussão das medidas e dos casos. Quando a presente dissertação ainda era um esboço de ideias, o cartel do cimento era o único precedente relevante relacionado a remédios. Com o tempo, o trabalho foi alimentado constantemente pelas novas decisões que iam surgindo e pelas inquietações que eram percebidas diuturnamente nessas atualizações de jurisprudência. O texto acabou ganhando ainda mais vida e exigindo cada vez mais reflexão sobre os caminhos de uma política antitruste.

Outra parcela de idealização do presente trabalho decorreu da constatação de que as medidas não pecuniárias vêm sendo relegadas a segundo plano não só pelo elevado custo em se pensar e indicar os remédios adequados como também pelo próprio desconhecimento dos fundamentos sobre os quais a intervenção não pecuniária pode ser implementada. O papel do Poder Público no desenvolvimento dos mercados, a forma de controle por ele engendrada e os tipos de regras e entendimentos necessários para se identificar compartilhamentos de estrutura de mercado são os temas transversais que são desenvolvidos na obra.

Um terceiro influenciador foi o labor desenvolvido pela autora ao longo de cerca de sete anos nas áreas técnicas tanto da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça quanto do Cade. Esta dissertação expõe alguns dos enigmas enfrentados nas minutas de notas técnicas e de votos nesse período, bem como na análise crítica de outros casos que foram parte do mister de assessoramento da autora. Claro que esse período não passa nem perto do enorme lapso temporal de técnicos congêneres em outras autoridades do mundo e tampouco da expertise por eles desenvolvida. Contudo, pontuar óbices jurídico-econômicos, fomentar o debate e realizar autocríticas são indiscutivelmente imprescindíveis para o engrandecimento do antitruste e o aperfeiçoamento da política brasileira de defesa da concorrência.

A discussão central é a de que o remédio como custo de violação de uma regra pode traçar um caminho de incentivos pelo qual a multa não consegue percorrer. E esse custo é difícil de ser mensurado, já que não precisa ser monetário: pode até mesmo ser o custo de oportunidade a ser considerado diante de escolhas entre ter um ganho constante na legalidade ou arriscar ganhos maiores com esforço para não ser descoberto (BOWLES, 2004, p. 239). Esse é o custo que direciona comportamentos lícitos ou ilícitos também na esfera antitruste, incluindo a avaliação custo-benefício em construir estruturas de mercado a partir de abusos de posição dominante.

Ao longo do trabalho, notou-se que a bibliografia sobre remédios no controle repressivo é escassa e não compilada, especialmente as de produção nacional. Tal bibliografia é predominantemente direcionada a atos de concentração, que fazem parte do controle preventivo de abusos econômicos. Além disso, pouquíssimos são os precedentes jurisprudenciais do Cade que enfrentam a questão repressiva sob as perspectivas multidisciplinar e consequencialista. Não se sabe ao certo se esse afastamento é devido a dificuldades metodológicas e práticas sobre o tema ou se é devido à falta de casos concretos (massa crítica) que mereçam uma postura mais interventiva do Poder Público. A revisão de literatura, então, foi realizada com escopo mais amplo que o do controle repressivo e sem esquecer que o controle preventivo confere importantes conceitos e argumentos para compreender o sentido dissuasório dessa tão importante ferramenta.

A pesquisa foi encaminhada em diversas etapas, nem sempre sucessivas, porém complementares entre si. Fato é que cada etapa não corresponde necessariamente a um capítulo do trabalho, mas foram imprescindíveis para acoplar os diversos microssistemas que rondam os remédios antitruste.

A primeira etapa da pesquisa foi avaliar se os remédios antitruste em condutas anticompetitivas poderiam, de fato, ser classificados como pena. Isso porque a finalidade restaurativa poderia se sobrepor à finalidade punitiva e, com isso, não ser uma sanção à parte, mas um benefício à sociedade. Ao final dessa investigação, notou-se que remédio antitruste não se destina a punições e sim à retomada do processo competitivo, anteriormente existente ou não, a depender do mercado examinado. Constatou-se, então, uma atecnia na dicção legislativa que classifica as medidas não pecuniárias como sanção, uma vez que tais medidas interventivas não se destinam ao mister punitivo e sim ao papel restaurativo.

O segundo passo foi compreender os remédios diante do espírito constitucional que os reveste e que embasa a atividade econômica. A constitucionalização do direito antitruste foi uma das lentes desse trabalho na medida em que trouxe os fundamentos jurídico-econômicos de convivência dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência à luz do direito à igualdade. Buscou-se desmistificar o antagonismo desses dois princípios no antitruste e destacar como a harmonia entre eles pode contribuir positivamente para a política de combate a cartéis.

O terceiro estágio buscou apontar as limitações dos remédios sob os pontos de vista de consistência, coerência e consequência. Nesse aspecto, a revisão bibliográfica e o exame dos casos se complementaram e revelaram a dificuldade da escolha pública entre punir e persuadir na construção da rede de incentivos que desestimulam colusões.

Apesar de adentrar em alguns conceitos econômicos relevantes para a melhor compreensão dos aspectos jurídicos e funcionais dos remédios antitruste, este trabalho não visa à exposição e tampouco à discussão de modelos matemáticos específicos. Isso se deve a duas razões principais.

A primeira delas é que cada modelo tem uma série de parâmetros pré-fixados de imutabilidade de premissas a fim de consigam uma fotografia da realidade para trabalhar sobre – o que se chama muitas vezes de “tudo o mais constante” ou de *ceteris paribus*. Essa é uma tentativa de parar um mundo e uma série de convicções que são, em sua essência, dinâmicos, o que de certa forma vai de encontro a muitos dos pilares do presente trabalho. Além disso, esse tipo de análise continua contestada pelos próprios economistas, que acabam trazendo outro modelo para defender que o primeiro modelo estaria errado, entrando numa série sucessiva e infinita de batalhas matemáticas.

Ainda dentro dessa primeira perspectiva, admitindo-se que fosse possível selecionar de forma fundamentada um modelo estatístico ou econométrico cabível e adequado ao desenho de remédios, seria necessário um trabalho inteiro dedicado aos resultados e desdobramentos do modelo aplicado a um caso concreto específico.

A segunda razão é a de que os remédios antitruste são uma seara aberta sob o ponto de vista do direito. Há muitos questionamentos e dúvidas acerca das possibilidades de ação e sentido da intervenção via remédios e o quão bom ou o quão ruim eles podem ser para os mercados e para a sociedade<sup>2</sup>. Outrossim, viu-se um campo bastante vasto para explorar a

---

<sup>2</sup> “Não é totalmente correto dizer que concordamos no que queremos, mas não concordamos em como devemos alcançar o que queremos. Quando chegamos a objetivos específicos, descobrimos que nossa concordância nem sempre se estende a ordens de importância. Por exemplo, algumas pessoas querem preservar a liberdade pessoal de escolha para consumidores mesmo quando a escolha é exercida insensatamente em alguns casos e outras pessoas estão mais preocupadas com a saúde dos consumidores que poderá ser afetada por essas escolhas insensatas. Entretanto, é mais ou menos verdade que sabemos onde ir.

Não sabemos como chegar lá. Essa é a minha tese fundamental: não sabemos como alcançar um fim. Não sabemos a relação entre as políticas públicas que adotamos e os efeitos a que essas políticas se destinam a alcançar” (STIGLER, 1975, pp. 23-24, tradução livre).

matéria sob o viés da interdisciplinaridade e da aplicação prática do presente trabalho, que pode sim sair da mera teorização e compreensão dos mercados e auxiliar o Poder Público a pensar em todas as alternativas sobre implementar ou não um dado remédio antitruste.

Como fio condutor de toda a discussão, utilizaram-se as bases jurídico-econômicas sobre a propensão do agente econômico em seguir ou não a lei e como a disciplina de comportamentos pode ser uma arma útil e menos custosa no combate a cartéis. É tomada como base a necessidade de justificação dos casos que estarão sujeitos a remédios ante a nova rede de incentivos que se quer criar em um setor econômico viciado. Ademais, a arquitetura de mercados é uma via dissuasória plausível e pouco utilizada no Brasil até hoje.

Para a realização desses objetivos e a concatenação dos fundamentos ora elucidados, dividiu-se o presente trabalho em quatro capítulos.

O Capítulo 1 conceitua remédios antitruste e descreve sua funcionalidade à luz dos sistemas de regras formais e informais e informações que são cunhadas pelo Estado e pelo mercado. Nesse contexto, o tópico se dispõe a analisar como tais remédios podem disciplinar comportamentos e evidenciar estruturas de mercado sem a interferência de normas positivadas. Além disso, expõe a formação de respostas institucionais a novos direitos de propriedade, estruturas de governança, regras de intercâmbio e concepções de controle.

O Capítulo 2 traz a aplicação dos remédios antitruste especificamente a cartéis, considerando a premissa de que os remédios são cabíveis também no controle repressivo de infrações contra a ordem econômica. O capítulo desenvolve a função corretivo-restaurativa dos remédios e reforça que a resposta punitiva nem sempre é a cabível para estabelecer aos agentes econômicos incentivos a observar a lei e garantir a livre concorrência.

O Capítulo 3 tem um viés mais prático ao compilar os casos do Cade em que houve o desenho e a aplicação de remédios antitruste em cartéis desde a edição a Lei 12.529/11. O objetivo do capítulo não é discutir evidências específicas das colusões, mas sim indicar os principais argumentos expostos pela autoridade para apontar aqueles casos como elegíveis a receber a intervenção estatal via remédios.

O Capítulo 4, por fim, suscita reflexões sobre os remédios já aplicados nesses casos selecionados, indicando críticas e possíveis aprofundamentos que as medidas poderiam receber à luz dos conceitos expostos e desenvolvidos nos tópicos anteriores. Além disso,

sugere a aplicação de remédios a teses reiteradamente submetidas ao Cade, indagando se a perpetuação desses problemas já não seria um indicativo de que a multa, sozinha, não está sendo suficiente para alterar o padrão de incentivos desses mercados. Por fim, o capítulo aponta para mercados que ainda não foram submetidos ao escrutínio do Cade, mas que já caminham para uma solução estrutural mais complexa e que sobressalta a multa.

O trabalho não busca esgotar o tema: pelo contrário, assume que o tema possui muitas lacunas e diversos aspectos talvez mal compreendidos por falta de discussão ou mesmo por falta de elucidação dos fundamentos que dão sentido aos remédios antitruste. É, sobretudo, um desafio de descobrir o porquê de certos institutos jurídicos e de como eles podem contribuir para uma política pública mais justa e eficaz para o Brasil.

# 1 REMÉDIOS ANTITRUSTE NA MODELAGEM DE INCENTIVOS

O presente capítulo apresenta os fundamentos dos “remédios antitruste”, bem como a finalidade a que se destinam: o papel dos remédios no combate a infrações contra a ordem econômica e seu papel na reconformação de incentivos e na ressignificação de direitos de propriedade, estruturas de governança, regras de intercâmbio e concepções de controle no escopo do art. 38 da Lei 12.529/11. Embora o objeto específico do presente trabalho seja a utilização de remédios em cartel, o presente capítulo desenvolve o tema de remédios de forma mais ampla.

O pressuposto assumido é o de que a lei da oferta e da demanda, em alguns casos, não se mostra eficaz para sanar naturalmente as falhas de mercado, necessitando, portanto, de algum impulso externo para que o equilíbrio seja restabelecido – ainda que apenas parcialmente. Para tanto, “regras” é a palavra-chave para definição dos direitos de propriedade e sinalização dos caminhos permitidos e proibidos aos agentes do mercado. Tal impulso é conferido pelo Estado, que guarda relações constantes, intensas e desejadas com os particulares.

A disciplina de comportamentos é importante para avaliar a inércia da economia em continuar seu fluxo, com as regras e os direitos de propriedade então definidos, e também para entender como a atuação regulatória do Estado pode reparar falhas causadas excepcionalmente por agentes interessados em manipular livres iniciativas e, por conseguinte, a livre concorrência.

## 1.1 Por que Remédios Antitruste?

Os chamados “remédios antitruste” são um recorte muito interessante da disciplina da defesa da concorrência, especialmente no que concerne a reprimir riscos à competição. Na literatura de direito antitruste ou de economia antitruste, a nomenclatura de “remédios” não tem sido por acaso: remédios<sup>3</sup> remetem à ideia de cura – ou pelo menos um alívio – para doenças que, sozinhas, não conseguem sarar; têm por objetivo cessar o ilícito ou afastar a preocupação concorrencial (WANG, 2011).

---

<sup>3</sup> Do latim *remedium*, que significa “coisa que cura” ou “recomendado para cura”.

Os remédios antitruste constituem importante sinalização das melhores práticas concorrenciais à luz das concepções de controle existentes e do arcabouço normativo e semântico da Constituição. É relevante, então, desmistificar eventual percepção de que a presença do Estado seria sempre ruim e também enfatizar que a completa ausência de Estado é indesejada – ou até mesmo impossível.

Saliente-se que há uma relação de interdependência entre Estado e mercados à luz das hierarquias estabelecidas entre os atores econômicos<sup>4</sup>, uma vez que a instituição estatal define o ambiente em que os custos de transação operarão, ainda que diante de variáveis acepções políticas de Estado e de seu papel na economia. Estado e particular estão ora em polos opostos de uma relação negocial, ora do mesmo lado. O Estado-empresário concorre com o particular e está submetido às suas próprias regras na qualidade de Estado-regulador enquanto o particular demanda ao Estado-regulador direitos de propriedade mais bem definidos para fazer frente ao Estado-empresário, por exemplo. As fronteiras entre esses dois atores se tornam mais confusas e nubladas quando ambos exercem as mesmas tarefas, especialmente quando o Estado é efetivo fornecedor de bens e serviços ou quando o particular cumpre função fiscalizadora que lhe foi confiada pelo Estado.

É nessa redefinição dos direitos de propriedade que os remédios antitruste têm condição de corrigir falhas de mercado e, sobretudo, de impedir a perpetuação de efeitos

---

<sup>4</sup> A constante interação entre Estado e particulares em prol do desenho de mercados e de relações econômicas mais benéficas à sociedade inclui a elaboração e a implementação de remédios, o que desencadeia inúmeros ciclos de ação e reação. Há, por isso, um *loop* infundável na *rolling relation* entre leis e mercados, seja para derrubar ou criar novos incentivos econômicos, seja para lançar ou recusar normas jurídicas (MILHAPUT; PISTOR, 2008, p. 28). Quando governos e mercados interagem, surge então um arco-íris de perspectivas que demandam e dificultam uma escolha institucional (SOKOL, 2007), sem esquecer que os esforços do Estado são voltados para searas mais significantes e em que há maior chance de que a ação governamental faça alguma diferença significativa dada a imitação inerente a governos e mercados (STIGLITZ, 1999, p. 10). Em outras palavras, as relações do Estado com os particulares não são isoladas nem isoláveis, pois o quadro jurídico imposto pelo Estado não pode ser dissociado do mundo econômico em que vivem os atores. Existe uma relação de promiscuidade entre a autonomia privada e o Estado a partir de um suporte mútuo e da necessidade de coexistência entre tais atores para que seus respectivos papéis sejam desempenhados. Em cenários socioeconômicos, que são naturalmente complexos, o particular se alia ao Estado para reduzir as incertezas de sua atuação e embutir nessa relação uma garantia de sucesso empresarial:

“Existem países cujas condições institucionais são hostis e voláteis: regras do jogo que mudam a toda hora, novos governantes surgindo e criando uma série de dificuldades, custos diversos para acessar a burocracia estatal e abrir novos empreendimentos. Nesse caso, relações com o governo seriam uma forma de se proteger de um cenário incerto e desfavorável; sem tais relações, simplesmente fica impossível ou excessivamente custoso tentar fazer qualquer tipo de negócio. Há, também, o argumento de que canais cooperativos entre empresas e governo podem facilitar a compreensão das reais dificuldades do setor privado e favorecer o desenho de políticas públicas que efetivamente lidem com problemas prementes e impulsionem investimentos produtivos complementares” (LAZZARINI, 2011, p. 6).

anticompetitivos causados por agentes que desobedecem as regras definidas pela sociedade e seu respectivo ordenamento jurídico. E aqui entra a oscilação histórica da sociedade, ora demandando por mais regulação, ora demandando por menos regulação: à medida que os países intensificam sua industrialização, intensifica também a demanda por regras; aliás, por novas regras que sejam aplicáveis a esse novo contexto a fim de constituir e preservar o modo de produção, para complementar o mercado, para substituir o mercado ou para compensar disfunções do processo de acumulação capitalista<sup>5</sup>.

Os Estados acabam tendo por foco a solução de crises por meio de inovação na regulação ao mesmo tempo em que os agentes do mercado têm de observar com o rol de leis e práticas já existentes para lidar com a mesma crise<sup>6</sup>. Nesse passo, a montanha-russa com o

---

<sup>5</sup> “Assim, o Estado tem de cumprir funções que não se pode explicar mediante a invocação das premissas da existência contínua do modo de produção, nem deduzir-se do movimento imanente do capital. Daí a identificação de quatro categorias de atividade estatal. A fim de *constituir* e *preservar* o modo de produção, certas premissas de existência contínua não de ser realizadas (o Estado garante o sistema de direito civil, com as instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar; protege o sistema de mercado contra efeitos secundários autodestrutíveis – jornada especial de trabalho, legislação antitruste, estabilização do sistema monetário, etc.; assegura as premissas da produção dentro da economia global – tais como educação, transportes e comunicações; promove a capacidade da economia nacional para competir internacionalmente – política comercial e aduaneira, v.g. – e se reproduz mediante a conservação da integridade nacional, no exterior com meios militares e, no interior, mediante a eliminação paramilitar dos inimigos do sistema). Para *complementar* o mercado, o sistema jurídico é adequado a novas formas de organização empresarial, de concorrência e de financiamento (por exemplo, através da criação de novas instituições no direito bancário e empresarial e da manipulação do sistema fiscal), sem, porém, conturbar a dinâmica do processo de acumulação. Tendo em vista a *substituição* do mercado, em reação frente a debilidade das forças motrizes econômicas, reativa a fluência do processo de acumulação, que já não resta, então, abandonado a sua própria dinâmica, criando novas situações econômicas (seja proporcionando ou melhorando possibilidades de inversão – demanda estatal de bens de uso improdutivo –, seja através da criação de novas formas de produzir mais-valia – organização estatal do progresso técnico-científico, qualificação profissional dos trabalhadores etc.); aí a afetação do princípio da organização da sociedade, como o demonstra o surgimento de um setor público estranho ao sistema. Finalmente, *compensa* disfunções do processo de acumulação, que se manifestam no seio de certas parcelas do capital, da classe operária ou de outros grupos organizados, produtoras de reações que se procuram impor pelas vias políticas (aí o Estado, por um lado, assume efeitos externos da economia privada – v.g., danos ecológicos; assegura, através de políticas estruturais, a capacidade de sobrevivência de setores ameaçados – v.g., mineração e economia agrícola; de outro lado, implementa regulações e intervenções reclamadas pelos sindicatos e pelos partidos reformistas, tendo em vista a melhoria da situação social dos trabalhadores – os “gastos sociais” e o “consumo social”). Estas duas últimas modalidades de atuação – *substitutiva* e *compensatória* – são típicas do capitalismo organizado” (GRAU, 2010, pp. 18-19).

<sup>6</sup> “Quando uma indústria é regulada, a performance da indústria em termos de eficiências alocativa e produtiva é codeterminada por forças de mercado e processos administrativos. Mesmo que a indústria assim o queira, um governo não pode regular toda decisão até porque é fisicamente impossível para o governo monitorar perfeitamente firmas e consumidores. Por isso, as forças de mercado são esperadas a cumprir um papel significativo a despeito do grau de intervenção governamental. Por exemplo, em termos de regulação de linhas aéreas, o preço é controlado pelo governo, mas não a qualidade do serviço, e isso induziu as firmas a trocar o padrão de concorrência da dimensão preço para a dimensão qualidade. Mesmo em uma economia controlada pelo governo como a ex-União Soviética, as forças de mercado estavam ativas. Embora produção e preço fossem estabelecidos pelo Estado, o preço (efetivo) das compensações de mercado era estabelecido no mercado. Se um bem estava em falta, as pessoas esperariam por ele em uma fila. O preço efetivo para elas era o preço pago pelo

cume em “mais Estado” e o vale em “menos Estado” sempre fará parte da história da humanidade enquanto houver transações entre indivíduos (FLIGSTEIN, 2001, pp. 40-41).

Os remédios apresentam-se como uma das formas pelas quais o Estado intervém na economia, atuando na lacuna de incapacidade dos particulares em lidar com falhas competitivas<sup>7</sup>. Quando esse instituto é aplicado, a autoridade busca restaurar o momento mercadológico anterior ao ilícito – quando esse momento, por óbvio, é competitivo -, ou seja, a ideia da imposição desses remédios é trazer de volta a competição ora corrompida, o que é corroborado pela doutrina:

Os “remédios” antitruste, assim compreendidos os instrumentos previstos em lei para a obtenção do valor da preservação da livre concorrência, dentro desse contexto, devem ser classificados como formas de intervenção do Estado no domínio econômico, ou de ação estatal no mercado, na modalidade indireta. Sua existência, seus limites e seus objetivos, contudo, para serem legítimos, devem fiel observância às normas da Constituição Econômica de 1988.

Os “remédios” antitruste, tais como os conhecimentos “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*<sup>8</sup> (OLIVEIRA, 2011).

Os remédios são um tipo de intervenção indireta na economia sob o viés regulatório: eles têm por essência a disciplina, a indução de comportamentos e, ao mesmo tempo, a eliminação de prejuízos à concorrência<sup>9</sup>. Podem ser negociados com a parte investigada ou

---

Estado mais o valor do tempo gasto na fila. Em equilíbrio, as pessoas ficam na fila até o preço efetivo abrir o mercado” (VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON, 2005, p. 357, tradução livre).

<sup>7</sup> “A adoção e a implementação do direito e da política concorrenciais são iniciativas governamentais destinadas à proteção do processo competitivo em um determinado território com o propósito último de alcançar certos objetivos e metas, como a proteção do bem-estar do consumidor, o progresso econômico ou o interesse público. Para alcançar esses objetivos, a maioria das jurisdições tem optado pela abordagem da escolha pública, i.e., da proteção da concorrência pela utilização de leis públicas. Essa intervenção do Estado no processo competitivo surgiu da incapacidade das forças privadas de sustentar a concorrência e prevenir práticas anticompetitivas. Assim, na prática, na maioria das jurisdições em que as disposições legais concorrenciais foram implementadas, essas são aplicadas principalmente pelas autoridades públicas responsáveis pela aplicação das regras antitruste; essa imposição é normalmente conhecida como *enforcement* público do direito da concorrência” (JEREZ, 2015, pp. 73-74, tradução livre).

<sup>8</sup> Com destaques no original.

<sup>9</sup> Há uma vertente da doutrina que considera remédio cada instrumento de política de defesa da concorrência. De acordo com essa vertente, haveria cinco tipos de remédios: (i) punição criminal, (ii) multa civil, (iii) *disgorgement*, (iv) responsabilidade civil e (v) injunção proibitiva ou ordem de cessação de conduta (AREEDA; HOVENKAMP, 1978, §303a). Sob essa vertente, cada ferramenta seria aplicável a depende da gravidade da prática ilícita e da própria identidade do autor. Ocorre que esse é outra classificação de remédios que geralmente

exigidos unilateralmente pelo Cade em decisões condenatórias. Em qualquer dos casos, é um instrumento corretivo e restaurativo que não é vinculado conceitual ou processualmente à multa por não ter a funcionalidade de uma pena na esfera repressiva<sup>10</sup>. Eles emergem da conveniência e oportunidade do Cade em eleger um determinado caso para remédios, os quais são aplicados excepcionalmente e em situações de flagrante gravidade ou exigência do interesse público geral.

Nesse contexto, há muitos aspectos que relacionam a disciplina antitruste de maneira indissociável com a regulação, a qual parte da premissa de que são as regras que ordenam e organizam a sociedade de forma que o caos não dela tome conta. As regras inicialmente fixadas permitem que os agentes conheçam o funcionamento do jogo e atuem da forma que lhe for mais favorável<sup>11</sup>. Elas ditam o que é permitido e o que é proibido, além de possibilidades de intervenção do Estado assim que surgem novos problemas. Quando as instituições encabeçam esse regramento, admite-se que os agentes, ainda que novatos, possam resolver seus próprios problemas. E o Estado deixa de ser ator principal e passa eventualmente a ser um ator coadjuvante na economia (FLIGSTEIN, 2001, p. 40).

O papel social do Estado em ditar regras cogentes e vinculativas confere-lhe protagonismo na compreensão dessas relações e suscita ponto bastante relevante no debate: a capacidade do direito de fabricar e preservar o mercado<sup>12</sup>. O Estado como importante força econômica define algumas das regras utilizadas pelos agentes no seu dia-a-dia, inclusive no que tange à atuação nos chamados “livres mercados” (FLIGSTEIN, 1990, p. 8).

Os mercados também são instituições, sob o ponto de vista jurídico, social ou político. Os mercados, por natureza, não são espontâneos (GRAU, 2010, pp. 27-28): a proteção normativa conferida ao mercado visa a assegurar espaços regrados em igualdade de

---

é feita por sistemas jurídicos cujas perseguições criminal, civil e administrativa ficam a cargo de uma única autoridade, o que não ocorre no Brasil. Logo, não será essa a tipologia aqui adotada.

<sup>10</sup> Como restauração aqui e em todo o trabalho, leia-se a restauração do processo competitivo: se não houver um contexto competitivo prévio à conduta, prevalecerá a criatividade do intérprete do direito em pensar em uma solução corretiva e viável para um mercado que nunca soube o que é concorrência.

<sup>11</sup> “Daí, na dicção de Antonio Baldassarre, por que a exigência de um sistema de normas jurídicas uniformes e de um sistema de decisões políticas integrado em relação a determinado território é essencial para o funcionamento e o desenvolvimento dos mercados, ou, de modo mais geral, da sociedade civil, isto é, da coletividade que participa da distribuição dos bens e das oportunidades que nascem dos mercados” (GRAU, 2010, p. 29).

<sup>12</sup> “No sistema capitalista, é o mercado o grande responsável pela orientação do emprego dos recursos produtivos. Sob esse prisma, o mercado é tido como um sistema: um único e grande espaço econômico onde se realizam as trocas de toda a sociedade e onde são ofertadas e procuradas as mais diversas espécies de produtos” (BRUNA, 2001b, p. 75).

condições a fim de que os agentes econômicos gozem do direito de igualdade para o exercício de sua livre iniciativa constitucional:

A regulação não é um método de alcance da competição onde ela não exista, mas uma demanda inafastável derivada da constatação de que o próprio Direito criou seres imortais que desequilibram as relações humanas de acumulação de capital, técnica e vantagens competitivas, exigindo, portanto, a regulação *por princípio*; não por consequência de deficiência do meio concorrencial. Deficiente ele já o é *por sua natureza*.

Para além dessa constatação de centralidade do direito à igualdade para a regulação, o ser humano somente será livre para o exercício de sua criatividade e uso de atributos de relacionamento humano quando o meio de campo inicialmente desvirtuado – ou instrumentalizado pela própria existência das regras jurídicas – for conjunturalmente ajustado perante a mutação normativa natural à qualquer sociedade política. Sem o acompanhamento conjuntural da realidade operada pelo direito regulatório, o Direito transforma-se em uma instituição indomada capaz de servir a fins não previstos em sua conformação teleológica: a sua finalidade de processo de preservação da convivência social (ARANHA, 2014, pp. 8-9).

Em outras palavras, a igualdade de condições concorrenciais a particulares é intermediada pelo Estado, que demandam regras para equilibrar e reequilibrar relações originalmente desiguais e descompensadas por relações de poder arraigadas no mercado. Essas regras asseguram a tomada de decisões independente do ator econômico e, portanto, fomentam a disputa por espaços no mercado entre quem nele está. A intervenção do Estado não se põe a controlar a economia, mas se destina a garantir que as vontades de cada agente econômico sejam respeitadas no âmbito de suas respectivas liberdades:

A tomada autônoma de decisões é chave. A participação nas trocas é voluntária; tanto comprador quanto vendedor são capazes de vetar qualquer transação. Eles são entidades separadas. Ao controlar seus próprios recursos, os participantes de um mercado, ao decidir sobre como esses recursos serão utilizados, não são obrigados a seguir as ordens dos outros. Eles são livres para tomar decisões – comprar, vender, esforçar-se, investir – que refletem suas próprias preferências. Não obstante, suas escolhas não são completamente livres: elas estão restritas à extensão de seus recursos e às regras do mercado.

Se falta autonomia às pessoas, então suas transações, por definição, não são transações de mercado. Onde existe uma relação de autoridade – uma parte é responsável pela outra ou uma autoridade superior está responsável pelas duas partes – então qualquer transação é de alguma outra categoria que não a de transações de mercado (MCMILLAN, 2002, cap. 1, tradução livre).

Tais relações são derivadas das hierarquias de mercado aptas a estabelecer camadas de dominação na disputa por espaço econômico. Essa relação de dominação em si não é necessariamente ruim, porém o abuso no exercício desse poder é que pode trazer efeitos nefastos à sociedade. O que se busca resguardar no ambiente democrático não são as preferências ou os resultados das regras em si, mas o processo de formação das regras e o

afastamento de posturas autoritárias fundadas em posições de mercado (SUNSTEIN, 1997, p. 20). Eis então a principal preocupação da política antitruste: a arbitrariedade na formulação e manipulação das regras de mercado que têm o potencial de prejudicar o consumidor.

A discussão sobre a ingerência governamental na economia não é nova e nem exclusiva do tópico de remédios. Durante o século XIX, a intervenção do Estado no domínio foi controversa dada a premissa do autoequilíbrio dos mercados por meio da interação das forças de oferta e demanda e do legado do *laissez-faire*<sup>13</sup>. Com o passar do tempo, viu-se que as arenas não eram capazes de fornecer a infraestrutura de regras e garantias suficientes para esclarecer como os direitos de propriedade seriam exercidos e repartidos sem o impulso do Estado e que esse equilíbrio não seria alcançado sem algum “empurrão” externo<sup>14</sup>. Aliás, a própria definição de “livre mercado” pode ser efêmera porque ela tem mudado ao longo do tempo a depender de diversas variáveis sociais e posturas do Estado em face do particular<sup>15</sup>. Mais ainda, viu-se que os mercados são falhos e não são milagrosos<sup>16</sup>. Esse é o pano de fundo

---

<sup>13</sup> “O mito do *laissez-faire*. A noção de ‘laissez-faire’ é uma descrição equivocada e grotesca do que o livre mercado realmente precisa e implica. Livres mercados dependem do direito para sua própria existência. Não podemos ter um sistema de propriedade privada sem regras legais, dizendo às pessoas quem possui o quê, impondo sanções por abuso e dizendo quem pode fazer o que a quem. Sem o direito dos contratos, a liberdade de contratar, como a conhecemos e vivenciamos, seria impossível (pessoas na Europa Oriental estão aprendendo essa lição muito bem). Ademais, o direito que fundamenta livres mercados é coercitivo no sentido de que, além de viabilizar transações individuais, também impede pessoas de realizarem diversas coisas que gostariam de fazer. Esse ponto não é de maneira alguma uma crítica aos livres mercados. Mas sugere que mercados deveriam ser entendidos como uma construção legal, ser avaliados com base na promoção ou não de interesses humanos, não como parte da natureza ou da ordem natural, ou como uma maneira simples de promover interações voluntárias” (SUNSTEIN, 1997, p. 5, tradução livre).

<sup>14</sup> “Com efeito, a simples instituição do modelo de mercado já exige uma estrutura legal coercitiva mínima, a fim de assegurar a propriedade, a vida e o cumprimento dos contratos. Mais do que isso, como já apontava Weber, uma ordem jurídica racional é imprescindível para garantir a segurança e a previsibilidade necessárias para a atividade econômica, bem como para a distribuição regular e coordenada de bens e de serviços, dentre outras funções.

A experiência histórica mostra, por igual, que o direito foi fundamental para a economia no século XIX, tendo o importante papel de oferecer toda a infraestrutura jurídica imprescindível para a atividade econômica. Segundo Ripert, tanto o capitalismo dependia do direito que pediu o próprio direito – o Direito Comercial –, com todos os instrumentos necessários para o desenvolvimento da atividade econômica, tais como sociedades comerciais, os títulos de crédito, dentre inúmeros outros” (FRAZÃO, 2017, pp. 75-76).

<sup>15</sup> “O Estado é uma força importante na economia em várias formas. Ele define as regras pelas quais as ações na economia são tomadas. Uma coisa é dizer que se é favorável aos livres mercados e outra coisa é definir, de fato, o que é um livre mercado. Essa definição tem mudado ao longo do tempo e a disputa tem primariamente se instalado entre firmas e Estado. Leis referentes a incorporação, antitruste e regulação de indústrias são importantes aspectos das definições do Estado. O Estado também afeta a economia ao consumir produtos, intervir no ciclo de negócios e prover a redistribuição de receitas por meio de tributação e gastos sociais” (FLIGSTEIN, 1990, p. 8).

<sup>16</sup> “Entregues a si próprios, os mercados podem falhar. Para entregar todos os seus benefícios, eles precisam de apoio de uma série de regras, costumes e instituições. Eles não podem operar eficientemente no vácuo. Se as regras do jogo de mercado são inadequadas, tal como comumente o são, é difícil e demorado para estabelecê-las corretamente. Em detrimento de seus cidadãos, muitos países não tem sido capazes dessa tarefa.

para se refletir sobre qual seria o limite da ingerência estatal, especialmente pela via da regulação, e a “quantidade” de Estado que deve incidir na economia:

Tem-se afirmado que ao Estado, até o momento neoconcorrencial ou intervencionista – qualquer que seja o vocábulo ou expressão que se adote para designar a mudança de regime que marca, no sistema capitalista, a passagem do século XIX para o século XX – estava atribuída, fundamentalmente, a função de produção do direito e segurança. Para referir, em largos traços, o regime anterior, poderíamos afirmar, singelamente, que não se admitia interferisse o Estado na “ordem natural” da economia, ainda que lhe incumbisse a defesa da propriedade. Essa concepção porta em si a pressuposição de que ambos, Estado e sociedade, existissem separadamente um do outro, o que não é correto (GRAU, 2010, p. 16).

Depois da grande crise mundial de 1929 e, com mais intensidade, da crise financeira de 2008, a demanda por mais regulação se difundiu globalmente a partir da desconfiança de que os mercados conseguiriam naturalmente alcançar a eficiência econômica (SANDEL, 2016, cap. 1): o Estado passou a ser visto como o detentor das soluções para as crises. Nesse panorama, passou-se a superar a crença de que seria o Estado o responsável por estabilizar o nível de atividade econômica e aliviar os efeitos nocivos da crise (CROLEY, 2008, p. 3). O dirigismo estatal ganhou espaço, especialmente no campo da regulação no tocante a preservar e conduzir o mercado, e assumiu ao mesmo tempo vários papéis na economia, entre eles o de empresário e o de regulador (FORGIONI, 2016, pp. 77-80).

Tal dirigismo tem supedâneo em regras, muitas delas fornecidas pelo Estado-regulador. As regras, por sua vez, são capazes de promover uma linguagem jurídica específica e criativa, repercutindo no mundo jurídico pela via da regulação: “é o direito que constrói a estrada e a disciplina do comércio e introduz critérios de obediência e de uniformidade, sem o que seria impossível a integração entre os agentes econômicos” (FRAZÃO, 2017, p. 77). E essa criação é tipicamente feita pela lei aprovada pelo Poder Legislativo, nos termos de um rito específico e democrático.

Acontece que as regras que o mercado demanda nem sempre esperam essa morosidade legislativa e tampouco demandam tal formalidade: ele é capaz rapidamente de seguir e se adaptar a alterações de regras, ainda que elas sejam consolidadas em meras

---

Os mercados não são milagrosos. Há problemas que eles não conseguem endereçar. Se sua plataforma é frágil, eles não conseguem nem resolver os problemas que se espera que eles resolvam. Vistos como ferramentas, os mercados não precisam ser venerados ou insultados – apenas precisam ter permissão para operar quando eles são úteis” (MCMILLAN, 2002, cap. 1, tradução livre).

sinalizações<sup>17</sup>. As regras são capazes de orientar comportamentos, mas eles nem sempre dependem de algum tipo de rigor formal para serem redirecionados.

A criação de direito é um ponto interessante à regulação estatal pela capacidade de trazer à realidade novas regras a todo momento. Tal criação é comumente realizada por meio da edição de leis pelo Poder Legislativo ou de outros instrumentos congêneres pelo Poder Executivo, os quais possuem coerção intrínseca a partir do pressuposto de que todos os cidadãos devem seguir a lei. Em outras palavras, a formalidade da criação do direito pela via legislativa é um conhecido canal de produção de regras.

O que nem sempre se enfatiza é que essa criação de direito pode ocorrer também por meio de decisão, a qual cria uma norma para um caso concreto. A lei busca uma regulação abstrata da vida cotidiana e, nesse sentido, tenta antever eventuais comportamentos reprováveis para proibi-los, direcionando o comportamento dos indivíduos. Já a decisão cria a norma para o caso concreto e sinaliza ao interessado o comportamento tido como socialmente aceitável, o que é feito essencialmente pelos remédios quando se trata de defesa da concorrência. Só que a decisão pode ter o condão de emitir sinalizações também a outros agentes externos ao caso concreto, servindo como “exemplo” a ser seguido ou a deixar de ser seguido.

Por isso, discutir a regulação aqui não é discutir o processo pelo qual uma norma disciplinadora de mercados é criada. Discutir regulação aqui é entender como é possível intervir positivamente na economia de forma mais célere, eficiente e construtiva, sem depender de articulações políticas no Legislativo que duram quase uma década (e sujeitas eventualmente à captura).

O debate regulatório é aqui importante para evidenciar que o quadro normativo não é ditado apenas por leis, pois o próprio mercado poderá criá-las e demandar que o Estado as cunhe com menos formalismos e mais possibilidades de adaptação e retroalimentação:

---

<sup>17</sup> “Eu escolho esse tópico de participações de mercado para ilustrar minha análise de mercados, porque me parece um dos mais importantes e controversos aspectos da presente ciência social compreendendo mercados de produção (...). Mercados observados quase que inteiramente escapam do entendimento computacional da teoria microeconômica existente (...), a despeito de uma variedade de dispositivos da teoria e do que é observado estar em harmonia. O direito, particularmente o direito antitruste, aparenta definir os conceitos mais que a teoria microeconômica define (...)” (WHITE, 1981, tradução livre).

O poder econômico sofre, direta ou indiretamente, a incidência de várias formas de regulação jurídica. Dentre vários exemplos possíveis, pode-se citar o direito societário, como será visto oportunamente na presente obra, ou as taxações impostas pelo direito tributário. Contudo, é o direito econômico e, mais especificamente, as normas de direito da concorrência que possuem como finalidade direta e central regular o poder econômico, no sentido de poder de mercado anteriormente conceituado (RODRIGUES, 2016a, p. 53).

Apesar da superveniência disciplinadora<sup>18</sup>, o Estado não é mero expectador, reitera-se: ele coordena as políticas públicas e realiza intervenções indiretas, estabelecendo e retroalimentando a relação de interdependência entre Estados e mercados:

Como diferencial dos dois modelos ideais de Estado liberal e de Estado social, encontra-se o chamado Estado regulador, que se define pela proeminência não da interferência direta para promoção do desenvolvimento econômico social, nem mesmo da não intervenção para dinamização do mercado, mas pelo papel de coordenação, de gerenciamento, de controle, de intervenção indireta, ou sinteticamente, de regulação estatal, entendendo-se esta última como resultado da compreensão do Estado e do mercado não mais como entes estanques ou antípodas, mas como fenômenos interdependentes e essenciais a consolidação dos direitos fundamentais (ARANHA, 2014, p. 63).

Por um lado, caso se adotem conceitos mais abertos de regulação econômica<sup>19</sup> e de regulação jurídica<sup>20</sup>, a atividade do Cade seria inegavelmente regulatória. Por outro lado, vista a regulação como um elemento de coerência e correção de contradições internas (ARANHA, 2014, p. 23) ou como o poder estatal para restringir decisões de atores econômicos (VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON, 2005, p. 357), há que se perquirir a finalidade da atuação da autoridade antitruste e se ela é capaz de lidar com as inconsistências de mercado que lhe são submetidas.

Além de preços, aspectos relacionados a controles de quantidade, de entradas, de saídas e de outras variáveis de mercado (v.g. qualidade de produto ou serviço, publicidade e investimento) também são objeto de ingerência regulatória em busca do utópico modelo

---

<sup>18</sup> A disciplina de comportamentos pode ser vista como uma forma de regulação, a despeito da autarquia responsável pela fiscalização da livre concorrência não deter o título formal de “agência reguladora”. O *nomen iuris* é irrelevante para a discussão, uma vez que a é o conteúdo da atividade é que define o ator como regulador. A decisão do Cade é também uma norma jurídica exigível e cuja eficácia é assegurada por sanção externa e institucionalizada (BOBBIO, 2001, pp. 72-73; 120; 160-161 e 166-170) que é verificável nos arts. 36 e 37 da Lei 12.529/11.

<sup>19</sup> “Conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada do Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado” (DI PIETRO, 2003); “Regulação econômica geralmente se refere a restrições impostas por governos em decisões de firmas sobre preço, quantidade e entrada e saída. Regulação econômica é contrastada com a regulação social” (VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON, 2005, p. 357, tradução livre).

<sup>20</sup> “Conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público” (DI PIETRO, 2003).

competitivo perfeito (VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON, 2005, pp. 2-3 e 358-362). E todos esses aspectos corroboram a imprescindibilidade de se discutir uma atuação estatal via remédios antitruste, conforme previsão exemplificativa do art. 38 da Lei 12.529/11.

E a necessidade de proteção da competição é um fundamento da regulação (ARANHA, 2014, p. 7), de sorte que não há que se falar na defesa da concorrência sem se falar em regulação. E não há que se falar em defesa da concorrência sem proteção ao consumidor, finalidade última da política antitruste. Mais ainda, não há que se falar em direito do consumidor sem as lentes constitucionais que permeiam a intervenção do Estado e que justificam sua razão de existir no campo da preservação da competição. Se a economia funcionasse perfeitamente e as informações fossem perfeitamente transacionadas entre os indivíduos, haveria pouca ou nenhuma necessidade de formulação de políticas de defesa da concorrência ou de qualquer esforço regulatório estatal.

Os remédios são uma intervenção regulatória necessária também sob o ponto de vista da compatibilização da atividade empresarial com o valor social da livre iniciativa inscrito na Constituição. O art. 170 da Carta Maior eleva a defesa da concorrência a fundamento da ordem econômica – e não como liberdade anárquica<sup>21</sup> – sobre o qual a legislação ordinária não pode se opor. Por sua vez, medidas não pecuniárias retomam a harmonia entre defesa da concorrência e livre iniciativa:

Importa registrar que a repressão aos abusos do poder econômico não se inclui entre as modalidades de intervenção estatal que representam restrições às mencionadas liberdades. Com efeito, a atividade *antitruste* do Estado visa justamente à preservação da livre concorrência e, conseqüentemente, da livre iniciativa. Não se trata, pois, de restringir a liberdade daquele que abusa de seu poder econômico, já que ninguém tem liberdade para abusar. Em caso de abuso, a atividade do agente econômico terá ido além dos limites de suas liberdades. Vê-se que não há restrição de liberdade, mas sim restauração da liberdade dos demais agentes do mercado, violada pelos atos abusivos.

Assim, por um lado, a liberdade de concorrência (e de iniciativa) é regra, mas o poder econômico é reconhecido como um dado estrutural, já que o que se coíbe é somente o abuso no seu exercício. O titular de tal liberdade será a empresa, a qual

---

<sup>21</sup> “Livre iniciativa e livre concorrência são, pois, princípios intimamente ligados. Ambos representam liberdades, não de caráter absoluto, mas liberdades regradas, condicionadas, entre outros, pelos imperativos de justiça social, de existência digna e de valorização do trabalho humano. Assim, o que a Constituição privilegia é o *valor social da livre iniciativa*, ou seja, o quanto ela pode expressar de socialmente valioso. Da mesma forma, a *livre concorrência* é erigida à condição de princípio da ordem econômica não como uma liberdade anárquica, mas sim em razão de seu valor social. A extensão de tais liberdades dependerá de sua análise conjugada com os demais objetivos e princípios, não só da ordem econômica mas da Constituição como um todo” (BRUNA, 2001b, p. 136).

também será a detentora do poder econômico que põe aquela liberdade em risco (BRUNA, 2001b, p. 137).

Esse tipo de polarização, contudo, não cabe nas melhores técnicas interpretativas, que lecionam que os princípios *magno*s nunca se chocam, mas se compatibilizam: a unidade de sentido inscrita na Constituição é premissa para a aplicação de regras de defesa da livre iniciativa e também da livre concorrência. A autonomia do particular, pois, não é ilimitada: é sim necessário preservar a livre iniciativa desde que ela não seja uma barreira à livre iniciativa do outro<sup>22</sup>, contexto em que a defesa da concorrência controla efeitos adversos e lança as necessárias diretrizes de compatibilização de direitos individuais em prol da coletividade. Nesse sentido:

Uma leitura apressada da Constituição poderia sugerir que esta procura conciliar princípios conflitantes, como a livre-iniciativa e a propriedade privada, de um lado, e a função social da propriedade e a justiça social, de outro. No entanto, o Estado Democrático de Direito traz em si uma unidade de sentido que permeia toda a Constituição e orienta a compreensão dos demais princípios: a dignidade da pessoa humana, o que se reforça pelos princípios fundamentais constantes dos arts. 1º e 3º.

É inequívoco que a livre-iniciativa, como manifestação da autonomia, da emancipação do homem e do desenvolvimento da personalidade, recebe a proteção constitucional em todos os seus desdobramentos. Entretanto, a atividade empresarial apenas é considerada legítima na medida em que o projeto do empresário é compatível com o igual direito dos outros empresários e, mais que isso, de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida, já que a dignidade da pessoa humana decorre da intersubjetividade dos direitos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios de justiça social (FRAZÃO, 2017, p. 47).

Diversas são as teorias para se caracterizar atos governamentais como regulação e que podem servir para embasar a conclusão de que a ação do Cade é nítida regulação, *ad hoc*

---

<sup>22</sup> “Trata-se, como se vê, de uma liberdade propriamente dita, e não de um direito subjetivo a determinada prestação de outrem, como afirma Fábio Konder Comparato, arrimado na doutrina francesa. Liberdade de iniciativa econômica é liberdade de acesso ao mercado, independentemente de qualquer ingerência estatal. Cada agente econômico é livre para empreender suas atividades produtivas, escolhendo-as e desenvolvendo-as livremente, sem a interferência do Estado. Todavia não se trata de uma liberdade de caráter absoluto, mas de uma liberdade regulamentada, ou seja, liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, que somente é legítima enquanto exercida no interesse da justiça social. Há, portanto, uma parcela da atividade econômica que é reservada preferencialmente aos particulares, na qual podem atuar livremente, limitados, porém, aos ditames da justiça social, estabelecidos em lei.

(...) Através desse princípio, garante-se não só 1) a liberdade de acesso ao mercado, mas também 2) a liberdade de permanência no mercado.

Sob o primeiro aspecto, a liberdade de iniciativa econômica é liberdade de indústria e comércio – ou seja, não ingerência do Estado no domínio econômico – e denota uma liberdade pública.

Por outro lado, como um corolário desse primeiro aspecto, a liberdade de iniciativa empresarial também expressa a liberdade de permanência no mercado, ou seja, a livre concorrência, ou ainda, em outras palavras, a liberdade de exercer a luta econômica sem a interferência do Estado, bem como sem outros obstáculos impostos pelos demais agentes econômicos privados. Vê-se, destarte, que a adoção entre nós do princípio da livre iniciativa bastaria para ter-se também por constitucionalmente protegida a livre concorrência, que é seu corolário” (BRUNA, 2001b, pp. 133-135).

e condizente com a política pública de defesa da concorrência<sup>23</sup>, visto que se entende que “o direito antitruste como técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre-concorrência” (FORGIONI, 2016, p. 85). E dentro dessa ação do Cade estão inseridos os remédios como um dos vários instrumentos que a autoridade utiliza para intervir no domínio econômico.

Entre as várias teorias da regulação existentes, destacam-se algumas a seguir. O que há de comum em todas elas é que, a seu modo, todas elas proporcionam fundamentos para reconhecer a atuação do Cade como regulatória.

A primeira posição a ser destacada é a de Posner com a clássica teoria do interesse público, a qual é por ele sintetizada em duas premissas essenciais: o baixo custo da regulação estatal e a caracterização dos mercados como frágeis e ineficientes. A partir delas, inferiu que a intervenção governamental seria uma simples resposta a demandas de correção de ineficiências remediáveis e palpáveis e de falta de equidade no funcionamento do livre mercado. Cada esquema regulatório buscava atacar uma determinada imperfeição de mercado, cuja existência justificava a própria intervenção, efetiva e sem custos (POSNER, 1974).

Quando se fala em custos, falta uma base inicial de comparação para se averiguar o que é ou não custoso em termos de regulação: afinal, algo só é “mais custoso” é analisado em

---

<sup>23</sup> Uma das teorias da regulação mais conhecidas é a teoria da escolha pública (ou da escolha racional). A acepção material dessa teoria em suas diversas versões preconizou que os indivíduos agem para promover seus próprios interesses por meio de uma relação de troca entre representantes eleitos, grupos de interesse e reguladores, com a racionalidade como pilar para a conformação dos comportamentos dos agentes econômicos para coibir falhas de mercado (ARANHA, 2014, p. 31; WITTMAN, 2009). A versão principal da escolha pública é atribuída a Duncan Black em 1948, com versões posteriores aperfeiçoadas por Kenneth Arrow em 1950, por Buchanan e Tullock em 1962 e Mancur Olson em 1965 (MUELLER, 2004; ROWLEY, 2004). Nela, os grupos de pressão como meios de redução de custos de ação coletiva trabalhariam para que seus objetivos constem de normas jurídicas pelo Poder Legislativo por meio do mecanismo do voto. Tendo em vista a especificidade da formulação para o direito positivado pela via do voto parlamentar e a importância da metodologia econômica no estudo da política, entende-se que ela não é aplicável para a compreensão da regulação feita pelo Poder Executivo, uma vez que o procedimento de formulação dessa regulação é específico para a compreensão de como é formada a votação majoritária, cuja atribuição não pertence ao Cade. A teoria da regulação econômica, por sua vez, é mais recente em que Stigler explicou como a arquitetura de mercados é influenciada pelo poder coercitivo do Estado e pela racionalidade da maximização da utilidade pelo indivíduo (VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON, 2005, p. 381). A tese central é a de que a regulação é desenhada e operada para benefício da indústria e tenta explicar três pontos principais: quem recebe os benefícios ou o ônus da regulação, qual a forma a regulação deve tomar e os efeitos da regulação na alocação de recursos (STIGLER, 1971). Entretanto, ela também tem foco no processo decisório democrático, o que também não é atribuição do Cade.

face de algo “menos custoso”. E essa base inicial de comparação não parece ser provido pela mencionada teoria regulatória. Contudo, tal teoria tem elementos que reconheceriam o papel regulatório do Cade no que diz respeito ao desenho de remédios, cuja lógica basilar é a de que o mercado, por si só, não consegue retomar certo padrão concorrencial por conta da deterioração econômica causada por um ilícito antitruste. A teoria de Posner preconiza que a imperfeição do mercado não consegue ser conciliada pelo próprio mercado, que não detém e nem pode prover incentivos suficientes para causar um funcionamento menos viciado. Dada a incapacidade de cura do mal pelo próprio mercado, o Poder Público é chamado a intervir e trazer obrigações de fazer e não fazer capazes de ditar as novas regras do ambiente econômico.

A teoria jurídico-institucional da regulação (ou teoria administrativa da regulação ou teoria do processo administrativo regulatório), por sua vez, tem por base a garantia da lisura processual sob o ponto de vista administrativo e aborda a própria razão de ser do processo decisório. A autonomia da tomada de decisões é um ponto-chave e a principal consequência jurídica do fenômeno regulatório. A legitimação através do procedimento faz com que essa teoria esteja menos atrelada à substância regulada, porém assume a neutralidade do regulador, característica esta que lhe confere melhor posição de observar os fatos e afasta os interesses como centro da formação decisória (ARANHA, 2014, pp. 31-32).

Nesse ponto, o colegiado do Cade atende a esse conceito, já que dotado por lei de autonomia e independência. Além disso, a neutralidade seria consequência natural da transparência de suas decisões, necessariamente motivadas e cujo controle pode ser realizado pelos órgãos competentes e também diretamente pela sociedade. Os fundamentos de decidir seriam conhecidos por todos e não suscetíveis aos bastidores políticos habitados por grupos de interesse.

Já a regulação responsiva tem como mérito a disposição pessoal do regulado em cumprir regras e segundo a qual “a efetividade da regulação depende da criação de regras que incentivem o regulado a voluntariamente cumpri-las, mediante um ambiente regulatório de constante diálogo entre regulador e regulado” (ARANHA, 2014, p. 34). A espontaneidade é elemento central e está ligada à capacidade do Estado em conformar incentivos tais que induzam o indivíduo a cumprir a norma voluntariamente, causando impactos na estrutura de mercado e na motivação do regulado. Indústrias diferentes devem ser submetidas a graus de

regulação específicos e formas regulatórias também diferentes, o que já traz o principal elemento da produção de remédios a individualidade: cada pacote de remédios é destinado a um caso concreto e dificilmente é replicável *ipsis litteris* a outros casos.

A regulação responsiva idealizou escalonamentos de estímulos e sanções em “pirâmides”, priorizando o diálogo entre regulador e regulado e imprimindo às agências reguladoras o papel primordial de *enforcement* por meio de seus robustos instrumentos de exigibilidade de condutas (*big guns*)<sup>24</sup>. A hierarquia de respostas regulatórias, segundo tal teoria, é um requisito para promover a regulação do indivíduo por ele próprio sem deixar de lado um possível recurso a instrumentos sancionatórios de intensidade crescente e o segredo da efetividade da regulação estaria no equilíbrio entre persuasão e punição (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 25; BRAITHWAITE, 1985, p. 4; 35-40; 120).

---

<sup>24</sup> “Nesse capítulo, mostramos uma convergência entre uma análise de escolha racional do que funciona em garantir observância das leis regulatórias e algumas análises sociológicas que rejeitam as hipóteses do modelo de escolha racional. A convergência é sobre a eficácia da *enforcement*-regulação de retaliação (“olho por olho”, *tit-for-tat* - TFT) que é eventualmente provocável e perdoado. Com base nessa convergência, argumentamos que as agências reguladoras frequentemente são as mais capazes de assegurar a observância da lei quando são grandes armas inofensivas. Isto é, reguladores serão mais capazes de falar delicadamente quando carregam grandes armas (e crucialmente uma hierarquia de sanções mais brandas). Paradoxalmente, quanto mais e maiores as varas, mais elevado o sucesso que os reguladores alcançarão por falar delicadamente.

Defendemos o princípio da suficiência mínima na implementação de maiores e menores armas: quanto mais as sanções puderem ficar no passado, quanto mais regulação puder ser negociada por persuasão moral, mais efetiva a regulação será. As conclusões chave são derivadas da qualificação das hipóteses em que o comportamento regulatório das firmas é racional e unitário. Entre as reivindicações modernas alternativas estão as seguintes:

1. Para entender regulação, precisamos agregar firmas em associações industriais e desagregar firmas em subunidades corporativas, subunidades em atores individuais corporativos e indivíduos em seus múltiplos “eus”. Agências regulatórias avançam em seus objetivos em jogos em cada um desses níveis de agregação por jogadas em jogos em outros níveis de agregação.

2. Alguns atores corporativos somente seguirão a lei se for economicamente racional para eles assim procederem; a maioria dos atores corporativos cumprirá a lei simplesmente porque é a lei; todos os atores corporativos são agrupamentos de obrigações contraditórias a valores sobre racionalidade econômica, vinculação à lei e responsabilidade empresarial. Executivos empresariais têm diferentes perfis de maximização de lucros e de vinculação à lei em momentos diferentes e em contextos diferentes em que os diferentes perfis prevalecem.

3. Uma estratégia baseada preponderantemente na persuasão e autorregulação será explorada quando atores estiverem motivados pela racionalidade econômica.

4. Uma estratégia baseada preponderantemente em punição comprometerá a boa vontade de atores quando eles estiverem motivados por um senso de responsabilidade.

5. Punição é caro; persuasão é barato. Uma estratégia baseada preponderantemente em punição desperdiça recursos em litigância que seriam mais bem empregados em monitoramento e persuasão. (Uma inspeção de minas altamente punitiva gastará mais tempo em tribunais que nas próprias minas).

6. Uma estratégia baseada preponderantemente em punição fomenta uma subcultura corporativa organizada de resistência à regulação em que métodos de resistência legal e de contra-ataque são incorporados na socialização industrial (Bardach and Kagan, 1982). *Enforcement* punitivo gera um jogo de pega-pega regulatório pelo qual as firmas desafiam o espírito da lei ao explorar lacunas e o Estado cria mais e mais regras para suprir tais lacunas” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, pp. 19-20, tradução livre).

Nesse terceiro corpo teórico, o Cade também pode ser visto como ente regulador no desenho de remédios quando busca os melhores incentivos para retomar o comportamento legal do infrator da forma mais proporcional e menos custosa possível, utilizando, quando possível, o diálogo com o regulado para que a intervenção seja cirúrgica, adequada, razoável e efetiva. Logo, a obtenção – ou a tentativa de obtenção – da aceitação voluntária da regra estatal também é uma característica dessa teoria que é incorporada na atividade do Cade quando do desenho de remédios antitruste. Esse esforço traz ainda o benefício adicional de produzir sinalização a agentes econômicos não envolvidos na investigação da conduta quando rotula um determinado tipo de comportamento como reprovável ou aceitável, bem como a medida dessa reprovabilidade ou aceitabilidade a depender do grau de intervenção necessária – a pirâmide se faz presente ao se avaliar a necessidade de uma intervenção mais incisiva ou mais branda.

A excepcionalidade da via dos remédios – em situações de gravidade e de interesse público geral – também traz o escalonamento exigido pela teoria, diferenciando casos triviais de casos que precisem de um *plus* advindo dos remédios, pois nem todas as condenações por infração antitruste exigem a aplicação de remédios. Ou seja, casos menos graves e de menor interesse público carecem de menos – ou nenhuma – intervenção que outros mais graves e de maior interesse público, conforme art. 38 da Lei 12.529/11. É esperada, então, uma maior utilização do poder de polícia nos casos legalmente enumerados enquanto casos com menos efeitos anticompetitivos são tratados com regras mais informais e com maior crença na sinalização exclusiva da multa. O escalonamento de incentivos faz parte da arquitetura dos remédios ao premiar o regulado mais colaborativo e ao implementar uma postura mais interventiva para indicar os comportamentos mais importantes para a observância da livre concorrência.

Em quarto lugar, o conceito de regulação como “tecnologia social de sanção aflitiva ou premial orientadora de setores relevantes via atividade contratual, ordenadora, gerencial ou fomentadora” (ARANHA, 2014, p. 25) envolve três elementos conceituais essenciais: (i) configuração de um projeto de direito público, considerando que a regulação é uma atuação de poder político; (ii) pertinência da regulação a um círculo que, ao mesmo tempo, fornece regras e se alimenta do resultado da aplicação dessas regras para produzir novas regras; (iii) alcance de um equilíbrio dinâmico entre os atores (ARANHA, 2014, p. 23).

E, novamente, a defesa da concorrência enquadra-se em todos os conceitos de regulação acima expostos por revelar, além da disciplina de comportamentos, uma política pública com atores previamente definidos e ativos e a evolução das decisões de acordo com o aprendizado ao longo do tempo. Tendo em vista que a dinâmica dos mercados aperfeiçoa as decisões futuras e a regulação não se queda indiferente a direitos políticos e sociais, o interesse geral é fundamental nas interações entre agentes de mercado e Poder Público: as concepções de controle são sempre atualizadas e renovadas.

Outro questionamento interessante é indicar quão limitado ou quão ativo o governo deve ser – ou seja, o quanto ele deve regular ou deixar de regular –, considerando as falhas de mercado existentes e as capacidades do Estado de resolvê-las (STIGLITZ, 1999, pp. 7-11). Em face dessa provocação, é prudente assumir que as mazelas econômicas da pós-modernidade não têm relação com a existência de “mais Estado” ou “menos Estado”, mas sim com os legados e as ferramentas disponíveis (SUNSTEIN, 2013, cap. 1, versão Kindle). O pluralismo decorrente do Estado Democrático de Direito erige preocupações que dificilmente se reduzem a uma resposta binária entre depender ou não depender da atividade do Estado, como se só essas duas opções fossem as disponíveis. A justiça nas relações de mercado passa sem dúvida pela absorção e aplicação de direitos constitucionais que a eficiência econômica dificilmente poderá quantificar ou aplicar nas práticas corporativas, formando nuances entre esses dois extremos.

São essas nuances jurídicas que trazem mais diversidade de ação e sentido à atuação do Estado, permitindo que se possam vislumbrar outras justificativas para a própria existência de mercados. As variações nos tortuosos caminhos da mencionada *rolling relation* permitem a abertura de um leque de possibilidades decisórias entre os extremos da regulação efusiva do Estado e do liberalismo perfeito das teorias políticas modernas:

A maioria dos mercados e dos ambientes em que operam agem dentro de um escopo substancial entre a “mão invisível” de Adam Smith e os planos quinquenais de Mao Tsé-tung. Os mercados diferem do planejamento central porque ninguém mais, além dos próprios participantes, determina quem vai receber o quê. E também diferem do *laissez-faire* porque os participantes entram no mercado sabendo que ele tem suas regras (ROTH, 2016, p. 17).

Mais Estado traz mais normas positivadas que enquadram as práticas dos cidadãos e das empresas no afã de alcançar objetivos políticos, sociais, morais e econômicos. E mais normas, mais regulação; mais regulação, mais complexidade. Essa intensificação do poder do

Estado no meio social suscita o dilema regulatório que transita entre resguardar contratos e direitos de propriedade e invadir a esfera privada de seus cidadãos. A desconfiança na capacidade dos governos de proteger propriedades torna-se, então, um ponto sensível na definição do comportamento dos administrados:

Cientistas sociais às vezes descrevem o dilema derivado do Estado de Direito nos seguintes termos: um governante forte o suficiente para aplicar contratos e proteger a propriedade privada também é forte o suficiente para tomar ações predatórias contra seus súditos. Se cidadãos não podem confiar em seu governo para manter as mãos fora de sua propriedade, é improvável que eles invistam o mesmo tanto, pelo menos em alguns tipos de propriedade. Investimentos em diamantes, joias e ouro ainda são comuns no mundo contemporâneo em países onde exatamente esse tipo de medo retrai investimentos em propriedades geradoras de riquezas. Falhas em resolver o dilema podem, portanto, não só impedir desenvolvimento econômico, mas estimular um comportamento contraprodutivo dos cidadãos do país (DAM, 2006, p. 78, tradução livre).

Pelo lado do indivíduo que exerce atividade empresarial, a firma desempenha importante papel quando o Estado é menos atuante. O silêncio estatal é muitas vezes interpretado como chancela ao mercado livre e à aceitação indiscriminada da liberdade de iniciativa em sua acepção mais ampla. São nesses momentos de “menos Estado” em que normalmente se reavalia o papel da firma e se repensa sobre as dimensões que a circundam diante da mão invisível *smithiana*.

Há regulação em tudo o que cerca o indivíduo e, seja sob quaisquer das teorias regulatórias antes expostas, o Cade exerce papel regulatório no âmbito de suas competências antitruste. Há nichos mais regulados e outros menos regulados, apesar de não ser possível admitir a regulação como “caixas” que contêm um setor de transporte aéreo, um setor nuclear, um setor de saúde ou um setor de distribuição de energia elétrica, por exemplo. A regulação é algo mais amplo, permeável e multidisciplinar, o que exige que as diferentes matérias sejam tratadas como microssistemas interdependentes e comunicantes, de forma que um complementa o outro para a consecução do interesse público, tal como pode ser depreendido da seguinte lição doutrinária:

Antitruste é uma forma de “regulação” – isto é, de intervenção soberana no mercado para forçar uma solução diferente daquela que a negociação privada irrestrita iria produzir. Visto dessa maneira, até mesmo propriedades, danos e regras de contrato estabelecidas no direito comum são formas de regulação.

Nessa perspectiva, que é fortemente influenciada pelo movimento de desregulação, toda a questão do envolvimento antitruste se torna muito mais particularizada em dois sentidos diferentes. Primeiro, a difusão do regime regulatório comum é relativamente desimportante. Segundo, geralmente não dividimos o território entre aspectos “regulados” e “não regulados” do comportamento de uma firma.

Preferivelmente, consideramos se a atividade é ou deveria ser “regulada pela agência” ou “regulada pelas leis antitruste”. O que realmente queremos saber é se a conduta sendo confrontada foi instigada por uma agência regulatória pública ou talvez aprovada após uma revisão completa do mérito; ou se a restrição impugnada resultou de condutas essencialmente não supervisionadas de uma firma privada. Se a última, quando deveria ser considerada como uma conduta de “mercado” e as leis antitruste deveriam ser aplicáveis presumidamente. Se a conduta privada questionada não foi “nem obrigada nem aprovada” pelo corpo regulatório, então qualquer reivindicação de imunidade antitruste é fortemente enfraquecida (HOVENKAMP, 2011, pp. 772-773, tradução livre).

E o reconhecimento do Cade como regulador é feito também pelo Judiciário brasileiro, independentemente do rótulo teórico a ele aplicado:

Para fins de controle judicial, deve ser equiparado o CADE às agências reguladoras. A independência regulatória conferida ao órgão e o grau de intervenção que poderá exercer sobre o respectivo setor recomendam que a tutela judicial seja eficazmente assegurada para preservação dos direitos fundamentais (Apelação Cível 5006908-93.2011.404.7100, 3ª Turma, j. 21/05/2014, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator Fernando Quadros da Silva).

A tendência do mercado de buscar constantemente a estabilidade das relações nele instauradas faz com que o próprio mercado se empenhe em ser uma arena cada vez menos conflituosa. Tal estabilização é lida aqui como a criação de estruturas de hierarquias capazes de conviverem entre si, de reproduzirem-se e de perpetuarem relações entre competidores em busca de concorrência (FLIGSTEIN, 2001, pp. 31 e 68-70). Quanto mais bem definidas as regras, os direitos e os deveres, menos situações controvertidas ou omissas surgem. Alguns agentes econômicos usam essa análise para ganhar posições; outros para encontrar posições que ainda não foram desbravadas; outros ainda decidem brigar por posições já consolidadas: essa é a “criatividade em mercados” (FLIGSTEIN, 2001) e a dinâmica na qual a concorrência se insere e que ilumina o presente trabalho.

Vale repetir que a regulação não é algo necessariamente ruim ou indesejado – afinal, os próprios agentes econômicos pedem por ela ao requerer, por exemplo, proteção patentária ao investimento em pesquisa e desenvolvimento ou ao solicitar certificação estatal para cursos de educação superior no intuito de reconhecer a qualidade do produto ofertado em detrimento de entradas oportunistas. Muitas das vezes a intervenção estatal é positiva e abre oportunidades para mais ganhos de formas que nem os mercados nem os atores econômicos fariam voluntariamente.

## 1.2 A Relação entre Direito e Economia

A regulação não é pautada somente para resolver ineficiências: existem questões políticas que forcem o regulador a assumir posições que não necessariamente tenham relação com o aumento de bem-estar ou com a elevação de lucros de determinado agente econômico. Alguns incidentes políticos, tal como o “ataque terrorista de 11 de setembro” nos Estados Unidos, exigiram respostas normativas que extrapolaram o conceito puro de eficiência para adentrar esferas múltiplas de interesse privado e social (VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON, 2005, p. 10). E nesse sentido, não há purismo econômico que seja capaz de afastar a necessidade de uma visão multidimensional e interdisciplinar do mercado e dos elementos que o circundam<sup>25</sup>.

O reconhecimento da insuficiência da teoria econômica para conferir a solução para todos os problemas de mercado é o primeiro passo para analisar a defesa da concorrência sob a lente da Constituição e rever a impermeabilidade do Estado a discussões puramente jurídicas ou puramente econômicas. Aliás, se a disciplina econômica – ou a jurídica – fosse separada do contexto e arrancada dos braços da interdisciplinaridade, a própria compreensão do cenário e dos fatos seria prejudicada. Os mercados são tão complexos que a utilização de uma única perspectiva não seria suficiente para entender suas nuances e sua razão de ser. É possível até que ele demore a ser plenamente compreendido, mesmo sob o manto concomitante de diversas disciplinas, porque o fenômeno das trocas entre seres humanos envolve elementos múltiplos e mutantes. No antitruste, o direito fica mais consequencialista e a economia fica mais normativa.

---

<sup>25</sup> “Na aprovação das leis antitruste, ‘o Congresso estava lidando com concorrência, a qual buscou proteger, e monopólio, o qual buscou prevenir’. Enquanto retoricamente tranquilizante, essa simples formulação é dificilmente autodefinida e oculta uma diversidade de possíveis objetivos.

De fato, existe ambiguidade no sentido de vários termos em questão. Quando leigos, incluindo alguns advogados, falam de “concorrência”, eles pensam em um mercado contendo muitas firmas – quanto mais numeroso, mais “competitivo” o mercado. Proteger a “concorrência” pode significar, então, preservar uma estrutura de mercado que permita que pequenas empresas entrem livremente e lucrem, mesmo que isso implique forçar firmas maiores a não competir incansavelmente para que as menores possam sobreviver. De fato, essa noção de “concorrência” pode preferir um regime de diversas firmas de custo elevado sobre um regime alternativo de menos, porém maiores e mais eficientes, firmas cobrando menores preços.

Em contrapartida, a ideia de “concorrência” do economista é mais relacionada à performance que ao mero número de rivais. Um economista pode dizer que a competição ótima corre quando as firmas em um mercado precificam sua produção no custo marginal e os custos são minimizados por eficiência interna, pesquisa e desenvolvimento e alcance de economias de escala ou de escopo. Para o economista, se todas as outras coisas estiverem iguais, a melhor medida concorrencial é um *output* equilibrado. Dessa maneira, um mercado com três vendedores, mas uma produção de 100 unidades por dia, é mais competitivo que um mercado com dez vendedores, mas com uma produção de somente 80 unidades por dia” (AREEDA; HOVENKAMP, 1978, §100a, tradução livre).

O Direito da Concorrência não se compadece com raciocínios de bipolaridade exclusiva. A contextualidade exige uma multipolaridade. Insistimos na posição segundo a qual a imbricação constante do Direito e da Economia não permite a adesão irrestrita à forma ou à matéria, renunciando à análise constante da realidade sempre mutável (FONSECA, 2017).

Os laços (LAZZARINI, 2011) entre os agentes – clientes, consumidores, produtores e governo – são importantes para a compreensão sobre como o mercado funciona e se estabiliza e sobre qual o papel e a reação de cada ator nesse contexto. A ampliação da discussão para fora das barreiras metodológicas da economia é urgente e indispensável às hierarquias estabelecidas entre tais agentes e a tecnicidade das discussões antitruste precisa ser desmistificada a fim de elucidar realidades cortinadas pela linguagem do mercado e dos operadores da defesa da concorrência.

Uma premissa importante é a de que os mercados não são polos de eficiência econômica; aliás, nem tudo precisa ser – e nem pode ser – um argumento de eficiência ou de ineficiência, em que pese a valorosa e útil contribuição das ciências econômicas para as discussões jurídicas. O pano de fundo aqui empregado é o de que mercados são arenas sociais que existem para a produção e venda de um produto ou serviço e são caracterizados por um compartilhamento repetido de bens entre os atores, o que deve ser guiado por regras e estruturas sociais. O conceito de mercado, então, tem um viés um pouco mais político porque a quantificação econômica geralmente não alcança regras não positivadas e nem consegue prever a constante mudança nas estruturas sociais, decorrente em boa parte de especificidades culturais e da mutabilidade em tempo real dessas estruturas (FLIGSTEIN, 2001, pp. 30-32).

A prática institucional fez a transição de um estado hermético de completa dissociação entre defesa da concorrência e Constituição para uma ingerência amistosa dos pressupostos constitucionais na vida e no funcionamento dos mercados. O consequencialismo puro e sem amarras no quadro legal é deixado de lado para priorizar o binômio efeitos e princípios fundamentais, realçando um indispensável equilíbrio entre disciplinas distintas na formação do quadro de repressão de abusos contra a ordem econômica (FRAZÃO, 2014).

A maximização da utilidade como único direcionador do comportamento do agente de mercado também parece estar com os dias contados diante da mudança de paradigma democrático de lucros estritamente privados para ganhos sociais ante os consectários da função social da propriedade em prol da justiça social e do interesse público:

A liberdade de iniciativa empresarial, portanto, porque inserida no contexto constitucional, há de ser exercitada não somente com vistas ao lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social – da melhor distribuição de renda – com a devida valorização do trabalho humano, como forma de assegurar a todos uma existência digna. Assim, o lucro não se legitima por ser mera decorrência da propriedade dos meios de produção, mas como prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresária, segundo as finalidades sociais estabelecidas em lei. A liberdade de iniciativa, destarte, mais do que uma garantia individual, passa a servir a uma *técnica de produção social*, dentro da qual se insere o sistema de mercado, cujos objetivos são juridicamente estabelecidos. Isso equivale a dizer que o estabelecimento de uma ordem econômica, que tem por objetivo a realização da justiça social, através da proteção do consumidor, da busca do pleno emprego, da redução das desigualdades sociais, entre outros, condiciona não só a ação do Estado, mas as ações de toda sociedade. Todos, inclusive os empresários, devem orientar suas atitudes com vistas à consecução de tais objetivos (BRUNA, 2001b, p. 141).

A análise empreendida unicamente com base em parâmetros de eficiência tem se revestido de ares políticos para ressaltar o papel estatal nesse contexto, seja o Estado como ditador dos rumos da atividade econômica, seja o Estado como coadjuvante e potencial influenciador diferenciado.

As relações políticas não são submetidas a análises de custo-benefício *per se*, sob pena de se desprezar o lado humano da análise antitruste e a unidade de sentido para a realidade que só a Constituição pode conferir. O paradigma de entender eficiências como centro dessas análises é ultrapassado e inadequado para fins de compreender a funcionalidade e as dimensões da atividade econômica. Além disso, para defender seus próprios interesses, muitas indústrias pediam – e pedem – uma atuação mais positiva do Estado a fim de preservar os direitos de propriedade até então conquistados (STIGLER, 1971, 1975).

A fluidez entre direito e economia traz uma série de pontos no meio do caminho entre soluções extremas e binárias. A linguagem hermética da economia já não resiste às investidas dos direitos fundamentais. A retroalimentação do direito constitucional tem a participação dessas infinitas interrelações que compõem os mercados. E ao invés de existirem no antitruste um ponto de partida e um ponto de chegada, a familiaridade com os diversos campos do saber submetem os mercados a constantes adaptações e reinvenções. As conexões que são formadas nesse panorama acabam agregando ainda mais sentido a esse tão conturbado cenário em que se encontram os mercados e seus efeitos se irradiam na vida de todos os cidadãos.

Por todas essas razões, analisar o tema de remédios antitruste sob uma lente de uma única disciplina é negar que o futuro deva ser pensado à luz da sociedade do presente – e não

apenas da economia do presente. É por esse principal motivo que direito e economia devem se dar as mãos a abraçar também todas as disciplinas que os ajudem a compreender melhor o fenômeno dos mercados e das pessoas que neles atuam.

### **1.3 Remédios e a Disciplina de Comportamentos**

Estado e mercados tem mais interações que se possa contar e imaginar. Os resultados dessas interações passam por melhorias e pioras sociais que são constantemente analisadas pelos cientistas sociais em busca do arranjo mais favorável à coletividade e à consecução dos direitos e garantias firmados pela ordem constitucional brasileira. Dito de outra forma, é recorrente a tentativa do Estado de fazer com que o particular revigore comportamentos consentâneos com a paz social e não renove comportamentos ilícitos. Esse malabarismo de altos e baixos institucionais traz aprendizados e material para aprimoramento das futuras políticas que se deseja implementar.

O custo de ir atrás do arranjo econômico que impeça a continuidade da prática ilícita é muito maior para o Estado que para o infrator. Aliás, dizer qual dos inúmeros arranjos existentes é aquele que exterminará a ameaça concorrencial é um trabalho tecnicamente árduo diante da assimetria de informações e da falta de critérios infalíveis para apontar o melhor elemento do conjunto de cenários. E quem acaba arcando com tal custo, no fim das contas, é a sociedade. O Estado não detém tantas informações quanto os particulares para indicar quais remédios são mais – ou menos – cabíveis em um cenário anticompetitivo, razão pela qual a balança de poder acaba favorecendo o infrator.

A lógica da aplicação de remédios pelo Estado sugere que eles tenham múltiplas dimensões que abranjam dissuasão, prevenção e restauração do *status quo ante* concorrencial, apesar de não fornecer a fórmula para que todos esses elementos se concretizem simultânea e automaticamente (WALLER, 2009). É utópico pensar que os remédios serão capazes de reconstruir a estrutura de mercado anterior ao cartel – se ela for competitiva –, porém são louváveis e válidos os esforços para se aproximar ao máximo desse cenário menos danificado e fazer o possível para impedir o prosseguimento da conduta.

Como referência prévia, o julgador dificilmente teria sequer um *benchmark* sobre como outros países ou outras autoridades do Poder Público lidaram com situação similar a fim de ter uma base comparativa ou um ponto de partida mínimo sobre como encarar um

problema antitruste concreto (EASTERBROOK, 1984). Aliás, lidar com deficiências competitivas não é trivial e nem constitui uma tradição jurídico-econômica brasileira. Por isso, a criatividade de se pensar em um remédio viável passa pela compreensão do funcionamento do cartel e das possíveis formas de reorientar os incentivos por ele formados ao longo do tempo.

É interessante notar quão útil é compreender como os atores agem, como o mercado reage e como o mundo se acomoda diante de um determinado movimento econômico. Essa interação vai muito além das clássicas proposições da teoria dos jogos e se sedimenta em uma das mais antigas habilidades humanas: a observação de comportamentos.

Tal observação não consiste apenas em contemplar o passado. Abrange também absorver o contexto em que um comportamento foi gerado e a eventual existência de justificativa plausível para que um fato jurídico tenha relevância e potencial de vinculação suficientes para se convolar em obrigações certas, líquidas e exigíveis. E são essas obrigações que trarão uma moldura normativa mínima para a discussão do antitruste, ainda que essa normatividade não seja positivada. Nesse contexto, é excelente a metáfora de Harrison White na ideia de que os produtores veem a si mesmos num “espelho” e não veem os consumidores (pelo menos não em um primeiro plano). O pressuposto para tal postura é um só: “firmas podem apenas observar volumes e pagamentos – e não qualidades ou suas valorações – e elas podem agir com base nessas observações, reproduzindo, desse modo, tais observações” (WHITE, 1981, tradução livre).

Disciplinar comportamentos é o insumo que autoridades antitruste de todo o mundo se empenham em digerir com a finalidade de melhorar seus respectivos *enforcements*. A defesa da concorrência é inscrita em um processo de aprendizagem contínua liderado por instituições e não apenas uma abstração legislativa contida na Carta Constitucional, muito embora seja ela quem lidere e oriente tal processo. Esse aprendizado passa tanto pelo reconhecimento de práticas não proibidas quanto pela repressão de comportamentos indevidos. Em ambos os casos, a autoridade acaba sendo, ela própria, um custo de transação<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> “A aplicação de qualquer política para estabelecer um leque de problemas econômicos claramente não é sem custo. Organizar e cumprir a política utiliza recursos escassos, mas também, considerando que os instrumentos de política não são perfeitos, erros podem ser cometidos que, em retrospectiva, mostram que uma melhor performance econômica poderia ter ocorrido se não houvesse intervenção política. A política antitruste não é diferente, nesse ponto, de outras formas de política econômica. Aqueles que estão a cargo da política econômica

ao particular que pode imputar ainda outros custos de transação decorrentes de sua atividade com o escopo de conferir estabilidade às relações entre Estado e mercado<sup>27</sup>.

O particular pede ao Estado que promova uma competição “justa” (FLIGSTEIN, 2001, pp. 27-28), que, por sua vez, é compelido a exercer um papel mais ativo no direito brasileiro por impulso dos arts. 170 e 173 da Constituição<sup>28</sup>. Ao Estado foi imputada essa tarefa de estabelecer regras porque os particulares não poderiam eles próprios estabelecê-las, seja porque estão mais preocupados com a sobrevivência de suas respectivas firmas, seja

---

têm, portanto, de ser confiantes de que os benefícios do *enforcement* superarão os custos, não apenas os custos incorridos pelas firmas diretamente envolvidas, mas também os custos de aplicação da própria política” (UTTON, 2003, p. 27, tradução livre).

<sup>27</sup> “Quando é custoso transacionar, então instituições têm relevância. E é custo transacionar” (NORTH, 1994, tradução livre).

<sup>28</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

- I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

porque problemas coletivos não estão no horizonte de soluções e inquietações de um ente privado:

A ordenação da atividade econômica supõe, no âmbito contratual, a definição de normas que alcançam em dois níveis os agentes econômicos: comportamentos a serem assumidos perante a Administração e comportamentos a serem assumidos perante os demais agentes econômicos. Daí não apenas as normas que conformam, condicionam e direcionam o exercício da atividade econômica pelos seus agentes – relação do agente econômico com o Estado – mas também as que criam direitos e obrigações atribuíveis aos agentes privados nas relações contratuais – relação dos agentes econômicos entre si (GRAU, 2010, p. 96).

Por isso, a política de defesa da concorrência deve se preocupar com os incentivos e a correta sinalização do que é socialmente aceitável. E essa política tem pilar em instituições – tais como mercado e Estado, por exemplo – que, por sua vez, modelam incentivos.

O uso das instituições pode trazer benefícios para a defesa da concorrência quando o regulador obtiver o comportamento pró-competitivo de modo natural pela parte, isto é, a observância espontânea das normas e dos costumes concorrenciais pode formar uma cultura empresarial de cooperação com o Estado. As instituições ajudam a moldar o comportamento dos agentes de mercado por meio da coerção e do viés pedagógico das normas, aliando punição a persuasão.

As instituições não apenas refletem as preferências e o poder das unidades que a constituem; as próprias instituições modelam tais preferências e tal poder. As instituições também são, portanto, constitutivas de atores e vice versa. Não é suficiente, nessa perspectiva, tratar as preferências dos indivíduos como dadas exogenamente: elas são afetadas por arranjos institucionais, por normas estabelecidas e por um discurso historicamente contingente entre pessoas que buscam seus propósitos e resolvem seus problemas autodefinidos (KEOHANE, 1988, tradução livre).

As instituições são responsáveis pela conformação de valores, de ideias e de normas de conduta. São elas que promovem a ordem e a desordem sociais, talhando nuances estruturais por vezes socialmente penosas e que determinando os custos a que estão sujeitas todas as operações de um sistema econômico. Tal custo não é necessariamente monetário e não se amolda nas concepções triviais de precificação e de valoração: eles constituem barreiras e facilidades para que uma situação ocorra ou deixa de ocorrer dada a incompletude das informações disponíveis no tempo e no espaço.

Tais custos são os custos de transação, os quais são responsáveis pela direção a ser tomada no processo de produção e pela forma como os recursos serão alocados. Caminhos mais custosos trazem menos incentivos, desestimulando comportamentos que os assumam

como premissa. A aversão do ser humano ao risco faz com que ele prefira seguir o caminho menos custoso possível. Quando há custos significativos de transação, as instituições têm o papel de induzir os atores econômicos a angariar informações essenciais para corrigir suas respectivas condutas (NORTH, 1994; SOKOL, 2007).

Todos os cidadãos estão sujeitos a custos de transação, inclusive aqueles que não possuem o hábito – e os incentivos adequados – de seguir a lei. Os custos de transação existem porque as informações são assimétricas e, assim, não há plena certeza sobre todos os caminhos disponíveis ou quais as consequências decorrentes de se tomar um atalho ou uma via mais longa. As decisões são então tomadas com algum grau de previsibilidade acerca do que poderá ocorrer, o que inclui as prováveis reações dos indivíduos a um ou outro cenário.

Em termos de ilegalidades contra a ordem econômica, tal raciocínio não é diferente. Tais custos são também aferidos pelos infratores a fim de avaliar se vale ou não a pena prosseguir com uma colusão mediante pelo menos três variáveis: a probabilidade de continuidade do negócio, os ganhos da colusão e os ganhos de burlar a concorrência (TELSER, 1971, p. 178). E é desses fatores que a autoridade precisa ser consciente e é sobre eles que ela precisa trabalhar no afã de desestimular novas transgressões por meio de regras institucionais que mostrem um caminho mais condizente com os ditames da livre concorrência. Tais fatores impõem um custo de coordenação maior pelos potenciais infratores, redirecionando seus comportamentos para um viés efetivamente competitivo. É isso o que se chama de dissuasão.

E por que impor um remédio a um ilícito anticompetitivo, especialmente a cartéis?

É preciso inserir um custo de transação na colaboração que foi fixada entre concorrentes porque, no momento da infração, ela vale mais a pena por custar menos. É imperativo impor aos infratores um custo maior que os benefícios do cartel com o fito de desestimular comportamentos futuros contrários à livre concorrência.

Remédios não seriam necessários se as multas fossem suficientes para desestimular o infrator a cometer cartel novamente, uma vez que remédios são supérfluos em um mundo em que as pessoas não cometem atos ilícitos (HELLSTRÖM; MAIER-RIGAUD; BULST, 2009). Deve o Estado emitir regras, ainda que informais, a fim de coibir atos abusivos destinados a eliminar a concorrência em nível restritivo de liberdades, seja do consumidor, seja dos agentes

econômicos<sup>29</sup>. Dessa maneira, “um remédio pode ir além de uma ordem de restrição e envolver outras medidas afirmativas para restabelecer a oportunidade de competição no mercado afetado desde que o remédio seja efetivo e apropriado” (WANG, 2011, tradução livre).

#### 1.4 Remédios Antitruste no Controle Repressivo

Por mais intuitiva que possa parecer a possibilidade de aplicação de remédios antitruste em hipóteses de infração contra a ordem econômica, esse raciocínio não é unânime e essa possibilidade interpretativa nem sempre foi assim. A aceção de que a disciplina de comportamentos via remédios representariam uma segunda punição da conduta investigada pode possuir alguma aderência jurídica quando se avaliam os remédios na perspectiva punitiva. No entanto, a visão preventiva inerente aos remédios não traz limitações procedimentais à aplicação dos remédios, isto é, não condiciona a aplicação dos remédios apenas à análise prospectiva de atos de concentração.

A aplicação de remédios no controle repressivo não é nova. Longe de se tentar fazer no presente trabalho um apanhado histórico sobre como o Brasil e como o mundo veem esse tema, é salutar uma singela nota de que a OCDE tem o tópico no radar desde 2006, pelo menos, em suas *policy roundtables*. Nesses registros, já existia a distinção das finalidades de remédios e sanções<sup>30</sup>, bem como as vantagens e desvantagens<sup>31</sup> de se trazer à tona esse tipo de intervenção estatal.

---

<sup>29</sup> “Um mercado típico nasce e cresce como o futebol. Ele se desenvolve espontaneamente, guiado por seus participantes. Ele pode operar com pouca ou nenhuma estrutura formal – mas até um certo ponto. Para alcançar um grau de sofisticação, seus procedimentos precisam ser esclarecidos e uma autoridade precisa ter o poder de exigir tais procedimentos. Apenas quando as regras informais são complementadas por algumas regras formais é que um mercado pode alcançar seu pleno potencial, com a condução eficiente de transações e a viabilidade de negociações complexas” (MCMILLAN, 2002, cap. 1, tradução livre).

<sup>30</sup> “(1) Há uma importante diferença entre ‘remédios’ e ‘sanções’.

Remédios curam, corrigem ou previnem uma conduta ilegal, enquanto sanções penalizam-na ou punem-na. Tipicamente, um remédio concorrencial busca cessar o comportamento ilegal do violador, seus efeitos anticompetitivos e sua reincidência, assim como restaurar a competição. Sanções geralmente buscam evitar condutas ilegais no futuro e, em algumas jurisdições, também obrigam o violador a devolver os lucros ilegais e compensar as vítimas. Embora exista um consenso geral sobre a natureza desses objetivos, existe uma divergência de opiniões acerca de quais deles são os mais importantes” (OCDE, 2007, tradução livre).

<sup>31</sup> “(3) Identificar remédios e sanções efetivos e apropriados em casos de abuso de posição dominante tem se mostrado ser geralmente difícil.

Uma dificuldade fundamental é o fato de existir uma diversidade de opiniões relacionadas aos objetivos que deveriam ser buscados no desenho de remédios e sanções. Dissuadir condutas anticompetitivas futuras, restaurar a competição, compensar as vítimas e simplesmente encerrar a conduta ilegal estão entre as possíveis escolhas. Jurisdições diferentes tendem a priorizar objetivos diferentes, mas até mesmo em países individualmente

A lógica da utilização de remédios no chamado controle de condutas é inversa àquela empregada no controle preventivo de estruturas e é natural que o tratamento deles no âmbito repressivo (análise *ex post*) seja feita de forma diferente que a enveredada pelo âmbito preventivo (análise *ex ante*) (WANG, 2011). Após a apuração e a comprovação de que houve uma infração contra a ordem econômica, a autoridade antitruste é instada a gerar mecanismos de cessação da conduta e, se cabível, de reversão ao *status quo* competitivo (se houver) anterior ao ilícito. Fato é que tal cessação é um conceito ambíguo, pois não se pode delimitar com clareza quando ela se refere ao encerramento de atitudes pretéritas e quando ela se refere ao impedimento da reincidência (HJELMENG, 2013). De qualquer forma, quando os remédios se aplicam a fatos ilícitos já ocorridos, o principal fim é a mitigação dos efeitos lesivos que estão enraizados no mercado relevante analisado, sem deixar de lado a prevenção da reincidência<sup>32</sup>.

---

considerados, nem sempre foram feitas escolhas claras. Além disso, frequentemente é difícil desenhar remédios e sanções que alcançarão um ou mais desses objetivos. Por exemplo, pode ser difícil acertar o nível das multas que alcançarão a dissuasão sem destruir o réu ou afetar outra conduta legítima. Alternativamente, mesmo quando são identificados remédios comportamentais conceitualmente sólidos, ainda pode não ser prático ou possível monitorar seu cumprimento pelo réu. Da mesma forma, relativamente falando, não existe uma grande experiência nessa área. Não existem, nem de perto, tantos casos sobre abuso de posição dominante quanto existem casos de cartel e concentrações. Para tornar a situação ainda mais difícil para agências e tribunais, não existe um consenso entre os acadêmicos sobre a efetividade de remédios já implementados. Na verdade, a literatura relacionada a este conteúdo é notável pelo grau de sua divergência.

*(4) Cada tipo de remédio e sanção tem certas vantagens e desvantagens.*

Remédios estruturais, os quais requerem que as firmas rompam sua relação com parte de seu patrimônio, tem a virtude de serem rapidamente capazes de eliminar poder de mercado enquanto criam ou revigoram competidores. Eles também requerem menos atenção de tribunais e agências que outros tipos de remédio. Por outro lado, alguns remédios estruturais podem inicialmente ser mais disruptivos ao negócio do réu que outros tipos de remédio, o que às vezes cria ineficiências imediatas. Além disso, a história tem mostrado que remédios estruturais nem sempre são fáceis de administrar.

Remédios comportamentais, os quais obrigam a companhia ou a fazer algo ou a parar de fazer algo, podem ser personalizadas para certos réus e certas circunstâncias de mercado. Em geral, eles são menos controversos que desinvestimentos e tem sido aplicados bem mais frequentemente em casos de abuso de posição dominante. Entretanto, remédios comportamentais às vezes são criticados por não atacar diretamente a concentração e o poder de mercado. Eles também costumam requerer contínua, e ocasionalmente extensiva, fiscalização e intervenção por tribunais e agências. Além disso, remédios comportamentais são mais suscetíveis que outras medidas à neutralização estratégica, minimização ou evasão por parte dos réus.

Sanções monetárias, incluindo multas, danos e a devolução dos lucros, possuem a vantagem de serem relativamente fáceis de entender e administrar, requerendo pouca ou nenhuma fiscalização contínua pelos tribunais. A menos que sejam muito fracas, sanções monetárias também dissuadir infrações futuras. É difícil, porém, determinar o nível 'ótimo' de uma sanção monetária ao se atingir o equilíbrio entre desencorajar condutas erradas e impor uma punição que seja consideravelmente severa. Outro problema é que as próprias sanções, por si sós, fazem pouco ou nada para restaurar a competição" (OCDE, 2007, tradução livre).

<sup>32</sup> "Assim como remédios direcionados à prevenção de infrações repetidas, existe uma fina linha entre a cessação e a restauração. Em vários casos, a ordem de cessação trará a competição de volta ao normal, por exemplo, ao remover barreiras de entrada artificiais" (HJELMENG, 2013, tradução livre).

Os remédios antitruste têm sido comumente utilizados no controle de estruturas, ou seja, em operações que digam respeito a fusões, aquisições, incorporações ou cisões. Aliás, grande parte da discussão teórica e da experiência internacional é orientada à aplicação de remédios em ato de concentração, não porque sejam mais importantes que as infrações anticompetitivas, mas porque a história do antitruste tem se debruçado há mais tempo sobre esse assunto e, por isso, tem acumulado maior amadurecimento e expertise (ICN, 2016; MATTOS, 2011). Com o advento da Lei 12.529/11, a sistemática brasileira da análise prévia de atos de concentração trouxe a prática de arquitetura prospectiva de remédios, ou seja, a intervenção estatal ocorre ainda antes do fechamento da operação.

A celeuma sobre a aplicação de remédios somente a atos de concentração enfrenta um paradoxo de ordem lógica. Aqueles que defendem que apenas operações entre empresas poderiam sofrer esse tipo de intervenção trazem o argumento de que o prejuízo ao mercado não foi verificado por conta do controle prévio de estruturas, que só surgiu no direito brasileiro após a Lei 12.529/11. Acontece que, antes de 2011, tal controle era realizado após a consumação das operações, ou seja, a lesão à ordem econômica era concretizada e o Poder Público tinha de correr atrás do tempo perdido. Por essa lógica, o controle de condutas padece do mesmo mal: a investigação pode durar tempo suficiente para a cristalização dos prejuízos concorrenciais na economia, o que demanda que o Estado tome medidas para corrigir o mal já instalado. Sob essa perspectiva, o controle *ex post* de estruturas e o controle de condutas se igualam em termos de tempestividade da intervenção. A tradição de aplicação de remédios em atos de concentração, portanto, não exclui a possibilidade de aplicação em condutas anticompetitivas.

Outro argumento que não se sustenta é caracterização dos remédios antitruste no controle repressivo como *bis in idem*. Segundo esse raciocínio, o infrator já teria sido sancionado via penalidade pecuniária e, por conseguinte, não poderia a ele ser imputada outra sanção (MARANHÃO; FREIRE; QUEIROGA FILHO, no prelo). A leitura do princípio da vedação do *bis in idem* não pode ser míope, porquanto tal vedação não é absoluta: o infrator não pode ser punido duplamente pela mesma autoridade em relação a um mesmo fato jurídico, o que não significa que ele não possa ser submetido a múltiplas esferas de punição e nem que a sanção a ele imposta não tenha diversas dimensões. Quanto a isso, à guisa de ilustração, anote-se que a improbidade administrativa é punível à luz da Lei 8.112/90 e da Lei 8.666/93, sem que tal concomitância seja ilegal (FRAZÃO, 2017, pp. 305-306).

O que se pode assumir inegavelmente é que os efeitos pretendidos pelos remédios não são imediatos, ainda que o aplicador do direito tenha a melhor das intenções e desenhe o remédio mais perfeito. O mercado demora algum tempo para absorver e se readequar às novas regras impostas pelos remédios; os comportamentos demoram algum tempo para serem alterados na direção pretendida pela autoridade. As posições dominantes dos agentes econômicos não são desfeitas da noite para o dia e novas lideranças não são criadas instantaneamente:

Existem, contudo, diversas formas em que as infrações dos artigos 101 e 102 [do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia] podem infligir prejuízos prolongados ao mercado. Por exemplo, em caso de fechamento, a situação competitiva não será imediatamente restaurada. A troca de informação sensível pode ter reduzido a incerteza entre competidores por um considerável período de tempo. Ou, quando uma posição dominante foi ilegalmente fortalecida, pode se passar muito para que a posição de mercado da empresa dominante seja erodida por forças competitivas, e.g., onde uma tecnologia pode ter sido marginalizada por meios ilegais. Uma eliminação de prejuízos prolongados levaria à criação de um cenário “but for”, isto é, como a situação competitiva do mercado seria na ausência da infração (HJELMENG, 2013, tradução livre).

A despeito do *timing* de reorganização do mercado, os remédios antitruste podem assumir três formas básicas: a propositura de ações judiciais, a solução imposta por autoridades de defesa da concorrência e a intervenção na política pública concorrencial por outras instituições governamentais, tais como aquelas que possuem atribuições legislativas. Na primeira hipótese, o início ou a persecução de fatos supostamente anticompetitivos pode inibir o comportamento comercial agressivo do acusado, abrindo espaço para atuação efetiva de rivais, e pode estimular o acusado a abandonar a conduta voluntariamente. Na segunda hipótese, a repressão a abusos de posição dominante pode passar por posturas interventivas da autoridade antitruste destinadas à punição do comportamento ilícito por meio do controle de condutas, por determinação de medidas de desinvestimento, por imposição de licenciamento compulsório de propriedade intelectual e por reparação de danos. Invoca-se, ainda, a criação legislativa como uma terceira forma de imposição de remédios no campo de defesa da concorrência (KOVACIC, 1998). Ao final, independentemente da hipótese, os remédios devem ser pensados de modo a maximizar a liberdade das partes após a imposição dos remédios e, ao mesmo tempo, reduzir os recursos necessários para manter a independência das partes (EPSTEIN, 2007, p. 13).

A proteção e a preservação da concorrência muitas vezes são mais bem realizadas com uma intervenção estrutural única que com intervenções reiteradas. Isso porque o desenho

de um remédio estrutural pode ser mais efetivo na prevenção da reincidência e desincentivar a prática anticompetitiva porque priva o condenado de parte (ou de todos) dos ativos utilizados para cartelizar. Há situações em que os remédios estruturais são vistos pelo jurisdicionado como drásticos e cabíveis apenas para retirar o poder monopolístico do infrator. Contudo, um remédio de desintegração vertical, por exemplo, pode ser facilmente implementado e apto a retirar de uma só vez eventuais estímulos em integrar e perpetuar uma prática exclusionária (WERDEN, 2009a).

A economia brasileira há não muito tempo se deparava com controle de preços pelo Estado, herança principalmente da tentativa de estabilização da economia realizada pelo Plano Cruzado de 1986 (não obstante semelhantes tentativas anteriores) e dos planos econômicos posteriores<sup>33</sup>. Os elevados índices subsequentes de inflação e os constantes desabastecimentos demonstraram que o congelamento de preços não foi a melhor alternativa para colocar a economia nos eixos. Essa política estatal foi abandonada em 1994 em prol da economia de livre mercado diante dos imensos prejuízos causados pelos controles de preços (CONSIDERA, 2005).

No entanto, a sugestão de remédios baseados em controle de preços ainda surge como possíveis imunidades a cartéis, não obstante o *modus operandi* de cartéis de preços ter sido chancelado e desenvolvido pelo próprio Estado à época do Conselho Interministerial de Preços exatamente por meio do controle de preços<sup>34</sup>. E entendam-se preços aqui não

---

<sup>33</sup> “A história da concorrência no Brasil continuou, assim, sendo uma história da não concorrência. O controle de preços seguiu agindo ao longo do resto do período dos militares no governo e continuou ao longo de processo de redemocratização iniciado em 1984 – e a justificativa para isso é sempre a mesma “se os preços forem liberados de uma hora para outra, uma explosão inflacionária é inevitável”. De fato, comprova-se que o CIP passou a atuar a partir de 1976 de forma bastante burocrática e bastante generosa com o setor industrial, permitindo o repasse pleno de custos e a apropriação dos ganhos de produtividade pelas empresas. Conclui-se isso ao verificar-se que os preços controlados evoluíram na mesma intensidade do que os preços dos setores não controlados. Portanto, o CIP continuou a promover o acordo de preços e salários entre empresas, sem qualquer resultado em termos de redução de preços, mas sim, apenas, tornando-os homogeneamente altos.

Ao final do governo militar e nos dois anos iniciais da redemocratização, embora o CIP continuasse a existir, não foi muito bem sucedido na sua missão de controlar preços. O que mais se poderia dizer deste conselho se a inflação inicia uma espiral ascendente e explosiva após a segunda crise do petróleo em 1978, passando a ser de 200% em 1981 e chega em 1985 aos assombrosos (mais tarde se tornariam modestos) 500%?

O CIP voltou a se tornar ativo em 1986 com o início de uma série de planos de estabilização; também se voltou a fazer uso da então esquecida Lei Delegada no. 4 para caçar boi no pasto, quando o controle de preços do plano Cruzado de estabilização provocou um desabastecimento generalizado. Foram seis as tentativas de se estabilizar a economia com o uso de controles de preços. Sobre o fracasso de todas elas, é suficiente lembrar que a inflação alcançou 3000% em 1993” (CONSIDERA, 2005).

<sup>34</sup> “Portanto, o controle de preços praticado pelo CIP não era apenas anticompetitivo, ao promover a rigidez das participações de mercado. Era muito mais danoso, porque: (i) promovia um processo concentrador ao prejudicar as pequenas e menos competitivas firmas; (ii) indicava o líder de mercado dando o sinal para acordos tácitos

unicamente no sentido mais corriqueiro do conceito, mas sim como toda forma de se estabelecer o valor monetário de um determinado bem: descontos, restrições de aumento de preços, preço máximo, preço mínimo e toda forma de conter a oscilação natural de tal valor. Adotar uma intervenção que a própria história econômica brasileira recente já demonstrou que possui efeitos nefastos e benefícios duvidosos não parece ser um caminho inteligente e eficiente.

É importante pontuar que alguns cartéis usam exatamente esse mecanismo de controle de preços para angariar lucros para si e deixar a inflação por ele causada para a sociedade: a disfunção microeconômica causada pela colusão é absorvida pelos consumidores na forma de preços mais elevados, escassez de produtos ou mesmo a aquisição superfaturada de produtos com tecnologia inferior. Ora, se os cartéis repassam os prejuízos à sociedade por meio exatamente desse controle de preços, como garantir que um remédio semelhante não teria a mesma consequência? O controle de preços, apesar de popularmente agradável, está fadado ao fracasso:

Evidentemente, a eficácia de se controlar contratos e condutas anticompetitivas está associada a dois aspectos relacionados: uma sociedade convencida da importância da livre concorrência para garantir preços justos e o correspondente aparato jurídico institucional que garanta essa vontade social. Ainda estamos devendo muito em ambos. Por um lado, qualquer iniciativa governamental no sentido de controlar preços é sempre bem recebida pela população (a exemplo do que ocorreu com a re-introdução do controle de preços de remédios), que provavelmente já se esqueceu do fracasso do controle de preços do Plano Cruzado. Por outro lado, aperfeiçoamentos da Lei 8884 e o rearranjo das instituições encarregadas de aplicá-la, ordenadas em Decreto Presidencial, estão ainda por vir (CONSIDERA, 2005).

Riscos e incertezas na aplicação de remédios existiram, existem e sempre existirão tanto no controle de condutas quanto na apreciação de atos de concentração. Isso não significa, contudo, que a autoridade deva utilizar a imprevisibilidade como escudo para não agir quando a própria Constituição a compele a coibir abusos que denigram a livre concorrência, não obstante respeitáveis opiniões contrárias sobre o tema (POSSAS; PONDÉ, 2016). Os efeitos da intervenção no domínio econômico não são plenamente cognoscíveis *ex*

---

quando o controle de preços era exercido individualmente através da empresa dominante; (iii) quando era realizado um acordo setorial, não havia qualquer necessidade de se caçar cartéis – ele era organizado pelo próprio governo. O CIP convocava reuniões de associações ou sindicatos de produtores e juntos discutiam custos e fixavam preços.

Provavelmente a interpretação pública da ação do CIP era de que este órgão estava evitando abusos econômicos ao controlar preços, mesmo que ao fazer isto organizasse cartéis. Hoje em dia, esses cartéis seriam chamados de “cartéis bonzinhos” por alguns professores e pesquisadores universitários, e advogados de escritórios especializados, militantes na área de defesa da concorrência no Brasil” (CONSIDERA, 2005).

*ante*, mesmo no melhor dos cenários. A parcimônia e a ponderação na aplicação das medidas devem sempre reger os remédios e sua respectiva excepcionalidade (FRAZÃO, 2017, p. 310).

Esse raciocínio extremo levaria até mesmo à inviabilidade de atividade regulatória. Em assuntos de energia nuclear e controle de armamento, por exemplo, o Estado propõe barreiras à entrada de novos competidores por notórios motivos de interesse e segurança nacionais, restrições tais que são medidas de natureza estrutural com inegáveis impactos concorrenciais. Nesses casos, houve valores maiores a serem protegidos em contextos específicos e de maneira justificada e socialmente aceita. Em outras palavras, a vedação absoluta a medidas estruturais inviabiliza a atuação do Estado em prol da consecução das normas constitucionais e da tutela dos direitos da coletividade, inclusive aqueles que extrapolam a livre iniciativa e a livre concorrência.

Todo o raciocínio acerca dos remédios antitruste não pode perder de vista o princípio mais basilar de defesa da concorrência: “que competidores têm o propósito de competir um com o outro pelo negócio de seus consumidores e não de cooperar um com o outro para distorcer o processo competitivo” (WHISH; BAILEY, 2012, p. 513, tradução livre).

Em síntese, remédios em controle de condutas são possíveis por diversas razões econômicas e jurídicas. A uma, porque a autorização legal para implementação de remédios do art. 38 da Lei 12.529/11 é geral e aplicável sempre que houver dano iminente ou efetivo à concorrência. A duas, porque a multa não pode ter intuito meramente arrecadatório, pois, caso assim seja, o infrator “pagará mensalidade” à autoridade na forma de multa, mas não deixará de molestar a concorrência por meio do comprovado acordo entre concorrentes do qual participou. A três, porque há situações em que a livre concorrência se sobrepõe aos direitos de propriedade e de livre iniciativa para beneficiar – ou não prejudicar – o consumidor. A quatro, porque os remédios antitruste podem trazer externalidades positivas à economia, pois os custos sociais de implementação de um remédio pós-conduta são suplantados pelos benefícios sociais decorrentes da retomada da concorrência em um determinado mercado.

A premissa inerente a todo o trabalho, portanto, é a de que os remédios são destinados a cessar a prática e mitigar danos decorrentes de qualquer tipo de lesão à concorrência tanto no controle de estruturas quanto no controle de condutas.

## 1.5 Comportamentos, Estruturas e Concepções de Controle

A doutrina e a jurisprudência discorrem basicamente sobre duas categorias de remédios antitruste: comportamentais e estruturais<sup>35</sup>. Essa bipartição pode ser realizada a partir de diversas características: desinvestimento estrutural, extensão do desinvestimento, relação entre atividades desinvestidas e atividades que permanecem na firma, natureza do comprador, entre outras (DAVIES; LYONS, 2008, pp. 13-14).

O que basicamente diferencia esses dois tipos é o cabimento e a adequação ao caso concreto<sup>36</sup>. Não obstante essa aparente dicotomia, ambos os tipos são igualmente efetivos e o critério de escolher um ou outro tipo pode acabar sendo os custos que os envolvem. Alguns países dão preferência à aplicação de remédios estruturais e, para outros, tal opção é indiferente (HELLSTRÖM; MAIER-RIGAUD; BULST, 2009)<sup>37</sup>. No caso brasileiro, não há prevalência de um sobre o outro, apesar da crença de que intervenções estruturais precisam necessariamente de ajustes comportamentais adicionais a fim de dar efetividade à política antitruste (DOMINGUES; GABAN, 2011, pp. 59-61).

A utilização de um desses tipos ou a combinação deles acarreta vantagens e desvantagens, ambas as quais, sob o ponto de vista institucional, levam à escolha da opção que cause menos perdas ou fricções (SOKOL, 2007). Claro que essa divisão é bem tênue e se presta a fins meramente didáticos, já que todo remédio, em última análise e de algum modo, disciplina comportamentos, isto é, é falsa a tautologia de que os comportamentos são objeto somente dos remédios comportamentais.

A tipologia clássica de remédios tem o remédio comportamental como aquele voltado a obrigações de trato sucessivo de fazer e não fazer e visa a direcionar a ação

---

<sup>35</sup> Há quem sustente que existem medidas que são mistas e, por isso, poderiam ser chamadas de remédios quase-estruturais. No entanto, adota-se a tipologia da literatura dominante.

<sup>36</sup> Há correntes que defendem algum grau de complementaridade dos remédios comportamentais em relação aos remédios estruturais (MATTOS, 2011). Entretanto, a premissa assumida neste trabalho é a de que os remédios são aplicáveis caso a caso, isto é, sem uma hipótese concreta, não é possível se definir *a priori* qual tipo é mais recomendado (MOTTA, 2004).

<sup>37</sup> Outra classificação que pode ser encontrada diz respeito ao escopo dos remédios e os separa em cinco categorias básicas: remédios constitutivos, remédios indenizatórios, remédios punitivos, remédios compensatórios e remédios saneadores (CASTRO, 2011), sendo os três últimos os inscritos na competência legal do Cade. Nesse contexto, apesar de os remédios serem formalizados por meios jurídicos, via ato administrativo decisório ou via transação realizada em sede administrativa, o alcance dos remédios antitruste não se restringe unicamente à seara do direito. O aspecto material da intervenção por meio de remédios é geralmente interdisciplinar – e assim deve sê-lo – a fim de que o interesse público nela inscrita seja irradiado por todas as searas afetadas pela atividade empresarial: jurídica, econômica, gestão de negócios, entre outras.

empresarial ou individual; nesse sentido, acaba sendo mais suscetível de neutralização pela parte afetada. Esse tipo de medida impõe às partes regras de conduta, por exemplo, o impedimento de limitar arranjos contratuais dos quais a firma pode participar. Normalmente são menos controversos que a obrigação de desinvestimento e são geralmente criticados por não atacar o poder de mercado de forma direta.

A imposição de remédios comportamentais tem um custo de constante monitoramento por parte da autoridade, considerando que a duração das obrigações a eles relacionadas é normalmente longa e que pode haver algum nível de subjetividade da avaliação do Estado sobre o adimplemento das medidas. Esses remédios estão sujeitos a descumprimentos por se inserirem na esfera privada das empresas, ou seja, enquanto não houver uma adequação volitiva da postura da firma, o perigo concorrencial permanece iminente (MOTTA, 2004, pp. 264-269; OCDE, 2007). Anota-se que os remédios comportamentais nem sempre são aptos a modificar os incentivos do infrator, o que pode minimizar o efeito dissuasório da decisão (HELLSTRÖM; MAIER-RIGAUD; BULST, 2009).

O segundo tipo de remédio antitruste é o chamado remédio estrutural, que afeta a alocação dos direitos de propriedades ou a liberdade de contratar envolvidos em uma relação econômica. Costumam eliminar o poder de mercado de forma mais rápida e direta enquanto cria ou reforça competidores, além de ter o potencial de criar eficiências imediatamente (MOTTA, 2004, pp. 265-268; OCDE, 2007; OLIVEIRA, 2011). Os remédios estruturais têm o condão de alterar a estrutura de incentivos do transgressor, ainda que ele não deseje fazê-lo (HELLSTRÖM; MAIER-RIGAUD; BULST, 2009), com menores custos de fiscalização por parte da autoridade: uma vez concretizado o remédio estrutural, o potencial ou efetivo dano anticompetitivo cessa. Ademais, os remédios estruturais são mais úteis para eliminar efeitos mais persistentes advindos de ilícitos antitruste, tal como a aquisição ou uso indevido de participação minoritária (HJELMENG, 2013).

Em outras palavras, o remédio que realmente abale a estrutura de um cartel deve abrir espaço para um entrante disruptivo que tenha o potencial de desestabilizar os laços firmados entre os infratores, bem como de eliminar qualquer outro desdobramento da conduta ilegal (em cartéis, por exemplo, o remédio seria capaz de extirpar eventual colusão residual ou paralelismo).

Ainda dentro da categoria remédio estrutural, é preciso pensar prioritariamente em sua funcionalidade. Por mais tautológico que pareça, o remédio estrutural tem de abraçar seu desígnio maior, que é abalar a estrutura de mercado modelada pelo ilícito anticompetitivo. Esse abalo pode representar tanto a criação de novos mercados quanto o tremor na estabilidade de firmas já estabelecidas em um dado mercado. A produção de estruturas sociais estáveis, cuja identidade e hierarquias são conhecidas, pode ser realizada nos mercados de quatro maneiras diferentes: (i) direitos de propriedade, (ii) estruturas de governança, (iii) regras de intercâmbio e (iv) concepções de controle (FLIGSTEIN, 2001, pp. 31-41, 76 e 81). Essas quatro categorias ajudam a melhor compreender como a modelagem de mercados é feita de forma lícita ou ilícita.

A intervenção nos direitos de propriedade acontece quando as regras de lucro das firmas são redefinidas e eles são importantes porque traçam as relações sociais entre seus detentores e todos os demais indivíduos da sociedade. E direitos de propriedade aqui são lidos também no sentido econômico e relacionados à geração ou supressão de externalidades (VARIAN, 2006, pp. 672-675) – e não no sentido de direitos reais, exclusivamente: o direito de fazer ou não fazer algo é um direito de propriedade sob o viés econômico, ainda que não seja enquadrável na categoria jurídica de direito de propriedade.

Os direitos de propriedade residem nos fatores de produção à disposição do fornecedor, que geralmente são ilimitados, mas nem sempre militam somente em favor de grupos privilegiados da sociedade<sup>38</sup>. A disciplina jurídica auxilia a melhor definição dos direitos de propriedade (na acepção econômica) quando cria regras mais bem definidas sobre o exercício desses direitos<sup>39</sup>. Eles são relevantes na disciplina de remédios concorrenciais quando explicitam quem está arriscando o quê e quem é recompensado pelo quê, tornando os incentivos existentes mais claros para o Poder Público (FLIGSTEIN, 2001, pp. 32-34).

---

<sup>38</sup> “Onde mercados existem, eles são sujeitos a falhas de mercado. Mercados não podem existir, todavia, na ausência de um sistema de direitos de propriedade privada. A emergência de um sistema de direitos de propriedade ocorre, então, no que podemos pensar como configuração pré-mercado. Na configuração pré-mercado, há pelo menos duas razões que partes racionais e autointeressadas podem ter para tentar criar um esquema de direitos de propriedade: a primeira é fazer com que seja possível realizar os ganhos decorrentes do comércio em uma economia de mercado; a segunda é reduzir os custos de proteção de *holdings* pré-mercado” (COLEMAN, 1998, p. 263, tradução livre).

<sup>39</sup> Tais regras, como será visto mais a frente, constituem regulação de mercados propriamente dita, mesmo que elas não estejam positivadas em diplomas legais ou infralegais.

A liberdade de contratar e a propriedade privada são dois elementos em constante contraposição quando se fala em intervenção do Estado. As vontades envolvidas na relação contratual são estimuladas e retraídas a partir da mensagem que o Poder Público pretende passar pelos canais que estão disponíveis: “a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica” (GRAU, 2010, p. 93), as quais são capazes de condicionar comportamentos.

Outro ataque possivelmente certo na readequação do comportamento de transgressores tem que ver com as estruturas de governança por eles assumidas, porquanto revelam os esquemas de cooperação e competição e definem a organização das firmas. Tais estruturas são regidas por regras que definem o escopo de legalidade das práticas no tocante à contribuição ou prejuízo à concorrência. Essas regras podem assumir a estrutura de leis e disposições afins ou práticas institucionais informais, cada qual em seu nicho de produção e no escopo de sua competência (FLIGSTEIN, 2001, p. 34).

A seara antitruste trabalha com os dois tipos de regra, ou seja, o ordenamento jurídico positivado e as decisões e orientações emanadas pelo Cade, além, claro, das adaptações culturais dentro e fora da sociedade e ajustes reputacionais feitos pela empresa ao longo de seu funcionamento. Em síntese, as estruturas de governança ajudam a definir as regras de estruturação e relacionamento das firmas no cenário concorrencial. Nesse sentido, tais estruturas geralmente têm a função de estabilizar suas relações com competidores (FLIGSTEIN, 2001, p. 34).

As regras de intercâmbio, por sua vez, podem definir os atores e as prerrogativas de transação. Elas são úteis à estabilização de mercados quando estipulam condições de isonomia e, por conseguinte, algum grau de previsibilidade nas relações comerciais (FLIGSTEIN, 2001, pp. 34-35). Note-se, mais uma vez, que as regras são um elemento importantíssimo para a estabilização de mercados, ainda que informais. A *contrario sensu*, são uma forma interessante de desestabilizar cartéis se desenhadas de modo compreensivo e apto a reorientar o comportamento dos atores.

Já as concepções de controle refletem especificidades dos agentes econômicos a título de organização interna, táticas de concorrência e hierarquias de mercado. Elas são produtos históricos, pois se referem a uma determinada indústria em uma determinada sociedade. São também produtos culturais, pois formam uma gama de entendimentos e

práticas sobre como algumas coisas funcionam em uma configuração específica de mercado. Em um mercado estável, as concepções de controle definem as relações sociais entre incumbentes e entrantes de forma que os primeiros tendem a reproduzir periodicamente suas ações, tudo o mais constante (FLIGSTEIN, 2001, pp. 34-35).

A autorreprodução das estruturas de mercado é um elemento importante para se construir remédios antitruste<sup>40</sup>. Os atores dominantes tendem a perpetuar seu poder e sua influência, permitindo que sua vantagem seja reproduzida no mercado. Isso facilita a criação de hierarquias, isto é, de camadas de poder de mercado em que uns se sobrepõem aos outros e acabam influenciando as práticas, lícitas ou ilícitas, dos agentes de menor posição dominante. Esse mecanismo nem sempre é percebido pelos atores de forma consciente ou intencional, o que não significa que ele não exista e que não seja vastamente utilizado na construção das interações socioeconômicas e de novos campos de atividade (FLIGSTEIN, 2001, p. 29).

Mesmo que as firmas atuem em vários mercados, isso não quer dizer que uma mesma estratégia anticoncorrencial faça sentido em todos eles: existem especificidades de mercado que levam os agentes a batalhar em uns mercados e a cooperar em outros. Muitas dessas especificidades dizem respeito à formatação do mercado considerado e outras, à disposição competitiva dos *players*. É por isso que um conjunto de regras colusivas pode ser capaz de reduzir rivalidade em uns mercados e não em outros, pois a dinâmica de cada nicho econômico pode ser decisiva para que algumas cooperações deem mais certo que outras. Essa conclusão impacta também na formação dos remédios aplicáveis a cada caso: se cada cartel é diferente, um mesmo pacote de remédios vai provavelmente funcionar de forma diferente em cada cartel. O desenho de uma solução única, portanto, vai de encontro à própria funcionalidade dos remédios e ao funcionamento dos cartéis.

As regras formadas por infratores no âmbito do cometimento do ilícito têm ainda o potencial de impactar tanto nas estruturas de governança quanto nas definições dos direitos de propriedade e nas regras de intercâmbio, retroalimentando o sistema e suplantando as regras

---

<sup>40</sup> “O que propus é embutir na teoria neoclássica da firma dos economistas uma visão sociológica dos mercados. Os mercados são estruturas sociais autorreprodutivas entre círculos específicos de firmas e outros atores que desempenham papéis decorrentes de observações dos comportamentos uns dos outros. Argumento que o fato chave é que os produtores observam-se uns aos outros em um mercado. (...) Mercados não são definidos por um leque de compradores, como alguns de nossos hábitos de discurso sugerem, nem produtores são obcecados com especulações de uma demanda amorfa. Insisto que o que uma firma faz no mercado é acompanhar a concorrência em termos de itens observáveis” (WHITE, 1981, tradução livre).

formais e informais pré-concebidas pelo mercado e pelas demais instituições. É essa retroalimentação que perpetua a arquitetura dos mercados ilicitamente formada por quem comete infrações contra a livre concorrência.

O lado otimista é que as concepções de controle têm sido exploradas em programas de integridade concorrencial com o escopo de fazer com que a firma reaprenda a lidar com *stakeholders* sem prejudicar o ambiente econômico (CARVALHO, 2015). Tais programas ditam regras adicionais àquelas estabelecidas pela lei e pelas autoridades, porém que reduzem a propensão de cartelizar e sejam aptas a readequar suas estratégias sem infringir o ordenamento jurídico. A própria autoridade pode ser uma sinalizadora das boas práticas desses programas por meio de regulamentações infralegais, deixando pré-estabelecidas regras de reprovabilidade e persecução administrativa. Além disso, podem ser implementados em momentos de crise do cartel ou por decorrência da tomada de decisão de dirigentes da empresa, ainda que a colusão esteja estável (FLIGSTEIN, 2001, pp. 35 e 84-85).

No caso do Cade, a cultura de promoção da concorrência ocorre também pela via da advocacia da concorrência, ainda que essa tarefa não lhe seja legalmente atribuída. Isso principalmente se deve à sinalização emanada pelas próprias decisões da autarquia, nas quais os atores econômicos conseguem identificar concepções de controle. Outra via de sinalização seria a criação de normas jurídicas positivadas, para a qual o Cade não possui autorização legal. Aliás, a confecção de regras pelo Poder Legislativo poderia ser o meio mais claro de indicar a licitude de uma determinada prática empresarial. Entretanto, a enxurrada de normas não foi desejada pelo legislador brasileiro, que editou uma lei concorrencial com conceitos mais abertos para melhor adaptação às constantes mudanças do mercado. Dentro dessa técnica de criação do direito caso a caso é que o Cade deve se preocupar com as sanções apropriadas a situações específicas:

A falha generalizada em adotar critérios racionais de *enforcement* de leis tem muitas vezes – e talvez regularmente – ocorrido devido à simples falta de compreensão da necessidade e da natureza do *enforcement* racional. O esclarecimento da lógica do *enforcement* racional, bem como a demonstração de que grandes ganhos seriam obtidos com a alteração para um esquema de *enforcement* racional, é presumidamente condição necessária (e, com sorte, suficiente) para melhorar a compreensão pública dos problemas de *enforcement*.

Existe, entretanto, uma segunda e totalmente diferente razão para utilizar o que parecem ser sanções inapropriadas e dotações inapropriadas para os corpos de *enforcement*: o desejo do público de não aplicar as leis. As dotações para a agência de *enforcement* e os vereditos dos júris são instrumentos pelos quais a comunidade pode constantemente rever a política pública. Se a sociedade decide que ingerir

bebidas alcóolicas ou acelerar automóveis não é ofensa séria na forma ordinária, é possível restringir recursos para *enforcement* e, assim, compelir a agência de *enforcement* a lidar apenas com um número menor de ofensas (talvez ofensas de maior magnitude, tais como embriaguez crônica ou direção em altíssimas velocidades). Há uma inércia considerável no processo legislativo – inércia que desempenha funções muito úteis – e é mais fácil fazer ajustes marginais contínuos em uma política por comitês orçamentários por diferentes recursos de *enforcement* que modificar a lei. A variação no *enforcement* fornece uma flexibilidade desejável na política pública (STIGLER, 1974, tradução livre).

A retroalimentação entre as concepções de controle e os outros três elementos acima apontados asseguram a estabilidade das regras, retirando do Poder Público a necessidade de emanar leis e decisões a todo momento. Observe-se que esse tipo de alteração estrutural é eficiente sob o ponto de vista da economicidade de recursos públicos e da menor intervenção do Estado no domínio econômico. Logo, se um remédio tem por base as concepções de controle e consegue implementá-las de forma eficiente e incontestável, a irradiação dos efeitos pró-competitivos é certa e capaz de influenciar profundamente a arquitetura de mercados.

## **1.6 Conclusão**

O presente capítulo buscou traçar as noções iniciais sobre a imbrincada relação entre remédios e regras de mercado. Dissertou-se acerca da capacidade de sinalização por meio de regras formais e informais, as quais podem remodelar comportamentos com e sem a intervenção do Estado.

A regulação enveredada pelas regras traz uma rede de incentivos específica, dentro da qual os agentes operam lícita ou ilícitamente. E, neste último caso, os remédios são chamados a atuar na impossibilidade do mercado se autocorrigir, o que mitiga o legado da “mão invisível” diante de situações fáticas em que o mercado sofre para abafar infrações anticompetitivas.

A dicotomia doutrinária entre remédios comportamentais e estruturais foi trazida para registrar a dupla possibilidade de ação do Poder Público quando intervém com o fito de preservação da livre concorrência. Muito mais que conceitos fechados, a essência dos remédios deve se ater ao fim a que foram desenhados e, mais ainda, aos objetivos corretivo e restaurativo em prol da construção e reconstrução de um cenário efetivamente competitivo.

A multidisciplinariedade é importante na formatação dos remédios, eis que revelam as repercussões sociais em cada esfera do conhecimento. A miopia só do direito ou só da

economia prejudica um desenho efetivo, eficaz e eficiente de remédios destinados a corrigir falhas de mercado.

O objetivo desse capítulo é trazer os elementos que revelam o legado dos remédios antitruste: antes aplicáveis apenas ao controle de estruturas, hoje são mais arrojados para abarcar também a repressão a ilícitos antitruste. A prevenção almejada pelos remédios pode ser abstraída do fato gerador dos remédios, de sorte que qualquer abuso de mercado poderá ser objeto de remédios.

Os remédios têm sido tipicamente vislumbrados em atos de concentração, o que não impede sua incidência também no controle repressivo. As ideias de prevenção geral, retomada do processo competitivo e cessação da conduta permeiam toda a análise e o desenho dos remédios.

A disciplina de comportamentos é pressuposto para restaurar cenários competitivos lesados por cartéis e pode ser implementada pelos remédios antitruste. A cessação da conduta também é um dos objetivos perseguidos pelos remédios a fim de exteriorizar regras formais e informais sobre o funcionamento de mercados à luz de valores como livre iniciativa e função social da propriedade. A moderação institucional dos mercados, portanto, cumpre o papel corretivo-restaurativo necessário à dissuasão.

Se os remédios alcançarem o fim a que se destinam, a pressão competitiva voltará ao mercado por meio de quedas de preços, aumento de rivalidade ou possibilidade de entrada de novos competidores, o que beneficiará o consumidor e restaurará o processo competitivo<sup>41</sup>. Quando esse fim é atingido, os remédios não são mais necessários porque o mercado já terá absorvido as novas regras e os novos direitos de propriedade por eles estabelecidos e, por conseguinte, criado as concepções de controle, as regras de intercâmbio e as estruturas de governança adequadas para lidar com a nova realidade.

A criatividade de cartelistas tem criado arranjos cooperativos não usuais e tem moldado mercados, requerendo do Poder Público medidas dissuasórias mais inovadoras e menos padronizadas para desestabilizar cartéis. A compreensão da maneira pela qual a

---

<sup>41</sup> “Se a competição é restabelecida de maneira exitosa, a pressão competitiva diminuir os preços, além de eliminar efeitos prejudiciais adicionais a consumidores. Mais remédios não serão necessários. Entretanto, podem existir algumas vezes efeitos prolongados em preços ou em outras condições que podem não ser integralmente reparadas por forças competitivas após o término da infração” (HJELMENG, 2013, tradução livre).

infração anticompetitiva restringe a rivalidade do mercado ou sustenta barreiras à entrada pode ser a chave para modelar soluções mais customizadas e adequadas a cada caso concreto, especialmente se mapeados direitos de propriedade, estruturas de governança, regras de intercâmbio e concepções de controle.

Os pressupostos do Estado como agente que estabelece concepções de controle e como ente transformador de mercados podem traçar um novo horizonte para o combate a cartéis no século XXI diante da insuficiência de penalidades fundadas unicamente na multa.

## 2 REMÉDIOS EM CARTEL: NECESSIDADE E PRINCÍPIOS

A primeira parte do capítulo tem por escopo discutir se a intervenção do Estado via remédios pode ou não ser apropriada ante a funcionalidade do instituto e os ditames constitucionais inerentes à livre concorrência. O capítulo aponta caminhos que justificam a necessidade de intervenção via remédios antitruste quando o autoalimentação normativa dos mercados não consegue superar a dominância e a modelagem de mercado criadas por cartéis. O desenvolvimento da argumentação passa sempre pelo redirecionamento dos incentivos como força motriz para o desenho de remédios antitruste, que é a linha-mestra de todo o presente trabalho.

A segunda parte desta seção objetiva apontar princípios para aplicação de remédios antitruste em cartel, uma vez que a literatura especializada tem trazido tais princípios de forma dispersa e não sistematizada. Além disso, enumerar tais princípios é útil para evidenciar a funcionalidade dos remédios na tentativa de sinalizar quais são os valores almejados e afastados ao se pensar na intervenção estatal pontual para remodelagem de uma parcela do mercado. Ademais, tais princípios podem contribuir para a compreensão de como a arquitetura jurídica dos mercados pode ser afetada positiva ou negativamente pelos remédios.

### 2.1 Intervenção Necessária?

Um cartel é capaz de combinar o comportamento de seus membros e uniformizar seus intentos contra a plena competitividade (HOVENKAMP; LESLIE, 2011). Diante dessa constatação, cabe ao Poder Público quebrar o ciclo vicioso do cartel e encontrar uma forma de moldar e redisciplinar esses comportamentos de acordo com a lei, o que pode ser feito com remédios antitruste.

Certos arranjos corporativos são tão perenes e repetitivos que exigem do Poder Público mais criatividade no momento de estipular desincentivos de cometimento de ilícitos, pois ter a inércia da mão invisível *smithiana* e a paciência dos Antigos para “aguardar o remédio para cada dor” (*cuivis dolori remedium est patientia*<sup>42</sup>) pode causar ainda mais estragos que uma intervenção inadequada<sup>43</sup>. Decerto há estruturas anticompetitivas tão

---

<sup>42</sup> Do latim “a paciência é remédio para cada dor”.

<sup>43</sup> “O ator e filósofo da vida, Peter Ustinov, é conhecido por ter oferecido o seguinte conselho a vários assuntos: “apenas não faça nada, fique aí!”. Isso pode resultar em um tipo estranho de “remédio”, mas fazer nada é uma

arraigadas no mercado que a simples multa ou os meios sancionatórios tradicionais não são capazes de reverter o quadro de prejuízo à sociedade:

No que diz respeito às condições concorrenciais, é fundamental que os mercados já viciados em razão das práticas de corrupção possam ser minimamente reestruturados, sob pena de permanecerem todos os incentivos para as práticas ilícitas. Afinal, estruturas que foram criadas ou consolidadas a partir da corrupção dificilmente serão totalmente alteradas apenas por meio de medidas punitivas, como multas, restrições comportamentais ou mesmo prisão de executivos ou funcionários.

(...) Por essa razão, ao lado de medidas punitivas e de implementação de programas de *compliance*, o combate à corrupção exige necessariamente o restabelecimento ou mesmo a implantação de pressupostos que possam assegurar a competição em razão da eficiência e do mérito. Nesse ponto, é premente o diálogo entre a seara anticorrupção e a seara concorrencial. Já a corrupção, em muitos casos, é a causa ou a consequência de problemas concorrenciais (FRAZÃO, 2016).

A reestruturação de mercados é um tema crucial para trabalhar mercados viciados por cartéis. Só que a modelagem ilícita de mercados também vem sendo estudada por outras áreas além do antitruste, tal como a de combate a corrupção, porém com a mesma lógica, que é inibir a capacidade dos atores de construir um mercado a seu bel-prazer e retirar deles o principal meio para perpetuação do ilícito. A corrupção pode ser mais um dos muitos custos de transação que embaraçam a competitividade, dificultando o dinamismo de mercados, impondo barreiras desnecessárias a possíveis entrantes e privilegiando determinados indivíduos dotados de inserção política e não de pujança competitiva empresarial. Os vícios que demandam intervenções de mercado são uma constante no estudo dos fenômenos jurídico-econômicos que permeiam atitudes ilegais e podem alcançar disciplinas que extrapolam o direito antitruste.

A manipulação indevida de variáveis de mercado por cartéis, ainda que não tenham propósito concorrencial específico (v.g. fechamento de mercado ou imputação de sobrepreços), acaba resvalando em falhas de mercado criadas ou aumentadas pela combinação

---

opção viável em várias situações que envolvem condutas unilaterais de firmas dominantes. Primeiro, se você crê em ondas *schumpeterianas* de destruição criativa, você simplesmente espera e relaxa para a próxima grande coisa que inundará o poder temporário de monopólio que surgiu da última grande coisa. Em segundo lugar, vários críticos sugeriram que a inação é também uma estratégia adequada se conclusões equivocadas são prováveis, se não há um remédio viável ou se a possibilidade de uma resposta de mercado mais rápida ultrapassa os supostos prejuízos e os ganhos potenciais da litigância. Em terceiro lugar, as condições de mercado às vezes evoluem ao longo da litigância de modo tal que o que inicialmente parecia uma boa ideia não mais parece ser. Essa foi a base para que os Estados Unidos abandonassem seu esforço de trezes anos contra a IBM na discussão da monopolização ilegal da indústria de mainframe de computadores que existiam no final da década de 60 e no início dos anos 70. Finalmente, as agências antitruste (e as partes privadas) não podem perseguir todas as queixas e não podem ganhar todos os casos de forma que pelo menos alguns supostos abusos monopolísticos nunca serão enfrentados pelas cortes e qualquer alívio deverá vir de fora do sistema legal” (WALLER, 2009, tradução livre).

anticompetitiva. O controle da modelagem de mercado, portanto, produz efeitos não apenas na seara antitruste, mas também em outras situações que reverberem desvios de mercado, tal como o combate à corrupção. Em ambos os casos, o infrator burla a dinâmica usual da interação de forças e de agentes econômicos para buscar um desenho de mercado que lhe seja mais favorável, mesmo que tal desenho desrespeite conceitos fundamentais de justiça e igualdade em nome da livre iniciativa.

Existem diversos tipos de ajustes cooperativos entre empresas que podem trazer laços tanto sob o viés socialmente positivo quanto sob o viés socialmente negativo. Alguns deles – tais como *joint ventures*, consórcios, contratos associativos e estruturas de *interlocking* – são alianças juridicamente autorizadas e autorizáveis e podem trazer benefícios à sociedade, especialmente em relação a economias de escala, compartilhamento de riscos e reduções de custos de transação (MARITI; SMILEY, 1996, p. 280), bem como troca de conhecimento, harmonização de operações produtivas e aprendizado conjunto (LAZZARINI, 2011, p. 6).

Cooperações entre empresas podem ser pró-concorrenciais ao favorecerem entradas de *players* em um determinado setor produtivo, mas dependem da avaliação de outras estruturas peculiares a cada caso e das características de mercado presentes e futuras para que se conclua acerca da existência de benefícios sociais líquidos resultantes (MARITI; SMILEY, 1996, pp. 288-290). A busca por interesses comuns privados nesses acordos horizontais, por sua vez, deve ser avaliada com muita cautela, já que pode haver piora social, hipótese esta em que tais cooperações podem ser declaradas nocivas, sob o ponto de vista concorrencial, e rechaçadas por autoridades antitruste (LAZZARINI, 2011, p. 117).

Em outros cenários horizontais, tais como cartel, a união relacional entre empresas tende a criar um ambiente propício de redução de competitividade, o que impacta negativamente no crescimento econômico nacional. Ainda que o cartel almeje ser um ente monopolista, a pluralidade de seus membros o faz mais frágil que uma firma com posição dominante porque os interesses de cada um são diferentes e, em muitas situações, colidentes<sup>44</sup>. A perpetuação dessa estrutura acaba por desenvolver um *know how* de cartel que

---

<sup>44</sup> “Em geral, a conduta conjunta de concorrentes garante um escrutínio antitruste próximo e regras mais severas que aquelas aplicáveis a condutas de apenas uma firma. Isso é verdade mesmo quando cartéis são inerentemente mais voláteis que monopolistas de uma firma só. Em primeiro lugar, eles podem vir a existir de forma mais fácil. A formação de um monopólio pode levar anos de concentrações, pesquisa e desenvolvimento superiores,

é cada vez mais aprimorado pelos infratores e muitas vezes até replicados de outros mercados cartelizados, capaz de aumentar ainda mais os custos de transação resultantes e internalizados por toda a sociedade:

A interseção multissetorial de vários grupos e o fato de muitos deles exibirem carros-chefe distintos são fatores que, na realidade, *facilitam* acordos de preços. Uma “guerra generalizada” será muito mais custosa em um cenário de múltiplos mercados, especialmente se ataques e contra-ataques ocorrerem nos mercados carro-chefe. Talvez de forma paradoxal, a iminência da guerra tenderá a disciplinar os grupos. Adicione-se a isso o fato de que alguns grupos podem, ao longo do tempo, desenvolver toda a “tecnologia” necessária para estabelecer acordos de preços — conhecimento de mercado, mecanismos de operação, contatos velados — e aplicar esse conhecimento nos vários setores onde atuam. No Brasil, várias denúncias de cartéis e esquemas de conluio de preços foram observados em setores com amplo envolvimento de grupos: cimento, suco de laranja, fertilizante. Aprender a *não* competir pode, no final das contas, ser muito valioso (LAZZARINI, 2011, p. 75).

Diante desse quadro cinzento, o grau de repreensão e reprovabilidade de cooperações corporativas é campo fértil para que se promovam discussões quanto a sanções a cartéis e a justa medida entre punição e persuasão. Afinal, estamos na “era dourada” de *enforcement* de cartéis (SOKOL, 2012), que são entendidos como a mais grave prática anticompetitiva que uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica – ou mesmo um ente despersonalizado – pode cometer. A teoria antitruste assume que as possíveis justificativas econômicas que poderiam ser angariadas por esse tipo de prática são tão poucas e ocorrem em casos tão raros a ponto de não ser necessário o questionamento sobre a razoabilidade da infração.

Uma discussão interessante que pode ser enveredada na seara dos cartéis a todo momento é o efeito dissuasório da desarticulação de estratégias ilícitas – com estratégias outras que não a multa – na concepção de instrumentos eficazes de política antitruste. Estudos realizados nos Estados Unidos mostram que as pessoas não focam exclusivamente nas consequências sociais de uma punição e nem sempre procuram o patamar ótimo de sanções a serem aplicadas em um caso concreto. Em um experimento conduzido em um determinado grupo de cidadãos dos municípios de Phoenix e Chicago (Estados Unidos), concluiu-se que as pessoas não pensam espontaneamente em algum tipo ótimo de dissuasão e que a

---

marketing, predação ou simplesmente sorte. Por outro lado, um cartel teoricamente pode ser criado do dia para a noite.

Ao mesmo tempo, todavia, o cartel é inerentemente mais frágil que o monopolista. Os interesses do cartel como um todo muitas vezes divergem substancialmente dos interesses dos membros individualmente considerados. A natureza do cartel é convidar seus membros a traí-lo. Frequentemente, trapaças inteligentemente conduzidas podem impor pequenos ganhos ao traidor individualmente considerado. Se membros do cartel traem o acordo, o cartel se rompe. Como resultado, muitos cartéis se empenham extraordinariamente em reduzir as oportunidades de traição” (HOVENKAMP, 2011, p. 159, tradução livre).

probabilidade de detecção do ilícito não interfere no julgamento que fazem sobre a penalidade apropriada (SUNSTEIN; SCHKADE; KAHNEMANN, 2002, p. 141).

Outra via que explica a necessidade de dissuasão é a capacidade de as pessoas replicarem comportamentos reprováveis porque tais comportamentos proporcionariam um retorno maior que os comportamentos aceitáveis. Nesse sentido, valores como honestidade e trabalho duro podem prosperar, mas também outros que estejam ligados a melhores *payoffs* e menor legalidade podem se destacar em um processo de transmissão cultural.

Entretanto, há outra forma em que normas, como honestidade e trabalho duro, podem proliferar: aqueles que aderirem a essas normas podem, em média, colher maiores *payoffs* materiais que os membros de seu grupo que fugiram das normas. Se o processo de transmissão cultural favorece aqueles que têm maiores *payoffs* (...), essas normas serão copiadas e proliferarão. Nesse caso, a razão próxima para comportamentos honestos e de trabalho duro é o valor dos lugares singulares da norma em si mesma, não a antecipação do ganho. O *payoff* maior explica porque o indivíduo abraçou a norma.

(...) O processo de transmissão cultural é fortemente influenciado pela estrutura das interações sociais, com a tendência de copiar a bem sucedido como consequência da maneira como muitas – mas longe de serem todas – sociedades são organizadas (BOWLES, 2004, pp. 239-240, tradução livre).

Esse raciocínio permite intuir que a prevenção a futuros ilícitos começa no combate às ilegalidades que ocorrem no presente por uma razão intimamente ligada ao comportamento individual continuado. Se várias pessoas de um mesmo grupo passam a seguir uma mesma norma, o que também pode equivaler a deixar de delinquir, o valor que prevalecerá nesse grupo será o de seguir essa norma. Parte disso se deve ao “efeito manada”, mas outra parte se deve ao juízo pessoal do indivíduo de que ele terá mais benefícios seguindo a norma que o contrário.

As pessoas começam a copiar os comportamentos umas das outras em interações repetitivas, das quais também resultam retaliações com intuito corretivo. E esse comportamento será repassado entre as gerações, de forma que a observância da regra será a ser natural e deixará de ser imposta de maneira exógena. Na prática, os comportamentos cooperativos acontecem cada vez mais naturalmente ao invés de ser uma avaliação constante de custo e benefício de se estar ou não imerso em um ilícito. Além disso, a reputação é um estandarte que deve ser mantido pelo empresário e fiscalizado por entidades de classe, firmas intermediárias e outros *stakeholders* para espalhar informações sobre descumpridores

contumazes de contratos<sup>45</sup>. Isso é o que faz as pessoas serem honestas mesmo que ninguém esteja olhando (BOWLES, 2004, pp. 240-241).

E qual a relação desses comportamentos repetidos com cartéis?

A resposta a essa pergunta está relacionada às interações repetitivas entre os *players* pertencentes a um determinado mercado. O processo de aprendizado e mudança de organizações pode ser mais demorado que os de seres humanos – apesar das pessoas serem *longa manus* das organizações –, pois incentivos de aumentar lucros são mais despersonalizados que incentivos de maximizar felicidade e bem-estar individual: as massas são mais influenciáveis e propensas a se deixar levar por sentimentos.

Porém, a tendência de organizações de copiar comportamentos de não colusão pode trazer uma cultura de concorrência bastante atraente no longo prazo, o que impulsiona autoridades a se preocuparem no presente com a imposição de medidas que desestimulem a formação atual de acordos anticompetitivos. É a alteração “de dentro para fora”, isto é, a cultura corporativa de um servirá como espelho para os demais, influenciando a estrutura do mercado como um todo.

Outro fator que pode pesar na balança entre repetir um comportamento socialmente aceitável e ponderar o custo-benefício é a reputação que o agente pretende exteriorizar, que é também um importante ativo que confere maior valor agregado à organização (BOWLES, 2004, pp. 241-249). Uma cláusula geral de “não cometerás ato ilícito” pode não ser suficiente para cessar a conduta ilegal por não transparecer os incentivos reputados como corretos de acordo com os padrões sociais vigentes:

Assim, remédios antitruste devem fazer cessar o comportamento abusivo específico, mas remédios em atos de concentração precisam eliminar preocupações acerca de possíveis efeitos anticompetitivos, isto é, suprimir o incentivo da firma objeto da operação de agir contra as regras competitivas. Geralmente, cessar um comportamento abusivo não requer remédios drásticos, por exemplo, uma ordem proibitiva pode servir bem ao propósito. Contudo, desincentivar é outra história. O incentivo da firma em violar a lei de defesa da concorrência tem sua raiz na estrutura

---

<sup>45</sup> “Um mercado bem desenhado tem um leque de mecanismos para construção de confiança mútua. Contratar baseia-se não apenas em tribunais, mas também em mecanismos informais fundados em reputação. A informação deve fluir se incentivos reputacionais estão funcionando. Organizações do setor privado como entidades de classe, firmas intermediárias e *bureaus* de crédito ajudam com a contratação ao espalhar informação sobre aqueles que quebram contratos e, às vezes, ao organizar uma lista negra coletiva desses descumpridores. Esses mecanismos informais complementam o sistema legal ao induzir as pessoas a manter sua palavra” (MCMILLAN, 2002, cap. 5, tradução livre).

do mercado relevante e seus impactos na concorrência podem ser mais profundos e imprevisíveis que seu comportamento. Ademais, autoridades de defesa da concorrência são inclinadas a adotar remédios com efeitos de longo prazo e de longo alcance, tais como remédios de desinvestimento em atos de concentração (WANG, 2011, tradução livre).

Alguns agentes participam de contratos completos, mas têm interação única. Essa singularidade os impede de observar comportamentos precedentes e aprender com a repetição. Casos como esse reforçam a necessidade de se manter uma sedimentada cultura de defesa da concorrência e combate a cartéis com incentivos a comportamentos espontâneos de competitividade, pois, quando esses atores tiverem alguma dúvida sobre qual caminho seguir, tal cultura teria condições de fornecer um norte razoável para incertezas como essa. A construção prévia de uma estrutura de incentivos de “não cartel”, portanto, é capaz de guiar não apenas aqueles que reiteradamente transacionam como também outros que participem do mercado de forma mais esporádica.

Quando as relações interpessoais e interempresariais não gozam de completude, a previsibilidade sobre o dia seguinte é uma incógnita: sabe-se que há uma lesão ao bem jurídico tutelado pela defesa da concorrência, mas não se dispõe de todos os meios e informações para acalotá-la. E diante dessa incompletude, a incerteza é inevitável, pois não se sabe o que vai acontecer porque nem todas as informações estão plenamente disponíveis a todas as partes que transacionam um determinado bem (BOWLES, 2004, p. 236). Eis a “assimetria de informação” reverberada pela teoria econômica e constantemente aplicada no estudo dos mercados<sup>46</sup>. E a supressão dessas incertezas acaba criando um ciclo, no qual a

---

<sup>46</sup> “A teoria econômica de livros-texto não afasta a noção de que mercados são mágicos porque ela diz pouco sobre como mercados funcionam. Apesar de a economia ser, em grande parte, um estudo dos mercados, os livros-texto representam-nos de forma abstrata. O diagrama de oferta e demanda, exposto em incontáveis palestras de ‘Economics 101’, é uma narrativa desumana de trocas. Ele deixa sem explicação muito do que precisa ser explicado. Ele nos diz o que os preços fazem, mas é silente em dizer como eles são estabelecidos. Oferta e demanda superar questões sobre como compradores e vendedores se encontram, que outras transações eles têm, como compradores avaliam o que estão comprando e como acordos são cumpridos. Três ganhadores do Prêmio Nobel notaram essa singularidade. George Stigler achava que eram ‘uma fonte de constrangimento em que pouca atenção era dispensada à teoria dos mercados’. Douglass North notou o ‘fato peculiar’ que a economia ‘contem tão pouca discussão sobre a instituição central que fundamenta a economia neoclássica – o mercado’. Ronald Coase reclamou que o mercado tem um ‘papel obscuro’ na teoria econômica e a ‘discussão sobre o próprio mercado desapareceu completamente’.

A crítica dos ganhadores de Prêmio Nobel foi agora endereçada. A economia moderna tem muito a dizer sobre o fundamento dos mercados. Teóricos abriram a caixa preta da oferta e da demanda e nela mergulharam. A teoria dos jogos foi trazida para dar suporte aos processos de trocas. Ao examinar os mercados mais de perto, a nova economia enfatiza as fricções de mercado e como elas são mantidas sob controle. Em 2001, esse trabalho recebeu reconhecimento com o prêmio Nobel em economia de George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz por lançarem os fundamentos, como disse a citação do Nobel, ‘para uma teoria geral dos mercados com informação assimétrica’. Expressadas em matemática e em um impenetrável jargão, essas novas ideias estão

previsão do caminho mais racional que o outro agente tomaria influencia uma determinada decisão (COASE, 1996; KNIGHT, 1921), em um sistema de retroalimentação, enumerando e sopesando os custos de transação envolvidos em uma relação jurídico-econômica.

Incertezas podem ser reduzidas, por exemplo, por meio de arranjos cooperativos entre empresas, que ora são lícitos, ora são cartéis, e a fronteira entre licitude e ilicitude é traçada pelo ordenamento jurídico, mais precisamente pelas regras por ele conformadas e circundadas. A colaboração entre estruturas pode depender do grau ou do tipo de interdependência organizacional, da consciência organizacional em relação à aludida interdependência, do número de organizações envolvidas, da abrangência das ligações que concernem a eventos uniformes ou não uniformes e dos recursos empenhados para manutenção de vínculos organizacionais (BRANCHER, 2010; PFEFFER; NOWAK, 1996, p. 386).

Tais incertezas podem ser mitigadas pela formação de círculos de confiança em que as aglomerações<sup>47</sup> são responsáveis por investimentos em escala e pela formação de sinergias entre firmas. Esse cruzamento seria também capaz de repassar essas eficiências às firmas objeto dessas aglomerações, contrapesando o risco patrimonial inerente à atividade empresarial. O outro lado dessa balança está nos desvios desses círculos para cooptar agentes públicos e parceiros e construir estruturas coordenadas de mercado inclinadas a reduzir a rivalidade entre as firmas, i.e. estruturas cartelizadas (LAZZARINI, 2011, pp. 111-112).

Um ponto que não pode ser ignorado no estudo do comportamento de cartéis é a influência da capacidade de detecção da autoridade antitruste na sinalização emitida por remédios antitruste em cartéis. Não é razoável assumir que cartéis ignoram completamente a existência e a função dela, pois os cartéis tendem a adaptar seu comportamento e suas estruturas internas às instituições e aos instrumentos existentes. Um cartel se comporta de modo diferente na ausência e na presença da autoridade antitruste por meio de camuflagens e mecanismos não explícitos nem imediatos de elevação de preços (v.g. cartéis *hub and spoke* como reação ao sucesso de programas de leniência) (SCHWALBE, 2014).

---

obscuramente nos artigos técnicos. Elas têm, no entanto, um conteúdo profundamente prático” (MCMILLAN, 2002, cap. 1, tradução livre).

<sup>47</sup> Participações societárias sobrepostas detidas por um único proprietário (LAZZARINI, 2011).

Quando há uma investigação de cartel, apura-se a ilicitude de uma forma específica de arranjo colaborativo entre agentes econômicos sem eficiências líquidas, sem incentivos de diminuição de custos de produção e obviamente sem benefícios ao consumidor. Nesse sentido, essa verificação inicial é comportamental e, via de regra, suscita do Estado uma resposta repressiva também comportamental<sup>48</sup>. O questionamento que se coloca no presente trabalho é quando essa resposta se mostra insuficiente porque o *modus operandi* anticoncorrencial acabou por modelar o mercado e reorientar as estruturas que seriam naturalmente formadas, inclusive em situações com efeitos de rede:

Investigações antitruste tipicamente dizem respeito a supostas infrações de natureza comportamental. Além disso, os remédios mais apropriados para resolver falhas de mercado ou preocupações competitivas correlatas são também presumidamente comportamentais. Entretanto, nas hipóteses em que aspectos comportamentais são reforçados ou sustentados por problemas estruturais inerentes a um setor particular, remédios estruturais podem fornecer a única ferramenta efetiva para resolver a questão. Nesse sentido, as pessoas são particularmente conscientes da existência de indústrias ou setores com efeitos de rede ou características de *tipping* (especialmente quando economias massivas de escala estão envolvidas e o modelo de competição perfeita não pode ser sustentado) (ALEXIADIS; SEPENDA, 2013, tradução livre).

Por isso, é interessante perquirir quais os ganhos concorrenciais almejados pelos cartelistas e trabalhar em cima deles para o desenho de remédios e, conseqüentemente, para o aprimoramento da política antitruste. Tais ganhos nem sempre se concretizam em cifras quantificáveis, razão por que se mostra adequada uma aceção que engloba o elemento estrutural principal sobre o qual o cartel se fundamenta: diminuição ou a supressão da rivalidade (MILLER, 2012). Essa redução de rivalidade teria duas etapas, não necessariamente sucessivas ou cumulativas, as quais incidiriam sobre o conjunto dos cartelistas e que podem ser categorizadas como “interna” ou “externa” (HEEB et al., 2009), o

---

<sup>48</sup> “Em síntese, cada membro individual do cartel tem o incentivo a trair o cartel por meio de mais produção que o combinado. Histórias de traição de cartel são comuns e o excesso de receita marginal da firma individual sobre o custo marginal é uma das principais razões pelas quais cartéis se tornam instáveis e desmoronam, mesmo quando eles são legais. A ausência de mecanismos de *enforcement* efetivo tem levado vários cartéis ao fim. Conseqüentemente, cartéis bem sucedidos desenvolvem mecanismos de detecção e de punição de traições. Métodos comuns para detectar desvios de um acordo de cartel incluem requerer que todos os membros do cartel relatem seus dados de vendas por meio de auditores e do emprego de um administrador de cartel independente. Uma vez que a traição é identificada, o cartel deve impor disciplina à firma anômala para tornar o lapso não rentável e deter transgressões futuras. Alguns cartéis utilizam guerras de preços. A abordagem mais comum, no entanto, é ter a contabilização e a compensação entre os membros do cartel afetados. Muitos cartéis utilizam programas de recompra para lidar com firmas que vendam mais que as cotas do cartel. Por exemplo, como parte do acordo dos membros do cartel do ácido cítrico, para equilibrar os livros do cartel no fim de 1991, uma firma que vendeu demais, a Haarmann & Reimer, foi convidada a comprar 7.000 toneladas de ácido cítrico da ADM, que vendeu menos que as cotas do cartel. Enquanto efetivos, esquemas de recompra requerem contínuo monitoramento para avaliar se as vendas coincidiram com as cotas. Em resumo, o mecanismo de *enforcement* do cartel requer constante coordenação” (HOVENKAMP; LESLIE, 2011, tradução livre).

que também pode ganhar a roupagem de “controle de projetos” (FLIGSTEIN, 2001, pp. 69-72).

A primeira etapa da minoração de rivalidade visa a arrefecer a concorrência dos participantes entre si em uma estratégia de cooperação, excluindo a competição “intracartel”, com o objetivo primordial de construir a fidelidade entre os infratores. Cartelistas naturalmente têm o incentivo de trair ou desobedecer ao ajuste firmado entre os concorrentes porque, ao buscar a maximização de seu próprio lucro, tendem a estabelecer seu preço abaixo do acordado – já que ele saberá que existirá um patamar de preços mais elevados que o dele –, atraindo assim a demanda dos demais.

A traição ao cartel não ocorre apenas com preços, seja porque cartéis que manipulam exclusivamente preços estão praticamente extintos, seja porque essa estratégia é facilmente detectável. Por isso, a burla ao acordo geralmente ocorre de forma mais camuflada, como descontos cruzados em produto não cartelizado, acordos de reciprocidade em que o fornecedor compra do consumidor algo de volta em preços supracompetitivos e serviços adicionais, e com mais frequência em mercados com custos fixos elevados e em procedimentos licitatórios. Normalmente é nessa brecha de fidelidade que funcionam os programas de leniência (HOVENKAMP, 2011, p. 161-168).

Para evitar burlas ao movimento colusivo, o cartel adota mecanismos de monitoramento, fiscalização e punição daqueles que não seguem o combinado, característica essa marcante desse tipo de infração e cuja eficácia é refletida na grande duração da conduta. Quando o mecanismo de fidelidade está adequado e funcionando bem ao longo do tempo, a comunicação entre os cartelistas passa a ser dispensável porque os comportamentos já estão bem definidos e os mecanismos de punição a traidores, bem desenhados<sup>49</sup>. A estrutura cartelizada estaria, então, culturalmente enraizada nesse mercado.

---

<sup>49</sup> “Se as firmas forem suficientemente pacientes, então existe um PPE [equilíbrio perfeito público] que de fato atinge  $V^{\max}$ . (...) O IIC [compatibilidade provisória de incentivos] desencoraja cada firma de mentir sobre sua mensagem e qualquer desvio disponível – tais como a subcotação dos preços de outras firmas ou a renegação de transferências de equilíbrio – é observável. Seguindo um desvio observável, firmas podem mudar para um caminho de punição em que elas não se comunicam e estabelecer seus preços como se dessem lances de forma não cooperativa em um leilão de primeiro preço. Tais comportamentos de lances formam um perfeito equilíbrio bayesiano na fase do jogo e rendem baixos lucros. Se as firmas fossem suficientemente pacientes, então a ameaça de punição seria suficiente para desencorajar todos os desvios observáveis” (MILLER, 2012, tradução livre).

O segundo estágio tem como premissa a ação do cartel como monopolista, que exerce coletivamente a posição dominante (HOVENKAMP, 2011, p. 178). A importância de assumir tal premissa diz respeito à impermeabilidade do cartel a ameaças externas a ele, ou seja, o monopolista – no caso, o cartel – não corre riscos de perder sua posição dominante: “diante de ‘erro estratégico’ do monopolista, não haverá agentes econômicos que dele poderão aproveitar-se, penalizando o engano cometido” (FORGIONI, 2016, p. 270).

Nesse sentido, o poder de mercado do cartel é percebido de modo agregado, pois todas as empresas atuam como se fossem uma só empresa dominante, de modo que o cartel é mais prejudicial que a soma de intentos anticompetitivos individuais. No caso do cartel, não se pune a posição dominante em si, mas a forma abusiva pela qual ela foi formada. Outra dimensão importante para o estudo dos cartéis, reitera-se, é a estabilidade do acordo de vontades empresariais, a qual garante a perenidade da colusão e, conseqüentemente, dos ganhos por ele pretendidos.

Novamente, o alcance de um mercado estável é a tônica do arranjo anticompetitivo, uma vez que os cartelistas estão sujeitos à elasticidade do consumidor em razão da preferência por um produto substituto ou economicamente mais favorável ou mesmo pelo incentivo da indústria de produzir de modo mais eficiente a fim de maximizar participações de mercado e reduzir preços. Logo, o desígnio dessa fase é impedir que ameaças externas quebrem o cartel, tais como boicotes a entrantes e estratégias de desaceleração de ingresso de produtos substitutos e tecnologicamente mais desenvolvidos, por exemplo.

Se há incentivos à formação de um cartel, o ilícito só funcionará de modo eficiente se houver estímulos para que os participantes nele permaneçam. Os incentivos positivos – do ponto de vista dos cartelistas – decorrentes desse processo dizem respeito a ganhos, monetários ou de mercado, resultantes da combinação entre os atores rivais para diminuir a pressão competitiva de uns contra os outros. Os incentivos negativos, por sua vez, têm relação com o arcabouço de fiscalização externa e punição de posturas que incitem concorrência. São esses dois elementos que tornam um cartel sustentável no tempo e na arena.

A estabilidade de um cartel, pois, acaba sendo afetada de duas formas. O equilíbrio interno do cartel é garantido pela rede de incentivos impostos pelos cartelistas uns aos outros, seja quanto à divisão dos ganhos, seja quanto à repreensão daqueles que burlam o acordo. Externamente, o cartel pode ser desestabilizado pela ação do Estado, seja pela via da

fiscalização, seja pela via da intervenção no domínio econômico. Essa ação estatal pode ser inclusive um mecanismo de detecção de cartéis, uma vez que a diferença entre os comportamentos comerciais das firmas durante e após a intervenção estatal pode confirmar a existência de um cartel:

Para firmas submetidas a essa política de fiscalização, o equilíbrio colusivo relevante é tal que as firmas competem durante o período em que são controladas e coludem nos outros períodos. De fato, o período em que a colusão é mais frágil é o período imediatamente anterior à fiscalização: desvios são mais atrativos quando o período competitivo está mais próximo, desde que o valor da colusão futura seja reduzido. Porém, se a colusão não é sustentável e as firmas concordam em competir nesse período, o valor da futura colusão é ainda menor que o do período antecedente e a colusão, então, não seria sustentável durante aquele período também; por indução para trás, nenhuma colusão seria sustentável em qualquer período prévio. Em contrapartida, se a colusão é sustentável no período imediatamente anterior à fiscalização, é sustentável em todos os períodos em que não há fiscalização (FREZAL, 2006, tradução livre).

As duas fases alhures não são obrigatórias para todos os cartéis, tendo em vista que somente aqueles mais bem sucedidos é que completariam todo o ciclo de abuso de posição dominante (OLIVEIRA JÚNIOR; LUIS, 2015). Isso não quer dizer, em contrapartida, que todos os cartéis sigam rigorosamente esse ciclo, já que há cartéis que não dão certo e há aqueles que não são exitosos em afastar ameaças alheias aos participantes da colusão. Porém, o insucesso de um cartel não deixa de caracterizá-lo como cartel, uma vez que a consumação da infração é avaliada pela constatação da mera conduta dos infratores e não pela existência ou não de efeitos causados pela colusão<sup>50</sup>. Está em jogo, portanto, a decisão das firmas em estabilizar mercados por meio de mecanismos de redução de custos de transação com o fito de minimizar as instabilidades inerentes a uma dinâmica competitiva:

Conclui-se, então, que, suprimida a rivalidade interna, cartéis têm incentivo para adotar condutas classificadas como abuso de posição dominante, geralmente associadas a empresas individuais. Diante disso, Heeb et al. (2009) propõem que, ao investigar cartéis, as autoridades antitruste devem ir além da supressão da rivalidade interna e verificar se eles adotam condutas típicas de empresas com posição dominante que dela abusam para cercear a concorrência. Caso haja provas dessas condutas, isso significa que o cartel sob investigação suprimiu a rivalidade interna, passou à segunda fase, e se tornou capaz de abusar da posição dominante, alcançada justamente em função da supressão da rivalidade interna (OLIVEIRA JÚNIOR; LUIS, 2015).

É difícil fixar o ponto temporal específico em que a empresa se abstém de tomar decisões estratégicas independentes e passa a participar de um conluio potencialmente danoso

---

<sup>50</sup> Essa regra deve ser vista *cum grano salis* para cartéis transnacionais, cujos efeitos no Brasil devem ser comprovados, nos termos do princípio da territorialidade inscrito no art. 2º da Lei 12.529/11.

à competição. Atores econômicos podem se sentir estimulados a ingressar em ou liderar um cartel, já que firmas coludem apenas quando o ganho esperado com a colusão for maior que os ganhos esperados com desvios (FREZAL, 2006). Por isso, entender como funcionam os mecanismos de manipulação de rivalidade certamente produzirá frutos para uma intervenção efetiva e adequada a um caso concreto.

E nessa dificuldade de fixar esse momento específico da concepção do cartel é que exsurge a necessidade de estabelecimento de regras. Não se fala aqui das regras desenhadas pelo legislador, que possui capacidade restrita para lidar tempestivamente com mais de uma crise de mercado ao mesmo tempo. Aliás, a tendência é que os atores estatais só intervenham via Poder Legislativo quando grupos dominantes estão em crise (FLIGSTEIN, 2001, p. 41). Aqui se está a emitir um alerta e refletir sobre uma saída para que o dinamismo de mercado seja acompanhado do dinamismo de regras e que a captura seja um risco mitigável e controlável por mecanismos mais transparentes de criação de direito.

Mais um motivo que apoia a necessidade de utilização de remédios é a limitação do Estado em resolver todos os problemas da sociedade. Essa perspectiva de Poder Público como centro e construtor de todas as coisas e soluções parece ultrapassada e, de certa forma, esgotada. O Estado Máximo como salvador de tudo e de todos e como defesa do indivíduo contra si próprio ficou na era *hobbesiana* e já demonstrou sua falha no aumento inevitável do déficit público sem as contrapartidas esperadas, que seriam a efetiva melhoria social e a absorção de todas as amarguras sociais, pelo menos.

Evidência disso é que o Estado utiliza outras arenas para construir suas políticas sem a necessidade de exarar normas positivadas. Foros com representantes de indústrias, por exemplo, podem ser uma oportunidade de detectar e solucionar um problema de mercado – apesar de também ser uma oportunidade de captura. Nessa última hipótese, o Poder Público volta a ter o empecilho de conseguir resolver um só problema de cada vez, seja porque os interesses particulares estão sobrepostos ao interesse público, seja porque o olhar do Estado não consegue alcançar, ao mesmo tempo, todas as dimensões e os novos elementos de todos

os mercados. Por isso, mecanismos mais transparentes de expedição de regras de mercado ajudariam tanto no dinamismo quanto no controle de desvios<sup>51</sup>.

O Estado pode, ademais, ser um agente exógeno deveras transformador de mercados por meio dos remédios antitruste<sup>52</sup>. Ele é um elemento externo apto a desestabilizar estruturas estáveis, tais como cartéis, oxigenando mercados e contribuindo para instalar uma crise na colusão. As forças de mercado estão sempre interagindo umas com as outras e potenciais problemas de regras internas pré-estabelecidos – concepções de controle – em algum dos polos pode ser irradiado para todo o mercado, aumentando a incerteza dos cartelistas quanto à continuidade da não competição (FLIGSTEIN, 2001, p. 84).

Os remédios antitruste são, portanto, uma intervenção necessária à ação corretiva e restaurativa do Estado: são uma forma de resgatar a pluralidade de opções que possam ser livremente fornecidas ao consumidor, uma vez que “mercado competitivo é aquele em que existe alternativas” (MCMILLAN, 2002, cap. 1). O Poder Público é convidado a criar soluções em que o mercado não consegue, sozinho, produzir incentivos para que direitos de ordem social, moral e econômica sejam respeitados. O temor da punição não é capaz de desestimular a reincidência dos cartelistas, tampouco de reverter os incentivos já viciados e instalados no mercado com vistas principalmente a minimizar rivalidade.

A indução a condutas voluntárias é um desafio à autoridade antitruste, que se depara com um contexto de mercado cheio de incertezas e sem a garantia de que conseguirá alcançar

---

<sup>51</sup> “Há duas vias importantes que caracterizam a estrutura política dos domínios da política pública do Estado e que enfocam as relações entre oficiais do governo, suas organizações, firmas capitalistas e trabalhadores. Uma dimensão importante é capturada pelas distinções entre intervenção direta, regulação e mediação. Os campos são intervencionistas no nível em que oficiais do governo podem diretamente tomar decisões substantivas para os mercados. Governos podem deter firmas, controlar o setor financeiro e o investimento direto e regular fortemente entradas e saídas em firmas e a concorrência em mercados. Oficiais do governo têm controle forte sobre firmas e trabalhadores nesses campos.

(...) Por outro lado, Estados dominados por regimes regulatórios criam agências para aplicar regras gerais em mercados, mas não decidem quem pode deter o que ou fazer qual investimento. Estados regulatórios colocam organizações em certos lugares do domínio político para atuarem como “policiais de tráfego”. Teoricamente, os corpos regulatórios não refletem o interesse de qualquer grupo, mas utilizam as regras de forma imparcial para fiscalizar as interações das firmas e dos trabalhadores que estão representados em cada esfera. Muitas vezes, corpos regulatórios são capturados pelas firmas dominantes de uma indústria.

(...) Estados concomitantemente regulatórios e intervencionistas ocasionalmente utilizam mediação em arenas políticas para auxiliar na formulação da política ou para resolver disputas. As interações entre representantes da indústria e oficiais do Estado em torno de uma preocupação comum podem resultar na formação de uma política para um setor da economia em que há conflito entre organizações ou entre firmas e trabalhadores, casos em que os oficiais do Estado podem atuar como mediadores” (FLIGSTEIN, 2001, pp. 42-43, tradução livre).

<sup>52</sup> Excluindo aqui a excepcionalidade de o Estado também atuar como agente de mercado via empresas estatais.

um *status quo ante* suficientemente dissuasório, competitivo e apto a prevenir a nova ocorrência da conduta. Logo, o desestímulo à ilegalidade é apoiado na capacidade de o Estado lidar de forma inteligente e focada com sua capacidade de criar e reformular regras.

Diante de tantos fatores, a regulação estatal é esperada a efetuar essa correção na conduta colusiva com medidas que efetivamente desencorajem cartéis. Tais normas de comportamento de interação repetitiva podem ser fomentadas pelo Estado e também são exemplos de instituições que têm o potencial de orientar preferências. Acontece que, em um mundo que demanda cada vez mais regulação, existem vozes que clamam por mais regulação, por mais Estado (FLIGSTEIN; SWEET, 2002; LAZZARINI, 2011, pp. 34-35), com a mão mais pesada para sancionar cartelistas. Entende-se, todavia, que essa discussão não está diretamente relacionada à capacidade do Estado em evitar que essas condutas se repitam porque o efeito pedagógico dessas sanções não tem relação de causalidade, e nem possui correlação, com o tamanho do Estado.

O que se precisa não é de mais regulação, mas de uma melhor regulação. Essa regulação estatal deve trabalhar com a indução de condutas voluntárias das firmas no sentido de preservar sua reputação e adotar valores morais que impeçam cartéis. O consumidor deve ser visto em primeiro lugar, em longo prazo e não como inimigo<sup>53</sup> a fim de criar uma relação jurídico-econômica suficientemente durável para sustentar a manutenção da firma (KAY, 2015, pp. 255-259). É essa indução que deve ter relação com os atos estatais que realizam a dissuasão da colusão.

## **2.2 Sanção a Cartéis**

O propósito desta subseção é refletir sobre a possível insuficiência da multa como único elemento dissuasório de cartéis. A ideia a ser desenvolvida é a de que muitas vezes a penalidade pecuniária, por si só, não consegue realinhar o comportamento de indivíduos em favor do cumprimento da lei, ainda que o valor dessa penalidade seja elevadíssimo. As condições de sucesso ou insucesso de um cartel envolvem sempre arranjos de incentivos ou desincentivos, razão pela qual a decisão estatal também deveria levá-los em consideração para a pacificação social.

---

<sup>53</sup> Aqui se faz uma alusão ao cartel internacional das lisinas, em que um dos participantes do cartel declarou que os concorrentes seriam seus amigos, mas os consumidores seriam seus inimigos (HAMMOND, 2005; CONNOR, 2001).

O caminho mais natural e esperado de se iniciar um capítulo destinado a sanções seria a enumeração de categorias e tipos analíticos do direito penal. Por razões de recorte temático, esse não será o caminho a ser utilizado no presente trabalho, já que se pretende priorizar a discussão sobre a utilidade e os motivos que levariam a autoridade a aplicar ou não uma medida não pecuniária a título de sanção.

A compreensão do funcionamento dos cartéis migra estratégias eminentemente punitivas para desenhos corretivos e restaurativos, o que evitaria a reincidência e sinalizaria aos demais agentes econômicos qual seria o comportamento reprovável. Busca-se distinguir remédio de pena em razão das diferentes funcionalidades dos institutos, embora muitas vezes ambos usem os mesmos referenciais fáticos para produzir suas respectivas mensagens. Ademais, o objetivo desta subseção é evidenciar que a atitude arrecadatória do Estado deve ser deixada de lado em prol da concessão de novas regras de atuação do infrator no mercado, persuadindo-o a adotar regras e comportamentos conciliáveis com a defesa da concorrência.

A observação de cartéis e a compreensão sobre como eles funcionam são salutares no ensejo de se construir uma efetiva política interdisciplinar de defesa da concorrência. Encontrar elos e reciprocidades entre atores, organizações e regras<sup>54</sup> pode ser um passo importante para aprimorar a política pública<sup>55</sup>, pois permite entender os incentivos que movem cartéis e os fazem moldar o mercado.

---

<sup>54</sup> “Episódios de construção de instituições acontecem em arenas sociais pré-existentes, “domínios” (Laumann e Knoke 1987), “campos” (Bourdieu e Wacquant 1992) ou “campos organizacionais” (DiMaggio e Powell 1983). Em seu manto maior, tais campos são compostos de (1) organizações que buscam estruturar seus ambientes, (2) regras pré-existentes (i.e., instituições existentes) que operam para constranger e permitir atores na arena e (3) atores estratégicos competentes que trabalham em organizações para obter cooperação entre grupos díspares e interesses. Projetos de construção de instituições bem sucedidos em campos ocorrem quando organizações são aptas a criar e modificar regras e procedimentos para estruturar interações em andamento de diversos conjuntos de atores, o que permite à arena que se reproduza periodicamente. Tal projeto não ocorre no vácuo. Pressão e recursos para construção de instituições podem também vir de organizações localizadas em diferentes campos, de atores que operam fora da arena em questão e de mais choques exógenos sistêmicos, como guerra ou recessão econômica” (FLIGSTEIN; SWEET, 2002, tradução livre).

<sup>55</sup> “Enfim, o poder econômico concentrado pode limitar a capacidade de o Estado ordenar variáveis macroeconômicas, e de formular e implementar um conjunto coerente de diretrizes chamado política econômica. Tomando como ponto de partida esse diagnóstico, o Estado pode dimensionar políticas públicas que tenham por objetivo: (i) regular os agentes detentores de poder econômico, controlando variáveis como preços, quantidades, entrada e saída do mercado; (ii) estabelecer a participação do Estado na produção econômica por meio de empresas estatais de modo a compensar ou equilibrar as relações de poder (poder compensatório) ou ainda criar novos mercados; (iii) e, por fim, atuar apenas no controle do abuso do poder econômico, preservando a liberdade de concorrência, através do direito antitruste.

Algumas correntes econômicas acabam olhando para esse esforço com certo ceticismo por acreditarem que a retroalimentação desses três elementos pode trazer ainda mais distorções e ineficiências aos mercados (FLIGSTEIN; SWEET, 2002). No entanto, em um mundo cada vez mais globalizado e interconectado, vale a pena o esforço institucionalista de expandir possibilidades de ação e sentido na expectativa trazer insumos para eliminar incentivos à colusão, sendo um passo fundamental para ampliar a atuação da autoridade antitruste e elevá-la a agente fomentador de paz social.

Discutir sanções é, na verdade, revisitar os objetivos estabelecidos na defesa da concorrência, os quais servem para delinear políticas e prioridades (STUCKE, 2012). O receio de ser descoberto em algo não permitido só existe se houver também um elevado risco de punição ou de retaliação<sup>56</sup> e essa punição ou retaliação só será possível quando houver uma prévia detecção. E a prévia detecção, por sua vez, tem relação com os incentivos do particular em iniciar uma conduta. Tudo parece convergir para a decisão primeira de uma firma ou de um indivíduo em ingressar em um cartel, porém nem sempre o desdobramento da persecução estatal deve findar em punição.

Nesse contexto, assume-se que, por maior que seja o esforço da autoridade antitruste em construir um sólido sistema de detecção de cartéis, tal esforço de nada adiantaria sem a imposição de sanções. De nada valeria um grande investimento em normas reprovadoras sem assegurar sua eficácia, sua eficiência e sua efetividade<sup>57</sup>. Em certa medida, os remédios antitruste dependem sim da existência da ameaça estatal e abstrata da sanção, só que sanções e remédios não necessariamente coexistem em um determinado mercado. Do ponto de vista pedagógico, as sanções exercem seu papel em tentar evitar a reincidência e desencorajar

---

(...) Como política pública regulatória a atuação antitruste deixa de ser apenas uma disciplina de controle, em que vigora uma intervenção corretiva dos mercados, e passa a se notabilizar como criadora de utilidade pública, tipicamente organizativa de alguns mercados” (CARVALHO, 2011).

<sup>56</sup> “O reconhecimento de qualquer situação de colusão naturalmente traz consigo a tentação de *desviar* dela e consequentemente quebrar a colusão nos leva à identificação de dois elementos que devem existir para que a colusão surja. Em primeiro lugar, seus participantes devem ser aptos a detectar tempestivamente que um desvio (uma firma que estabelece um preço mais baixo ou que produz em níveis maiores que os níveis acordados pela colusão) ocorreu. Em segundo lugar, identificar o desvio não é suficiente: deve haver também uma *punição*, que pode tomar a forma de rivais produzindo quantidades muito maiores (ou vendendo a preços muito menores) nos períodos posteriores ao desvio, diminuindo, então, o lucro daquele que desvia.

Apenas se a firma souber que o desvio será rapidamente identificado e que ele será punido (i.e., ela terá de renunciar a suficientes lucros por causa da reação do mercado aos membros do cartel) é que ela poderá se abster de desviar de forma que o resultando colusivo sobrevirá” (MOTTA, 2004, p. 139).

<sup>57</sup> Como qualquer outra política pública, a política de defesa da concorrência também precisa se valer de indicadores inerentes à gestão por resultados.

outros infratores a praticarem condutas semelhantes. No âmbito econômico, elas têm o potencial de reduzir a abrangência da elevação de preços obtida por meio da coordenação ilícita (KAPLOW, 2013, p. 322).

Não se olvida aqui a importantíssima contribuição das modernas teorias criminais para compreensão dos remédios antitruste. Porém, opta-se por uma abordagem que transcenda nebulosos debates sobre tipicidade e responsabilidade para abrir horizontes sobre o porquê de multas não mais serem os únicos elementos levados em consideração na dissuasão concorrencial.

### **2.2.1 Dissuasão e Punição**

A visão de que cartéis são “a antítese do livre funcionamento do mercado” (OLIVEIRA JÚNIOR; LUIS, 2015) acaba por conferir-lhes atenção especial em virtude da gravidade<sup>58</sup> desse tipo de infração em arcabouços normativos do Brasil e de diversos países no sentido de que essas infrações são “o mal supremo do antitruste”<sup>59</sup>.

Cartéis ocorrem geralmente de modo organizado e com efeitos muitíssimo mais lesivos que os de outras práticas econômicas ilícitas do ponto de vista da competição. Acrescente-se que cartéis são criados de maneira artilosa, com as finalidades primordiais de enganar os investigadores e o consumidor, de falsear a concorrência e/ou de apropriarem-se indevidamente de renda.

Essa visão suscita uma importante constatação: cartéis têm elevadíssima reprovabilidade social e devem ser punidos com maior rigor que outras práticas anticompetitivas, o que tem alimentado discussões sobre mecanismos que criam ou

---

<sup>58</sup> “No *trade-off* entre precificação eficiente e alocação eficiente, a alocação eficiente passa a ser surpreendentemente cara. O cartel é sempre propenso a abrir mão de, pelo menos, um pouco de eficiência alocativa para reduzir a severidade de guerras de preço, tal como ilustrado nos Exemplos 1 e 2 e provado no Teorema 1. Em particular, o cartel pode reduzir a severidade das guerras de preço ao ignorar eficiências quando os custos das firmas envolvidas são muito baixos. Então, os pagamentos dos incentivos das firmas para revelações verdadeiras são também constantes quando seus custos são muito baixos. As receitas decorrentes de pagamentos constantes de incentivos são mais facilmente descontáveis de volta para as firmas, permitindo-as reduzir a severidade de suas guerras de preços. O ganho de diminuir a severidade das guerras de preços mais que compensa a perda de eficiência alocativa. Ademais, em um exemplo canônico (Exemplo 3, apresentado uniformemente e com custos distribuídos independentemente), essa intuição aumenta até o espaço sinalizador: o cartel prefere eliminar completamente guerras de preço ao fazer alocações de forma muito ineficiente” (MILLER, 2012, tradução livre).

<sup>59</sup> A Suprema Corte estadunidense assim caracterizou cartéis no julgamento do caso *Trinko* (*Verizon v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 408, 2004).

desestimulam comportamentos (CROWE; JEDLICKOVÁ, 2016) e, portanto, se remédios antitruste devem ganhar mais espaço em deliberações antitruste. Por um lado, a sanção a cartéis deve produzir desutilidade suficiente para compensar vantagens auferidas pelo infrator com a ilicitude (WERDEN, 2009a), questionando a penalidade ótima a que cartéis devem ser submetidos. Por outro lado, a sanção a cartéis deve ser parte integrante de uma política pública maior em que os focos são a proteção ao interesse público, a promoção de uma cultura de defesa de defesa da concorrência e a repressão a posturas anticompetitivas<sup>60</sup>.

A livre concorrência se insere como uma política pública basilar do relacionamento entre o Estado brasileiro e a iniciativa privada. É por isso que os planos implementadores de políticas públicas assumem especial importância no regime democrático pós-1988 – não interessam mais somente aos planejadores, mas também a todos aqueles que, direta ou indiretamente, sentem os seus reflexos: empresários, cidadãos, forças políticas, consumidores, ONGs, trabalhadores, dentre outros. Uma política pública não é feita somente nos fóruns legislativos competentes, mas espalha-se por toda a sociedade, incluindo até mesmo o Judiciário (PAGOTTO, 2010).

Cartéis podem ser vistos como rodadas de jogos coordenados em que há ajustes coletivos para desestimular a concorrência, com estabilidade garantida por mecanismos de monitoramento, fiscalização e, para quem descumpra o combinado, punição. Por meio de acordos explícitos ou implícitos, infratores desenham cartéis na esperança de que não haja incentivos marginais a desvios, o que também inclui a persuasão como ferramenta utilizada em colusões. Tudo isso exige do Estado um relevante e constante esforço de pensar em elementos que desestabilizem esse acordo e gerem incentivos a eventuais traições de seus participantes. Vale aqui a reflexão: se a persuasão é um elemento utilizado pelos cartéis para assegurar a estabilidade da estrutura colusiva, por que não utilizar a persuasão para desarticular o cartel de forma duradoura, isto é, utilizando a mesma ferramenta principiológica do ilícito concorrencial?

Um desses incentivos é a imposição de sanções ótimas, verdadeiras regras de comportamento competitivo, nas quais os agentes sintam-se impelidos a agir individualmente e sem a participação em cartéis. Com isso, em uma situação em teoria dos jogos do tipo

---

<sup>60</sup> “Cartéis estão errados porque comprometem o papel de mercados abertos e competitivos como uma resposta notável a um problema de coordenação social importante de forma que causa danos sérios ao bem-estar da comunidade. Essa combinação de fatores fornece uma justificação robusta para sanções civis e criminais concomitantes em casos apropriados” (CROWE; JEDLICKOVÁ, 2016, tradução livre).

“dilema do prisioneiro”, o Estado cria esse incentivo marginal por meio de sanções institucionalmente pensadas a título de *enforcement*<sup>61</sup>.

Vale pontuar também que nem todo cartel serve para manipular exclusivamente preços. Aliás, essa explicação idealizada de livros de direito da concorrência e de economia dificilmente encontra amparo na realidade porque são múltiplas as variáveis que ocasionam um comportamento competitivo<sup>62</sup>. Ressalte-se que o falseamento da concorrência pode se dar pelo manuseio artificial de quantidade ofertada, pela eliminação da barganha do consumidor via uniformização de condições de negociação, pela criação de dificuldades de inserção de novas tecnologias em um dado mercado, pelo desvelamento de estratégias competitivas de concorrentes por meio do compartilhamento de informações sensíveis, além de outros elementos críticos de supressão de rivalidade.

Logo, a estabilidade de uma colusão deve ser avaliada caso a caso, especialmente diante da identificação do principal instrumento de estabilidade e perenidade da conjuntura ilícita.

E por que tanta preocupação com *enforcement* de cartéis?

A mais severa infração do antitruste impacta drasticamente no bem-estar social quando aumenta artificialmente os preços por mecanismos não ligados à oferta e à demanda, quando reduz a quantidade de produtos vendidos pela mera vontade do fornecedor e não por escolha do consumidor, quando inibe a inovação e a eficiência de agentes econômicos que, de fato, querem colaborar com um mercado realmente sadio<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> “Em outros casos (como o dilema do prisioneiro), os agentes podem ter um incentivo marginal a desviarem-se da norma e sanções externas podem muitas vezes ser necessárias; mas, mesmo nesses casos, a institucionalização da estratégia-como-regra provavelmente serve a um tipo de função de *enforcement*. Isto é, a institucionalização da norma serve à função de *enforcement* como situações de “rotina” em que os *payoffs* de violação da norma não são grandes. As sanções, por conseguinte, não criam a norma; elas existem para fiscalizar casos não usuais em que certos indivíduos podem ter um incentivo maior a violar a norma (Berger e Luckmann 1996: 52). Se as sanções se tornam o principal mecanismo de *enforcement*, então a norma, por si só, pode ser dissonante com ausências relativas (lembre-se do limite de velocidade de 55 milhas por hora) e sob pressão para mudança” (LANGLOIS, 1998, tradução livre).

<sup>62</sup> A esse respeito, vide HOVENKAMP; LESLIE, 2011; e MARTINEZ, 2013, pp. 36-38.

<sup>63</sup> “Cartéis, então, prejudicam o bem-estar social pela ruptura do funcionamento competitivo do mercado. Eles lesionam a “confiança na capacidade do mercado de agir como o mecanismo escolhido de transferência e distribuição”. Há também formas mais específicas de dano associadas a cartéis. Mais importante, os cartéis levam a preços mais elevados e à menor produção de produtos ou serviços correlatos. Os danos decorrentes de preços de cartel, conseqüentemente, têm dois componentes preponderantes. O primeiro é a transferência de riqueza dos consumidores aos fixadores de preços gerada pelos preços elevados artificialmente. Isso também

Como fomentador de comportamentos, o Estado tem a tarefa de configurar o melhor *enforcement* possível e dentro de mercados que estão em constante transformação e mutação. E o *enforcement* é desenhado a partir do comportamento que se deseja obter em um determinado contexto social, o que também se aplica à esfera concorrencial. Aliás, se os mercados conseguissem responder sozinhos às falhas de mercado, não haveria clamor pela presença do Estado, pois não haveria a necessidade da intervenção do Poder Público. Se houvesse um funcionamento eficiente e autônomo dos mercados, sequer haveria a necessidade do antitruste (SOKOL, 2007), tendo em vista que o próprio antitruste é um custo adicional que é imposto ao mercado e à sociedade (EASTERBROOK, 1984).

Os caminhos para o *enforcement* não são lineares e claros porque podem decorrer de distintos processos de tomada de decisão. Estado e particular atuam em condições de ação e reação e, por isso, é importante dimensionar até que ponto a coerção total é válida e a partir de quando a estratégia deve ser dialética, ou seja, é preciso equilibrar a equação entre punição e persuasão.

As penalidades apropriadas aplicáveis a participantes de cartel devem levar em consideração pelo menos os seguintes fatores: (i) a duração do cartel, (ii) as vendas afetadas, (iii) o aumento de preço decorrente da colusão, (iv) o *markup* competitivo, (v) a elasticidade-preço da demanda, e (vi) a probabilidade de detecção (COMBE; MONNIER, 2011; WERDEN, 2009b). Como diretrizes dessa discussão, seguem três indagações apresentadas por Buccirosi e Spagnolo em relação a penalidades aplicáveis a cartéis:

Quanto poderíamos aumentar o valor atual das multas sem quebrar o limite da capacidade de pagamento da firma ou prejudicar a capacidade futura de competição da firma? Podemos usar (des)incentivos de uma maneira mais eficiente?

---

diminui o bem-estar social total porque o sobrepreço dos consumidores pago como parte do preço do cartel poderia ser gasto em bens ou serviços adicionais. O segundo componente do dano decorrente dos preços de cartéis é a redução da quantidade de produtos vendidos. Um preço mais elevado significa que consumidores comprarão menos de um produto e, então, gerará o chamado “perda de peso morto”, que, em síntese, é a perda de utilidade de compras potenciais feitas por consumidores e as vendas adicionais potenciais que ocorreriam se o preço estivesse mais competitivo.

Outras consequências de cartéis incluem redução de eficiência e inovação. Os membros de um cartel de fixação de preços perdem a motivação de produzir seus produtos por menos que outros e, assim, se tornam menos eficientes. Eles podem também perder a motivação a inovar e melhorar seus produtos para atrair consumidores ou, alternativamente, eles podem aumentar preços, uma vez que seus produtos são melhores que outros disponíveis. Esses efeitos podem se estender para além dos membros do cartel para outros participantes do mercado. Por exemplo, cartéis têm sido associados a “efeitos guarda-chuva” (*umbrella effects*) que surgem quando firmas competitivas asseguram compradores, permitindo que eles estabeleçam seus preços abaixo dos da empresa dominante no mercado. Se a entidade dominante é parte do cartel, então outros vendedores serão também aptos a lucrar de seus preços anticompetitivos.” (CROWE; JEDLICKOVÁ, 2016, tradução livre).

Propriedades de equipe inerentes aos cartéis podem mudar a forma com que vemos a política de sanções? (BUCCIROSSI; SPAGNOLO, 2005, p. 25, tradução livre).

Uma das penalidades de âmbito pessoal é a prisão, cuja imposição, no Brasil, é restrita a autoridades que tenham competência penal. A natureza diferenciada dos cartéis tem levado julgadores a considerar esse ilícito tão grave a ponto de inseri-los na esfera da criminalização, afetando a liberdade do indivíduo (WERDEN, 2009). Entretanto, opta-se neste trabalho por somente indicar essa propensão à criminalização de cartéis para fins de recorte temático, sem afastar a importância da discussão. Isso se deve ao fato de que os crimes contra a ordem econômica, incluindo os de cartel, são processados pelo Ministério Público e pelas autoridades policiais, com chancela e julgamento pelo Poder Judiciário<sup>64</sup>.

A esfera pessoal também é atingida pela constrição financeira de multa, de caráter notoriamente sancionatório, que é a penalidade pecuniária mais comum aplicada pelo Cade (art. 37 da Lei 12.529/11). A finalidade de uma multa consiste essencialmente na concessão de um desestímulo ao cometimento da mesma infração pelo condenado e no efeito pedagógico em relação a terceiros que não participaram da investigação. Em alguns episódios do direito brasileiro, tal como no direito tributário<sup>65</sup> ou no direito ambiental<sup>66</sup>, a multa tem viés arrecadatório (natureza fiscal), porém outras vezes ela é destinada à fiscalização e/ou à criação de incentivos de conduta diversa (natureza extrafiscal), ou seja, a própria multa também pode extrapolar sua finalidade primária e assumir outras funções no arcabouço de *enforcement* em que ela é inserida.

---

<sup>64</sup> Como o objeto maior desse trabalho são os atos decisórios exarados pelo Cade, que é responsável pelo conjunto de sanções administrativas aplicáveis e cartelistas e que não tem competência legal para decretar a prisão de indivíduos envolvidos na conduta de cartel, o aprofundamento sobre essa penalidade não faz parte do presente trabalho, muito embora se reconheça a importância desses questionamentos (KAPLOW, 2013, pp. 337-340; WEISHAAR, 2013, p. 11).

<sup>65</sup> “Extrafiscalidade é a utilização dos tributos para fins outros que não os da simples arrecadação de meios para o Estado” (COELHO, 1999, p. 130); “A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido ao legislador tributário a faculdade de estimular comportamentos, por meio de uma tributação progressiva ou regressiva, ou da concessão de benefícios e incentivos fiscais (BALEEIRO, 2003, p. 233); “A extrafiscalidade, como forma de intervenção estatal na economia, apresenta uma dupla configuração; de um lado, a extrafiscalidade se deixa absorver pela fiscalidade, constituindo a dimensão finalista do tributo; de outro, permanece como categoria autônoma de ingressos públicos, a gerar prestações não tributárias” (TORRES, 2001, p. 167); “A principal finalidade dos tributos (que continuarão a surgir em volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não era a de um instrumento arrecadação de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada” (BECKER, 1998, p. 587).

<sup>66</sup> (MOREIRA, 2018).

A estipulação de um valor monetário que seja suficientemente dissuasório é o grande desafio, uma vez que depende do equacionamento de diversos fatores jurídicos e econômicos, tais como proporcionalidade, efeito pedagógico, não confisco e situação econômico-financeira da empresa ou do indivíduo, e está sujeita a distorções quanto à subpunição ou à sobrepunição (BAGERI; KATSOULACOS; SPAGNOLO, 2013).

A legislação brasileira dispõe que a aplicação de um percentual sobre o faturamento da empresa é uma medida adequada para o cálculo da multa e tal percentual seria balizado por critérios de dosimetria, os quais misturam características jurídicas (gravidade da infração e boa-fé do infrator) e econômicas (efeitos líquidos da conduta e situação econômico-financeira). E é essa mistura de institutos de áreas distintas do conhecimento é que torna essa tarefa cada vez mais complexa e com algum risco de não obter os comportamentos esperados pela sanção.

As penalidades pecuniárias possuem cunho essencialmente sancionatório e não reparatório, tendo em vista a Lei 12.529/11 e a responsabilização civil por infrações contra a ordem econômica explicitada sobretudo pelo art. 1º, inciso V, da Lei 7.347/85<sup>67</sup>. Parte dessa confusão conceitual advém da forma de aplicação das sanções de multa em cartéis que fixam exclusivamente preço, a qual teria suficiente dissuasão se a sanção esperada for equivalente ou superior aos ganhos obtidos pelos infratores na prática do ilícito (COMBE; MONNIER, 2011; WERDEN, 2009b). Outra parcela da referida confusão conceitual parece ser oriunda da diferença de tratamento processual entre os diferentes países que adotam a defesa da concorrência como um de seus princípios basilares: é a própria autoridade antitruste que fixa a multa e toma as providências referentes à reparação de danos em alguns países. Esse, contudo, não é o modelo brasileiro, em que o Cade tem autorização legal apenas para fixar a multa, deixando o mister reparatório ao Ministério Público, às advocacias estaduais e aos particulares lesados.

O *enforcement* público das normas de defesa da concorrência não tem finalidade reparatória, pois a compensação pelos ilícitos é envidada por esforços dos prejudicados em reaver seus prejuízos. O objetivo maior desse *enforcement* público, então, é prevenir a

---

<sup>67</sup> Art. 1º, Lei 7.347/85. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

V - por infração da ordem econômica.

reincidência ou fazer cessar a prática cartelizada que esteja em andamento, isto é, a correção e a retomada do *status quo ante* competitivo são caminhos disponibilizados ao Poder Público para aplicar a política de defesa da concorrência:

O *enforcement* do direito da concorrência pretende atingir certas metas ou objetivos. Falando de forma geral e sem fazer referência a qualquer regime concreto de concorrência, os objetivos perseguidos pelo *enforcement* do direito da concorrência são geralmente três. O primeiro objetivo do *enforcement* antitruste é prevenir a ocorrência de infrações antitruste ou, alternativamente, quando a infração já tiver acontecido, fazer cessar a infração. O segundo objetivo do *enforcement* do direito da concorrência é restaurativo ou compensatório; esse segundo objetivo acontece quando a infração antitruste já ocorreu. Nesses casos, o *enforcement* do direito da concorrência pretende remediar a lesão causada pela conduta anticompetitiva por meio de compensação das pessoas que sofreram as consequências da violação. O terceiro objetivo do *enforcement* antitruste refere-se a punir a pessoa ou as pessoas responsáveis pela infração ao direito da concorrência.

No tocante à concretização dos objetivos supramencionados por meio do *enforcement* do direito da concorrência, o último objetivo pode ser adequado a outros tipos de *enforcement* para alcançar alguns desses objetivos de *enforcement*. Por exemplo, no que diz respeito ao primeiro objetivo, quando a aplicação pública das disposições de direito da concorrência é efetiva, ela pode ter fortes efeitos dissuasórios em participantes do mercado e, então, pode prevenir a ocorrência de infrações futuras ao direito da concorrência. Ademais, em casos em que a infração ao direito da concorrência já aconteceu, as autoridades públicas podem ter em seu leque de poderes a capacidade de exigir que os infratores cessem a infração. **Como consequência, pode ser aduzido que o primeiro objetivo do *enforcement* do direito da concorrência pode ser atingido por meio da efetiva aplicação do direito da concorrência pelas autoridades públicas. Outrossim, no tocante ao objetivo compensatório do *enforcement* do direito da concorrência, pode ser arguido que o *enforcement* público do direito da concorrência não pode cumprir esse objetivo, pois muitas autoridades não têm autorização para exigir que os infratores compensem as vítimas da conduta anticompetitiva.** Nesse sentido, outros tipos de *enforcement*, mais precisamente o *enforcement* privado pelos particulares que pleiteiam a responsabilidade civil perante os tribunais, podem ser adequados para cumprir com seu objetivo. Finalmente, com relação ao objetivo punitivo do *enforcement* de direito da concorrência, a constatação referente ao empoderamento das autoridades públicas em impor uma variedade de sanções aos perpetradores de infrações antitruste e que reflete a disponibilidade do *enforcement* público em concretizar esse objetivo (JEREZ, 2015, pp. 74-75, g.n., tradução livre).

Nos inúmeros casos de cartel pautados diuturnamente pelo Cade, o pagamento das multas já tem sido objeto de um novo olhar sob o ponto de vista antitruste em razão desse objetivo não compensatório, tal como será abordado nos dois próximos capítulos. Por um lado, é preciso se pensar na proporcionalidade porque elas não podem representar um confisco. Por outro lado, a multa deve observar a função social da empresa na missão de punir o infrator e evitar a reincidência, pautando-se sobre uma lógica constitucional e uma lógica econômica. Aquela decorre da proteção à livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, da Constituição brasileira). A lógica econômica, por sua vez, permite que a firma obtenha recursos financeiros suficientes para pagar a multa e cumprir a sanção, que é uma exteriorização da defesa da livre

concorrência (art. 170, inciso IV, da Constituição), até mesmo porque o infrator não imagina que poderá ser pego, ainda que faça o contingenciamento contábil do valor da multa. Nesse último aspecto, o empresário terá de rever suas atividades para adimplir a obrigação pecuniária a que sua firma foi condenada.

A título exemplificativo, observe-se a estrutura contábil de uma empresa. Tal estrutura pode esconder a real capacidade de pagamento de multas impostas pelo Poder Público, especialmente se essa empresa possuir uma elevada distribuição de resultados a seus acionistas. Com isso, os recursos que deveriam ser redirecionados à atividade empresarial, inclusive quanto ao pagamento da conta contábil de despesas, são previamente absorvidos pelos acionistas, mascarando a possibilidade de pagamento com recursos decorrentes do regular funcionamento da empresa. Logo, alcançar o acionista pode ser uma saída para obter esses recursos financeiros, mas também para incentivar uma mudança de mentalidade na condução da atividade empresarial. Isso porque, caso os acionistas possam ser concretamente penalizados, eles próprios exigirão medidas para que a firma não cometa ilícitos anticompetitivos<sup>68</sup>. Eis, então, um caso de irradiação pedagógica de penalidades do direito da concorrência e da prevalência da função social da empresa.

As penalidades que atingem a esfera social do infrator, seja do ponto de vista societário, seja do ponto de vista reputacional, têm sido um importante foco de atenções da política antitruste em níveis nacional e mundial. Tendo em conta que a multa ótima mínima é igual ao ganho ilícito esperado e derivado da colusão (COMBE; MONNIER, 2011), o ponto de vista de estipular uma penalidade pecuniária pode não ser suficiente para desestimular a

---

<sup>68</sup> “Os agentes respondem a estímulos e incentivos, e os diversos modelos econômicos que tentam identificar com precisão quais os incentivos envolvidos na tomada de decisões pelos diretores de uma empresa ocupam boa parte da literatura sobre este tema. Sobre este assunto, Paulo Buccirosi e Giancarlo Spagnolo através de um modelo teórico sobre dinâmica competitiva, constataram que, quando os diretores possuem preferência por lucros fáceis – com base na remuneração dos diretores e no nivelamento dos rendimentos, ou quando estes estão sob contratos de incentivo com nível máximo de remuneração (*capped incentive contracts*), como os comuns “prêmios de desempenho”, as empresas administradas por tais diretores podem firmar acordos anticompetitivos muito mais facilmente do que empresas orientadas essencialmente pela maximização dos lucros. (...) Também é possível verificar algumas diferenças nos resultados de pesquisas acerca dos incentivos relacionados a funcionários de alto escalão (o chamado *top management*) e funcionários de médio escalão (*middle management*). No primeiro caso, destacam-se as constatações sobre a influência do poder do diretor-presidente, e da estrutura hierarquicamente superior em relação aos demais órgãos da companhia. Assim, os incentivos dos diretores-presidentes são diferentes, na medida em que se considera, por exemplo, características voltadas ao desempenho da companhia contempladas em plano de bonificação, a maximização de seus resultados e a eventual responsabilidade em casos de condenação por prática anticompetitiva. Neste caso, deve-se considerar tanto responsabilidade objetiva dentro da companhia ou eventuais sanções reputacionais direcionadas ao próprio administrador” (SOUZA, 2016).

formação de novos cartéis. O foco da análise em “ganhos” – e não somente em “lucros” – tem uma interessante discussão, já que os efeitos de cartéis ultrapassam em muito a esfera de vendas registradas em balanços patrimoniais, pois a exclusão de um concorrente pode ser muito mais valiosa que a mera imputação de sobrepreços combinados em um determinado mercado. Por essa perspectiva, os ganhos extrapatrimoniais, nem sempre quantificáveis, também devem ser observados na dissuasão de cartéis.

A persuasão, por sua vez, seria fundada em diálogo e negociação, bem como em mostrar ao fiscalizado que há racionalidade em atender as normas postas no dia-a-dia e enfrentar as violações como episódios isolados<sup>69</sup>. É convencer o administrativo a seguir voluntariamente um determinado caminho ou padrão. É agir preventivamente para a criação de uma cultura da concorrência, evitando o surgimento de cartéis e economizando recursos investigativos.

O custo de se insistir na punição como primeira – e talvez única – opção seria rejeitar de pronto a oportunidade de o próprio infrator corrigir seu comportamento e desperdiçar recursos desnecessariamente com o prosseguimento da beligerância: mais ainda, é não dar algum crédito a eventual parcela de bondade humana que Rousseau vislumbrou em seus escritos clássicos.

O cerne da regulação bem sucedida seria a imposição de punições quando devido e em situações de máxima efetividade sem minar a capacidade do fiscalizador em persuadir o fiscalizado. Acontece que persuasão e punição podem ser interdependentes, pois a possibilidade de punir conferiria legitimidade a reguladores que buscam a persuasão (BRAITHWAITE, 1985, pp. 94-118), isto é, a persuasão não existe sem a punição *in abstracto*, mas elas não precisam ser cumulativas em um dado caso concreto.

---

<sup>69</sup> “Quando há disposição de fazer a coisa certa, a punição generalizada simplesmente não é a melhor estratégia para maximizar o cumprimento da lei. A punição é a melhor estratégia quando a boa vontade é desejada. (...) A punição é algo a que recorreremos apenas quando enfrentamos a esposa, um estudante ou um colega de trabalho para cuja melhor natureza não podemos apelar no que se refere ao cumprimento dos objetivos que temos em mente. Se há uma falha que pessoas como esposas, professores ou gerentes têm em comum é sua inabilidade em entender que você não deve tentar alcançar seus objetivos pela punição até que você tenha primeiro tentado apelar para a melhor natureza das pessoas” (BRAITHWAITE, 1985, p. 99, tradução livre).

### 2.2.2 *Dissuasão e Persuasão*

Convencer pessoas a seguir comportamentos é uma atitude presente no dia-a-dia de famílias, comunidades, mercados e governos. Todos eles são instituições que podem interagir mutuamente para criar restrições, incentivos, informações e normas; todos eles elementos aptos a direcionar comportamentos. Tais comportamentos determinados resultam de uma combinação entre coerção (normas), sanções sociais (regras informais) e expectativas mútuas (convenções). Assim como essas diretrizes podem servir para punir um agente econômico, podem também ser imbuídas de viés pedagógico e funcionar como prevenção a práticas reprováveis que ainda estejam a acontecer (BOWLES, 2004, p. 27 e 48).

No antitruste não é diferente. Quando se busca uma cultura de promoção à concorrência, pretende-se obter comportamentos voluntários das partes em prol da concretização das normas constitucionais que protegem a competição nos mercados. Tais comportamentos devem corrigir as imperfeições dos mercados por meio de instituições, procedimentos, regras e costumes<sup>70</sup>. E essa busca nem sempre envolve coerção, porquanto a persuasão é um norte que pode ser explorado para reverberar atitudes de comprometimento com a ordem concorrencial constitucional. Nesse quadro, é relevante também focar o lado restaurativo da discussão.

A política do Cade de combate a cartéis nesse panorama conceitual tem algum apego à persuasão quando se posiciona favoravelmente ao fechamento de acordos com investigados para colaboração com a conduta apurada e para cessação da prática tida por ilícita, por exemplo. O fator adverso consiste exatamente no temor de uma punição, uma vez que a conduta já foi detectada. A persuasão para obter elementos fático-probatórios dos investigados, para conscientização do infrator e para evitar a continuidade do cartel confere eficiência ao processo ao economizar recursos públicos e acelerar o esclarecimento do acontecido.

A sanção (lida pela Lei 12.529/11 como “pena”), especialmente a de natureza não pecuniária, pode ser capaz de restaurar a concorrência sem a imposição de medidas

---

<sup>70</sup> “A ‘mão’ que guia o mercado pode ser invisível, mas não é sobrenatural. O mercado não é onipotente, onipresente ou onisciente. É uma invenção humana com imperfeições humanas. O mercado não necessariamente funciona bem. Ele não funciona por mágica ou sequer por ‘vodu’. O mercado funciona por meio de instituições, procedimentos, regras e costumes” (MCMILLAN, 2002, cap. 1, tradução livre).

monetárias de grande monta ou com a menor multa possível. Muitas vezes, a intervenção estatal é mais eficaz e eficiente que a aplicação sucessiva de multas pela mesma conduta. A multa aumentada por reincidência pode não ser suficiente para trazer uma solução concreta ao problema concorrencial identificado, inclusive em cartéis<sup>71</sup>.

Há, ainda, hipóteses em que a questão não é em relação ao montante da multa, ou seja, não importa se a penalidade pecuniária é muito elevada ou muito baixa. Nelas, a sobrepena ou a subpena não é determinante para restabelecer rivalidade em razão de a multa não ser capaz de alterar substantivamente a realidade e os estímulos humanos que a regem: a multa nem sempre consegue exercer a capacidade dissuasória de uma intervenção no domínio econômico quando o abuso anticompetitivo causa efeitos tão sérios que o mercado, por si só, não é capaz de acomodar uma dinâmica efetivamente concorrencial. Ademais, a multa não consegue substituir plenamente os efeitos de remédios antitruste, ainda que ela tenha perfeita capacidade dissuasória:

Apesar da possibilidade da multa de dissuadir a firma a comportar-se indevidamente, ela não pode reiniciar a oportunidade de competição no mercado relevante. A qualidade referente à facilidade de aplicação de uma pena não pode compensar pela sua incapacidade de restabelecer a competição. Ademais, as multas podem dar à firma mais razões para ganhar mais lucros, até mesmo por comportamentos ilegais. Além disso, as multas não substituem remédios em casos antitruste, especialmente quando remédios afirmativos ou estruturais são necessários (WANG, 2011).

Na prática, a aplicação da multa não extermina o problema concorrencial e tampouco garante a cessação temporária da prática ilícita, decorrente das investigações que estavam em andamento: apenas dá um alívio provisório aos consumidores que arcavam com os prejuízos causados pelo cartel. Esse cenário prático pode representar uma incoerência na punição no âmbito antitruste (WALLER, 2003) e como sinalizações não pecuniárias tracejam uma avenida de possibilidades de concretização da defesa da concorrência:

Embora a aplicação de multas, em regra, constitua a principal sanção imposta no controle de condutas, a própria Lei n. 12.529/2011 reconhece que, em determinadas

---

<sup>71</sup> “Multas ou sentenças de prisão podem ser utilizadas em casos criminais analisados sob o Sherman Act e elas geralmente reservadas a casos de fixação de preços, tal como um famoso que ocorreu na indústria de equipamentos elétricos no início dos anos 60. Naquele caso, o juiz mandou sete réus para a cadeia por trinta dias e multou as firmas em vários milhões de dólares. Historicamente, no entanto, as multas têm sido bem pouco dissuasórias. Na década de 60, a multa média em condenações por fixação de preços era de US\$131.000. Isso representa aproximadamente dois décimos de um por cento das vendas envolvidas na conspiração. A partir do final da década de 90, contudo, as multas aumentaram drasticamente, graças às revisões dos guias de sentença federais e a programas de leniência referentes a empresas.” (VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON, 2005, p. 74, tradução livre).

hipóteses, essa medida, isoladamente, poderá ser insuficiente para eliminar os efeitos nocivos à livre concorrência. De fato, em alguns casos, a depender da forma de estruturação do mercado, a mera aplicação de sanção pecuniária, ainda que elevada, pode não ser capaz de cumprir o efeito dissuasório esperado. Especialmente em casos de cartéis *hard core*, a colusão pode ser reforçada por laços societários ou contratuais, que indicam que, mesmo após a aplicação de multa, haverá consideráveis incentivos e riscos para a manutenção da troca de informações sensíveis e para a manutenção do conluio (FRAZÃO, 2017, pp. 308-309).

Está-se aqui a avaliar como os custos de transação podem ser um interessante elemento comportamental a ser considerado no antitruste e como as instituições podem contribuir para formar ou excluir esses custos. Os atores econômicos avaliam e reavaliam o quanto a prática – ou a não prática – de uma determinada ação impacta no futuro, especialmente em termos de desapego pecuniário no pagamento de multa e de depreciação reputacional de se continuar num caminho nem sempre condizente com os valores desejados por uma determinada sociedade.

A persuasão funciona como uma forma de “seduzir” o indivíduo a adotar um determinado padrão de comportamento e convencê-lo de que aquela é a melhor forma de otimização de seu próprio bem-estar. É essa perspectiva comportamental que pode ser utilizada a favor do antitruste e de uma defesa da concorrência mais adequada à realidade e aos desejos mútuos de cada um dos participantes da economia<sup>72</sup>.

Por isso, a sinalização emanada pelas instituições é crucial para modelar o mercado sem necessariamente decorrer do direito positivado, pois “muitas dessas instituições melhoram o mercado mais que a regulação do governo assim o faria e tais instituições (e suas normas internas) devem receber deferência substancial do governo” (BLOCHER, 2008, tradução livre).

As transações às quais as pessoas se submetem não devem ser avaliadas apenas pelo valor monetário dos bens que são trocados no mercado. A obtenção desses bens não é orientada apenas pela quantidade de moeda traduzida no preço desses produtos porque deve

---

<sup>72</sup> “Mas a nova economia comportamental coloca uma nova perspectiva nessas questões: os indivíduos podem, em certo sentido, estar em melhor situação se eles forem compelidos a realizarem algumas ações ou forem circunscritos de realizarem outras ações. Um potencial viciado em álcool ou drogas pode perceber que ele pode ser tentado a consumir esses produtos tóxicos e se tornar viciado. Ele sabe que antes de ele se tornar viciado que ele vai se arrepender de obter tal vício, mas, uma vez que ele é viciado, ele não será capaz de alterar seu comportamento. Assim, ele quer que o governo (ou outro alguém) faça ser impossível, ou ao menos mais difícil, que ele se torne um viciado (o fenômeno é agravado pelo fato de que existem firmas, tais como as da indústria do tabaco, que lucram por obter vantagem de vícios. Ao aumentar as propriedades viciantes de seus produtos, elas reduzem a elasticidade da demanda e aumentam a lucratividade)” (STIGLITZ, 2009, tradução livre).

também levar em consideração outras variáveis que influenciam na disponibilização desses bens, tais como energia gasta para a produção do bem, o tempo que leva para o bem ser levado ao cliente e a probabilidade de encontrar o produto em outro estabelecimento. Ou seja, o custo de obtenção de um produto não é somente o valor monetário dele, mas também todo o rol de relações necessárias à disponibilização daquele produto e internalizadas no preço final cobrado pelo fornecedor. Segundo Coase:

A operação de um mercado custa algo e, por formar uma organização e permitir que alguma autoridade (um empresário) direcione os recursos, certos custos de marketing devem ser poupados. O empresário deve cumprir sua função no menor custo possível, levando em conta o fato de que ele pode obter fatores de produção a preços mais baixos que as transações de mercado que os substituem porque é sempre possível recorrer ao mercado aberto se ele falha em sua tarefa (COASE, 1996, tradução livre).

Consumidores, produtores e governo são importantes para a compreensão sobre como o mercado funciona e se estabiliza e qual o papel e a reação de cada ator nesse contexto. A estabilização, aqui, é lida como a criação de estruturas de hierarquias capazes de se reproduzirem e de perpetuarem relações entre competidores em busca de concorrência (FLIGSTEIN, 2001, p. 31). Alguns desses agentes usam essa análise para ganhar posições; outros para encontrar posições que ainda não foram desbravadas; outros ainda decidem brigar por posições já consolidadas. Essa necessidade de estabilização é oriunda do constante anseio humano pela redução das incertezas que circundam as relações sociais do dia-a-dia<sup>73</sup>, apesar de ser improvável a existência de um mundo em que as firmas atuariam sem incerteza (COASE, 1996) ou sem algum grau de mau funcionamento de mercados (SOKOL, 2007). De outra sorte, por mais que se tente criar modelos matemáticos que acomodem os problemas econômicos, esses modelos nem sempre são capazes de incorporar importantes variáveis como investimentos, tempo, dinheiro e a própria incerteza (MINSKY, 2008, p. 4).

Esse é um fértil terreno para os incentivos positivos que são e estão camuflados nas sanções impostas pelo Cade a partir da premissa de que antitruste é uma questão de quando confiar nos mercados como uma instituição e quando escolher uma resposta institucional não atrelada a mercados (SOKOL, 2007).

---

<sup>73</sup> “Ordem implica a redução das incertezas que inevitavelmente caracterizam a condição humana como resultado de instituições que fornecem maior previsibilidade à interação humana. Desordem aumenta incerteza assim como direitos e privilégios de indivíduos e organizações são disputados como consequência de relações instáveis em mercados políticos e econômicos. Compreender as condições subjacentes à ordem e à desordem é essencial para controlar o processo de mudança econômica” (NORTH, 2005, p. 6, tradução livre).

O legislador enumerou diversas hipóteses de intervenção do Estado na defesa da concorrência no art. 38 da Lei 12.529/11, sob a pecha de “pena”. Contudo, muitas das “sanções” previstas naquele dispositivo são soluções para problemas concretos, são os chamados “remédios” para a mazela do cartel em investigação ou em julgamento.

Vem, então, o dilema: se o remédio tem por objetivo maior retomar o processo competitivo, como pode ser qualificado como penalidade?

Segundo Beccaria, “fica evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido” (BECCARIA, 1999, p. 52), conceito tal de pena que notoriamente não se aplica aos remédios antitruste quanto à sua funcionalidade. Nesse contexto, é de se registrar que “a implementação de remédios não tem natureza punitiva, tal como a imposição de sanções; ademais, o propósito dos remédios é manter e/ou restaurar a competição no futuro” (JEREZ, 2015, p. 203, tradução livre). A partir dessas premissas, assume-se que remédio não é pena<sup>74</sup>, pois o remédio busca sim o desfazimento rechaçado por Beccaria, do que se deduz que igualar remédio a pena é uma atecnia da Lei 12.529/11<sup>75</sup>.

A lógica punitiva, pelo menos formal, atribuída aos remédios pela lei brasileira parece estar equivocada. Eles não possuem caráter pecuniário *a priori* e têm como função principal prevenir a reincidência e restaurar o *status quo ante* – se o cenário anterior à infração for competitivo; caso contrário, a restauração consistiria em corrigir o mercado afetado –, ao contrário das penalidades tradicionais, cuja finalidade está imbrincada à reincidência: “o fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo” (BECCARIA, 1999, p. 52). Nem toda intervenção estatal, pois, é punitiva.

---

<sup>74</sup> Nada obstante, é possível encontrar corrente que considera que o remédio contém natureza punitiva, porém não *exclusiva* ou *essencialmente* punitiva. Waller, professor da Loyola University Chicago School of Law dos Estados Unidos, é um dos poucos autores encontrados na presente revisão bibliográfica que se manifesta sobre a natureza dos remédios com base na experiência antitruste dos Estados Unidos, da União Europeia e dos microssistemas europeus. Ele considera que o remédio é uma mistura, sem exata proporção, entre punição, dissuasão, restituição, compensação e restauração do *status quo ante* (WALLER, 2009).

<sup>75</sup> “A intervenção estrutural em processo de conduta é, portanto, *medida administrativa de polícia reparadora ou ordem corretiva dos efeitos causados* por infração à ordem econômica, que busca restaurar o processo competitivo afetado negativamente pelo comportamento do infrator. A sua referência como pena ou sanção no art. 38 da Lei 12529/11 é tomada em sentido lato por sua sucessividade, mas não é pena em sentido técnico (*punição*) como a pena pecuniária do art. 37, de modo que não pode ser aplicada como castigo ao infrator” (MARANHÃO; FREIRE; QUEIROGA FILHO, no prelo).

As medidas do art. 38 da Lei 12.529/11 estão topologicamente deslocadas, pois não poderiam ter sido inscritas no capítulo intitulado “das penas”. Essa diferença de lugar parece ser um erro de técnica legislativa quando pressupõe que o poder de polícia do Estado para imposição de comandos só poderia ser exteriorizado na forma de punições. A inserção dos remédios no conceito de pena traz um embate entre direito processual e direito material quando utiliza as ferramentas da pena para implementar algo que não é pena e que não representa punição a um ato infrativo.

### **2.3 Princípios para Remédios Antitruste em Cartel**

A presente subseção traz os princípios elementares para se aplicar remédios antitruste em cartel. Parte deles foi depreendida da doutrina, que os traz de forma não sistematizada e dispersa, dificultando a captação do real objetivo dos remédios antitruste. Outra parcela desses princípios foi deduzida da própria lógica repressiva e de consectários de intervenção na seara antitruste.

Após a explanação da compreensão do funcionamento de cartéis, é relevante apontar também a funcionalidade dos remédios, isto é, o que eles podem fazer para tentar reverter o quadro anticompetitivo fixado pelo cartel. De acordo com a legislação antitruste europeia, os remédios em controle repressivo destinam-se a quatro funções primordiais: (i) cessar a conduta em andamento, (ii) compensar as vítimas, (iii) dissuadir ou prevenir ilícitos futuros/repetidos, e (iv) restaurar o *status quo ante* (HJELMENG, 2013). Boa parte dessa classificação se aplica à realidade brasileira à exceção da função compensatória, uma vez que a legislação brasileira não atribui ao Cade a competência de responsabilização civil dos infratores.

Antes de adentrar o tema dos princípios, é salutar uma pergunta inicial: independentemente da aplicação da multa, o mercado conseguirá, por si só, corrigir a falha de mercado causada pelo cartel?<sup>76</sup>. Quando a resposta é negativa, o alerta amarelo deve ser ligado para o desenho de remédios e devem ser tomados os primeiros passos para a intervenção estatal na esfera concorrencial.

---

<sup>76</sup> “Na análise de questões antitruste, grande ênfase precisa ser dada às fontes de dominância de mercado. Elas provavelmente têm vida curta e, assim, não requerem intervenção política direta ou elas são tão firmemente enraizadas que elas provavelmente serão enfraquecidas apenas no longo prazo? No último caso, o conhecimento do fundamento de que a dominância de mercado depende deve atuar como um guia ao remédio antitruste mais efetivo” (UTTON, 2003, p. 27, tradução livre).

Se a multa for dissuasória o suficiente, em tese, os remédios não seriam necessários porque a penalidade pecuniária seria capaz de alterar satisfatoriamente a estrutura de incentivos do infrator para que não ocorresse a reincidência. Essa suficiência seria capaz também de emitir sinalização a outros agentes econômicos sobre a resposta estatal a um determinado tipo de prática. Ocorre que, para que esse raciocínio esteja correto, há uma premissa discutível: a necessidade ou não de se atrelar remédios à prévia aplicação de multa.

Um dos pontos de estrangulamento da aplicação de remédios é sua característica complementar à da multa por infração contra a ordem econômica. Tanto a multa quanto o remédio fazem parte da discricionariedade do Cade, ao passo que a investigação da conduta é competência vinculada (COELHO, 2005, pp. 205-206). Logo, a persecução da conduta é obrigatória, mas a aplicação de multa, não o é<sup>77</sup>. Nesse sentido, o Poder Público tem grande espaço de atuação e de não atuação na disciplina sancionatória de forma que a capacidade dissuasória, o caso concreto e a razoabilidade são pontos cruciais para se decidir pelo melhor mecanismo de desestímulo ao cartel, inclusive se a própria penalidade pecuniária seria cabível diante das circunstâncias específicas à hipótese submetida ao escrutínio do julgador.

Ademais, o regramento brasileiro afasta explicitamente a cumulatividade obrigatória dos arts. 37 e 38 da Lei 12.529/11 quando positiva a expressão “sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei” na mencionada lei, fechando espaço para qualquer interpretação que condicione a aplicação de remédios à multa.

Pois bem. Se uma multa não for aplicada, os remédios seriam dispensáveis? A cominação de multa é prejudicial à aplicação de remédios?

Pelo texto legal, a avaliação sobre o cabimento de remédios é autônoma, ou seja, não é parametrizada nem condicionada pelo poder dissuasório da multa. Por isso, inferir que remédios são dispensáveis quando o julgador imputa penalidade pecuniária contraria o texto legal.

---

<sup>77</sup> Whish e Bailey citam, inclusive, precedente europeu em que foi reconhecida a materialidade da conduta, porém não houve imputação de penalidade: “Há ocasiões em que a OFT tem encontrado uma infração, mas decidiu não cominar uma penalidade. No *Northern Ireland Livestock* e na *Auctioneers’ Association*, a OFT decidiu não impor uma penalidade na *Association*, a qual recomendou a seus filiados uma comissão padrão que deveria ser paga a compradores de carne nos mercados de carne na Irlanda do Norte; considerando que a recomendação seria publicizada, não havia tentativa de escondê-la e tendo em conta que a indústria de carne da Irlanda do Norte havia sido atingida pela combinação desafortunada” (WHISH; BAILEY, 2012, p. 424, tradução livre).

Indo além, os remédios seriam aplicáveis apenas em casos de condenação por infração contra a ordem econômica?

A resposta a essa pergunta é afirmativa, a despeito da discricionariedade do julgador na intervenção não pecuniária. Isso porque a conveniência e a oportunidade são avaliadas em sede de cabimento e de proporcionalidade dos remédios, porém não permitem que falhas mercadológicas sejam corrigidas sem a comprovação de lesão concorrencial, isto é, a correção de uma falha só pode ser feita quando efetivamente se constatar que existe uma falha. Não obstante a confusão legislativa entre “sanção” e “pena”, há que se observar o espírito da lei no sentido de que os remédios implicam em prévio reconhecimento de materialidade do ilícito.

Essa condicionante não tornam irregulares os remédios eventualmente implementados por acordos assinados entre partes investigadas e autoridade antitruste (v.g. acordos de leniência e termos de compromisso de cessação). Em primeiro lugar, nos casos de cartel, tem-se exigido o reconhecimento de participação na conduta investigada pelo signatário, elemento que reforça a materialidade apurada<sup>78</sup>. Em segundo lugar, ainda que tal reconhecimento não fosse exigido, os acordos revelam a vontade das partes em adotar medidas comportamentais e/ou estruturais que favoreçam a concorrência. E esse elemento volitivo é tomado pelo Cade para avaliar a conveniência e a oportunidade do acordo<sup>79</sup>. Os remédios adotados em sede de acordos têm a característica da voluntariedade e, nesse sentido, são incorporados porque os signatários do acordo assim se comprometeram perante a sociedade.

A aplicação de remédios deve sempre ponderar a possibilidade de judicialização que desafie a motivação e a proporcionalidade dos remédios antitruste, não obstante a possibilidade legal de execução e exigibilidade imediata da decisão do Cade<sup>80</sup>. Modelos de *judicial review*, tal como o brasileiro, incentivam a extensão da discussão para a esfera do

---

<sup>78</sup> Art. 225 do Regimento Interno do Cade. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário.

<sup>79</sup> Art. 85 da Lei 12.529/11. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

<sup>80</sup> Art. 85, § 8º, da Lei 12.529/11. O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial.

Art. 93 da Lei 12.529/11. A decisão do Plenário do Tribunal, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial.

Poder Judiciário, que não possui juízes ou técnicos especializados em temáticas específicas (CJF, 2017) e acabam adotando uma postura mais conservadora quando direitos são restringidos<sup>81</sup>. Questões com apego mais econômico, como definição de mercado relevante e eficiências, são naturalmente controvertidas, o que impacta também na formação do cenário que será objeto de remédios. Esse é um risco inerente ao sistema jurídico pátrio que não deve ser desprezado pela autoridade e que deve estimulá-la a criar o remédio menos questionável possível.

Deixando esse ponto procedimental para uma discussão própria e autônoma, é de se retomar o corolário mais importante dessa discussão: os remédios antitruste constituem um tipo de regulação caso a caso (VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON, 2005, pp. 373-374) e são emitidos pelo Cade com tal função. Essa é uma premissa importante para deixar claro que a intervenção via decisão administrativa deve ser customizada e não apegada a preconcepções, além de aberta a pequenos ajustes para melhorar a efetividade, a eficiência e a eficácia do remédio.

A exata dimensão dos remédios depende dos fatos revelados na investigação (KOVACIC, 1998) e estão longe de ser uma solução *prêt-à-porter*. Uma lista exaustiva de remédios feita por lei, por regimento interno ou por guias internacionais seria imprestável, pois não esgotaria todas as moléstias possíveis e aptas a atingir um determinado mercado e,

---

<sup>81</sup> “O reconhecimento de que o processo legal tem custos e pode cometer erros implica em assumir que não desejaríamos que os tribunais entrassem em uma investigação detalhada sobre cada precificação ou cada decisão de marketing de uma firma. Por exemplo, imagine que cada decisão redução de preços de uma firma seja desafiada como uma possível “precificação predatória” anticompetitiva. As firmas podem decidir minimizar todos os comportamentos de corte de preços pelo medo de que um tribunal poderia condená-los por prática de preço predatório. Esse medo poderia esfriar a competição por preços entre as firmas. Consequentemente, as autoridades antitruste e os tribunais não investigam firmas por cortes de preços enquanto o preço está acima do “custo” (...). Mesmo que alguma possa facilmente construir modelos teóricos de precificação predatória acima do custo, as autoridades antitruste tratam as decisões de preço acima do custo como um porto seguro, que não podem ser contestadas.

(...) A definição de um mercado pode determinar o resultado de um caso antitruste. O caso clássico do “celofane” fornece uma ilustração vívida. O governo dos Estados Unidos acusou a Du Pont de monopolizar o comércio interestadual de celofane em violação à Seção 2 do Sherman Act. O governo mostrou que a Du Pont produz quase 75% do celofane vendido no país. A defesa da Du Pont foi a de que, mesmo se ela tivesse posição dominante em celofane, o mercado relevante deveria considerar todos os materiais de embalagens flexíveis, tendo em vista que o celofane constituía menos de 20% de todos os materiais de embalagem flexíveis vendidos nos Estados Unidos. A Corte Distrital dos Estados Unidos aceitou esse argumento e arquivou as acusações e a Suprema Corte confirmou a decisão. A Corte falhou em reconhecer que existem pelo menos duas questões possíveis: “A Du Pont tem capacidade de elevar os preços de forma lucrativa e acima do atual preço?” e “A Du Pont está estabelecendo preços atuais acima de níveis competitivos?”. A Corte, de fato, respondeu à primeira questão pensando que estava respondendo à segunda (Carlton, 2007). Esse erro foi conhecido como “a falácia do celofane” (CARLTON, 2007, tradução livre).

por conseguinte, quais seriam as medidas que ensejariam a promoção de um ambiente mais competitivo e menos danificado pela infração contra a ordem econômica. Uma lista como essa também desprezaria as particularidades de um determinado país ou bloco econômico e descartaria as singularidades e customizações pertinentes a cada situação real.

As penas, das quais os remédios não fazem parte, também não podem ser previamente estabelecidas. Elas não sucumbem a uma engessada, única e inquestionável fórmula de aplicação, porquanto demandam *a priori* a aferição e a gradação do nível de reprovabilidade em relação a um grupo social:

Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações das ações humanas, deveria existir uma escala paralela de penas, descendo da mais forte para a mais fraca, mas bastará ao sábio legislador assinalar os pontos principais, sem alterar-lhes a ordem, não cominando, para os delitos de primeiro grau, as penas do último. Se existisse escala precisa e universal de penas e delitos, teríamos medida provável e comum dos graus de tirania e de liberdade, do fundo de humanidade ou de malícia das diversas ações.

(...) Se o prazer e a dor são a força motriz dos seres sensíveis, se entre os motivos que impelem os homens para ações mais sublimes foram colocados, pelo invisível legislador, o prêmio e o castigo, a distribuição inexata destes produzirá a contradição, tanto menos derivada, quando mais comum, de que as penas castigam os delitos a que deram origem. Se pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem (BECCARIA, 1999, pp. 38-39).

O impacto em direitos constitucionalmente assegurados deve ser sempre levado em consideração tanto para decidir pela aplicação de remédios como para determinar quais medidas interventivas seriam cabíveis. E a Constituição como lente da aplicação de remédios antitruste acaba por reverberar na discussão sobre restrição a direitos fundamentais, que têm de ser preservados, porém não podem ser salvaguarda para a prática de ilícitos anticompetitivos (HELLSTRÖM; MAIER-RIGAUD; BULST, 2009). Por um lado, tais direitos não são absolutos e estão sujeitos a ponderação quando estiverem em choque com outros de mesma estatura jurídica. Por outro lado, o desfazimento de uma situação fática já consolidada com o tempo e com as práticas comerciais vigentes pode acarretar grande desconfiança em relação à segurança jurídica nas relações econômicas.

Em sede de garantias previstas na Constituição, enquanto a livre iniciativa pode ser limitada pela livre concorrência (e vice-versa), a prevalência do interesse público sobre o privado pode esbarrar no direito de propriedade: “a livre concorrência não tem como ser devidamente compreendida sem a sua necessária contextualização com os demais princípios

que repercutem diretamente na ideia de concorrência praticável e regular fundamento de mercados” (FRAZÃO, 2017, p. 49). Eis então um campo bastante profícuo para que a ideia de proporcionalidade, importada do direito sancionador<sup>82</sup>, resolva essas difíceis equações e seja entendida como o princípio jurídico norteador de remédios nos quais a sanção total ótima deve ser elevada o suficiente, mas não deve ser maior que o necessário para dissuadir o acusado (GINSBURG; WRIGHT, 2010).

Os remédios devem refletir os perigos trazidos pela apontada prática anticompetitiva e que demandaria um *enforcement* mais afinado da autoridade antitruste. Isso permite, portanto, o desenho de remédios mais drásticos para práticas anticompetitivas que ensejem relevantes ganhos ilegais de posições de mercado obtidas, o que pode refletir pedagogicamente como desestímulo a outras empresas que estejam atuando em outros mercados de modo semelhante (KOVACIC, 1998).

Essa discussão de proporcionalidade possui raízes no consequencialismo muito comum nas ciências econômicas, o qual ilumina a execução da decisão e os efeitos sociais dela decorrentes:

Nessa seara é que parece florescer a necessidade de examinar, com mais cuidado, a postura consequencialista ao julgador, ao mesmo tempo como um fator de legitimação da decisão judicial e como um limitador na construção da norma jurídica, a impor ao magistrado um exercício de prognose em relação aos efeitos que o cumprimento da decisão irá provocar no chamado mundo sensível. Não se trata, pois, simplesmente de proferir a decisão, mas, sim, de preocupar-se com sua realização no mundo real de forma adequada, até como forma de eliminar frustração de expectativas, construídas pela própria sentença, em relação ao vencedor, ao vencido, e à sociedade como um todo (NUNES, 2010).

O direito deve se alimentar do consequencialismo para proferir decisões mais justas no âmbito da defesa da concorrência dada a relevante repercussão social que os remédios

---

<sup>82</sup> Segundo Beccaria, o castigo resultante do reconhecimento da materialidade da conduta no direito penal deve ser severo, porém proporcional e apto a mostrar aos demais cidadãos que determinada prática é reprovável e não ficará impune:

“A certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade, pois, os males, mesmo os menores, quando certos, sempre surpreendem os espíritos humanos, enquanto a esperança, dom celestial que frequentemente tudo supre em nós, afasta a ideia de males piores, principalmente quando a impunidade, outorgada muitas vezes pela avareza e pela fraqueza, fortalece-lhe a força. A própria atrocidade da pena faz com que tentemos evita-la com audácia tanto maior quanto maior é o mal e leva a cometer mais delitos para escapar à pena de um só.

(...) Para que a pena produza efeito, basta que o mal que ela inflige exceda o bem que nasce do delito e, nesse excesso de mal, deve ser calculada a infalibilidade da pena e a perda do bem que o crime deveria produzir. O resto é supérfluo e, portanto, tirânico. Os homens regulam-se pela repetida ação dos males que conhecem e não pela dos que ignoram” (BECCARIA, 1999, p. 87-88).

podem causar. O julgador não tem apenas de ter o cuidado de não impor uma pena excessiva ao condenado: em delitos econômicos, a sobrepena pode significar a irradiação de efeitos sociais nefastos e que podem ser bem superiores ao *enforcement* que se pretende.

A escassez ou a abundância de produtos ou serviços podem ser um efeito colateral de uma sobrepena, caso o julgador não tome uma postura consequencialista. No direito antitruste, essa consequência social atinge principalmente o espaço em que o consumidor realiza suas transações diariamente. Isso implica na quantidade de um determinado bem ou de uma cesta de bens e na forma como esses bens são disponibilizados à sociedade.

Ainda dentro dessa perspectiva de “olhar para frente” (LORENZETTI, 2009, pp. 161-162), há que se preocupar com o dia seguinte dos remédios, isto é, com a conformação do mercado após o cumprimento das medidas determinadas pela autoridade de defesa da concorrência. É contrassenso desenhar remédios que tragam consequências sociais mais espúrias que as de um cenário sem qualquer remédio, causando perdas líquidas de eficiências antes inexistentes (WANG, 2011). É contrassenso também apresentar uma fórmula ideal como se fosse uma “receita” a ser aplicada em qualquer caso a qualquer tempo<sup>83</sup>. E a impossibilidade de se fabricar tal “receita” é decorrente da própria evolução dos mercados: se a preferência dos consumidores está em constante mutação, por que as preferências dos demais atores econômicos permaneceriam estagnadas?

Considerando preferências como um conjunto composto por informações disponíveis, padrões de consumo já existentes, normas ou pressões sociais e regras estatais (SUNSTEIN, 1997, p. 19), é de se reconhecer que a lei é capaz de esquadriar as preferências dos atores econômicos<sup>84</sup>. Ao emanar suas regras formais e informais, o Estado

---

<sup>83</sup> Apesar de comentarem sobre remédios aplicados em atos de concentração, Steiner, Hüschelrath e Weigand reforçam o raciocínio de que a intervenção restauradora deve buscar o remédio certo para o problema competitivo para não causar mais prejuízos que benefícios aos consumidores:

“Remédios em atos de concentração são instrumentos para restaurar a efetiva competição pós-operação e aumentam o leque de possíveis respostas à análise de concentrações. Se a autoridade antitruste falha em encontrar o remédio certo para um problema competitivo, ela não apenas reduz ou eventualmente elimina eficiências pós-operação, mas permite concentrações em condições tais que são prejudiciais a consumidores no sentido de que os remédios não são efetivos na proteção da concorrência. Como consequência, o desenho e a implementação de remédios adequados em atos de concentração são de suma importância para um procedimento de controle prévio que aumente bem-estar” (STEINER; HÜSCHEL RATH; WEIGAND, 2011, tradução livre).

<sup>84</sup> “O direito pode modelar preferências. Vimos que nenhum mercado pode existir sem regras. As regras legais devem também alocar direitos. Em um sistema de propriedade privada, é necessário dizer quem possui o quê, pelo menos numa primeira fase. É também necessário criar regras de responsabilidade civil, dizendo quem pode fazer o que a quem e quem deve pagar por lesões e danos. Como uma grande quantidade de trabalhos empíricos

pode ser um importante agente modelador de preferências, assim como o fornecedor de bens e serviços que está a disputar mercados (FLIGSTEIN, 1990, p. 10). Só que, quando tais preferências são modeladas por um cartel, acaba-se, por consequência, modelando também o próprio mercado, que funciona em reação a mudanças. Por tudo isso, as preferências dificilmente permanecem inertes.

Outra resposta possível à pergunta formulada advém da própria organização social, que é um produto humano e, portanto, inexato. As pessoas fazem escolhas e tentam moldar veículos de organização social para alcançar seus objetivos no mercado, o que confere algum grau de previsibilidade às ações subsequentes. Isso não significa que todos os atores têm a mesma oportunidade e que nem todos têm a oportunidade de serem atores econômicos (FLIGSTEIN, 2001, pp. 28-29).

Quando o consumidor muda seu perfil de demanda, a reação do mercado é se adaptar a essas novas conformações e consequentemente reajustar sua oferta. Ou seja, caso os fornecedores mantivessem seus padrões de oferta constantes desde sempre, provavelmente perderiam espaço para entrantes ou lidariam com estoques cada vez mais crescentes de seus produtos. É essa mutabilidade de oferta e demanda que embasa a modelagem específica de remédios – e de mercados – e a impossibilidade de replicar, sem qualquer tipo de ajuste ou adaptação, outros aplicados em casos anteriores.

Ademais, os remédios podem ser aplicáveis a uma só empresa e serem capazes de mudar todo o mercado, seja pelos potenciais efeitos de rede a eles inerentes, seja devido à tendência de estabilização dos mecanismos de precificação dos agentes ao longo do tempo. É uma mínima intervenção que reverbera em todo o horizonte das transações comerciais. Esse raciocínio também é derivado da avaliação do comportamento dos atores econômicos e de seus movimentos para reforçar sua posição dominante. Imputar ao mercado um custo de

---

tem mostrado, essas regras legais, que alocam direitos básicos, têm efeitos em escolhas e preferências. Alguém a quem foi dado o direito – a barras de chocolate, ar limpo, direito a não sofrer assédio sexual, bens ambientais – pode melhor valorar o bem relevante que qualquer outra pessoa, por exemplo. Os efeitos da modelagem de preferências na alocação inicial pelo direito suscitam importantes questões na análise do direito e dos livres mercados. Eles sugerem que o governo e o direito podem não ser capazes de deixar as preferências serem o que são” (SUNSTEIN, 1997, p. 7, tradução livre).

transação via remédios, nem sempre custoso e ao qual ele deva se adaptar, pode trazer efeitos interessantes para o reequilíbrio das forças de mercado em parâmetros mais competitivos<sup>85</sup>.

Em sede de comparação entre as ferramentas de análise disponíveis para controle de estruturas e para controle de condutas, tem-se que a sistemática de identificação de problemas anticompetitivos de atos de concentração é geralmente distinta da de cartéis. Por um lado, o ato de concentração decorre de uma relação contratual específica que visa a mercados pré-determinados, considerando estruturas anteriormente detidas pelas partes. A partir desses dados e da premissa de que o controle de estruturas é exercido previamente à consumação da operação, a autoridade fará cenários prospectivos em relação à operação ora submetida. De outra sorte, cartéis não possuem essa delimitação material específica, já que pode abranger poucos ou todos os mercados em que a acusada atua; pode elevar preços, pode restringir fornecimento de bens e dividir mercados, pode recusar venda para manipular as leis de oferta e demanda.

Outra diretriz pertinente ao desenho de remédios é a comprovação da relação de causalidade entre a intervenção pretendida e a conduta ilícita. A causalidade pertinente à materialidade de infrações é diferente daquela que determina se um prejuízo advém ou não de um contrato *a priori* lícito. Em outras palavras, a comprovação do nexo causal para controle de condutas e para atos de concentração tem distinções próprias à natureza de cada um dos institutos. Enquanto no controle repressivo a lesão já está consolidada e o Poder Público está

---

<sup>85</sup> “Para aplicar a teoria dos campos (*theory of fields*) a mercados, **deve-se focar nos comportamentos das organizações que produzem bens ou serviços no mercado**. As firmas incumbentes são definidas como aquelas que dominam o campo por serem grandes, definido o produto e movimentos empresariais para reproduzir sua posição *vis-à-vis* as pequenas firmas desafiadoras de tal posição. A ideia básica é a de que o mecanismo de preço em um dado mercado (i.e., o equilíbrio entre oferta e demanda) tende a desestabilizar todas as firmas de um mercado. Isso acontece porque tal mecanismo desencoraja todas as firmas a cortar preços e **isso ameaça a estabilidade financeira das firmas**.

O objetivo para firmas dominantes é fornecer um leque de compreensões para si mesmas sobre como lidar com essa potencial desestabilização. As firmas enquadram seus comportamentos *vis-à-vis* com o objetivo de convencer as firmas incumbentes a não desafiarem diretamente umas as outras e de assegurar que as firmas desafiadoras decidam não competir diretamente por preços. As estruturais sociais de mercados, então, são fundamentalmente sistemas de poder em que as firmas incumbentes (dominantes) usam táticas e estratégias para se estabilizarem e reproduzirem sua posição sobre as firmas desafiadoras (dominadas).

Por essa perspectiva, as redes formadas por consumidores e fornecedores e entre competidores funcionam para resolver problemas de concorrência e de incerteza para firmas. Elas fornecem informação sobre o comportamento de outras firmas. No caso de relações de longo prazo de fornecimento, elas asseguram que fornecedores não desviem consumidores. Elas também asseguram que fornecedores permaneçam favoráveis a consumidores de longo prazo. No caso de alianças ou de joint ventures entre concorrentes, elas ligam as sortes das firmas que estão juntas. Essa interdependência tem o efeito de estabilizar produção para firmas que possam normalmente ser concorrentes e reduz a concorrência entre elas (Gulati e Gargiulo 1999; Kogut, Shan e Walker 1992)” (FLIGSTEIN, 2001, pp. 68-69, g. n., tradução livre).

tentando encontrar uma solução restaurativa e que leve em conta eventuais efeitos de rede decorrentes do delito na primeira hipótese, o controle preventivo de atos de concentração lida com atos jurídicos presumidamente lícitos e que ainda não produzem efeitos na sociedade.

A compreensão do nexo causal para avaliar crescimentos orgânico e por aquisições pode ser um diferencial para modelar remédios em cartel. Em virtude da presunção de inocência e da livre iniciativa, parte-se da premissa de que a estrutura produtiva pertencente a uma determinada empresa foi angariada de forma lícita e, por isso, não deve ser alterada sem justificativa plausível. Essa presunção não é absoluta, ou seja, se houver comprovação de que a expansão foi obtida a partir de um ilícito, esse contexto fático pode ser revertido.

Nos casos de cartel, é possível que os infratores combinem crescimentos por aquisições uns com os outros quando um concorrente desiste de apresentar proposta de compra de uma empresa para que outro realize essa aquisição ou que concorrentes sejam codetentores de uma empresa com a finalidade de sediar e organizar o cartel: cartéis em licitações contam constantemente com esse mecanismo. Estratégias de proteção fazem com que a realização de concentrações – que são permitidas por lei quando não causarem efeitos líquidos negativos à concorrência – deva ser objeto de intervenção estatal não pela estrutura derivada da concentração, mas sim pela origem cartelizada da operação e pelo dolo em mascarar o real objetivo da fusão ou da aquisição.

Se o remédio antitruste em cartel se destina a corrigir uma lesão competitiva originada pela colusão, qual seria então o possível alcance da intervenção estatal?

A resposta para tal pergunta advém de uma detida reflexão sobre causalidade, que não é diretamente trazida pela Lei 12.529/11 para o desenho de remédios pelo art. 38. O Estado de Direito não admite excessos na esfera privada nem na esfera pública, razão pela qual tal debate não pode ser deixado de lado por motivos de proporcionalidade.

O tema da causalidade muito explorado pelo campo jurídico da responsabilidade civil (CAVALIERI, 2010, p. 47), o qual fornece ferramentas interessantes para a compreensão do tema. Todas elas tratam da conexão entre conduta e resultado, cabendo ao intérprete indagar a todo momento “que resultado?”. Seria o resultado “cartel” ou seria o resultado “lesão social”? Para entender qual conduta originou qual resultado, a lição de Cavalieri Filho estabelece que “não há uma regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para

resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, como bom-senso e ponderação” (CAVALIERI, 2010, p. 49).

Longe de querer esgotar todas as teorias causais inseridas na responsabilidade civil<sup>86</sup>, é de se destacar as funções do nexos causal, as quais são comuns a muitas delas. A primeira seria determinar quem causou o dano e a segunda seria determinar a extensão do dano a ser reparado (CRUZ, 2005. p. 22). Observe-se aqui que a essência do nexos causal não se detém apenas aos atos que envolvem causador do dano e vítima, mas também trazem à baila o alcance do ato antijurídico.

Para cartéis, é sim necessário um nexos causal, porém que pode extrapolar o mercado relevante objeto do acordo para que os efeitos da prática sejam efetivamente neutralizados. Afinal, o resultado da colusão não se restringe apenas ao mercado cartelizado, pois muitas vezes é repassado ao longo da cadeia e suportado por compradores e fornecedores não envolvidos diretamente no cartel. A compreensão do funcionamento da colusão acaba por transbordar o mercado cartelizado em virtude de possíveis efeitos de rede que difundiram a supressão de competitividade para outros mercados<sup>87</sup>.

Por isso, a modelagem de remédios pode encontrar nexos de causalidade em outros mercados que não o cartelizado. Além disso, as estruturas inicialmente construídas pelas empresas podem ser objeto de intervenção caso seja comprovado que o acusado tenha dela se valido para concretizar a conduta. O nexos causal é com o ilícito em toda a sua extensão: não importa a intenção de cartelizar um único mercado, importa sim o alcance da lesão à sociedade.

Na prática, o argumento da necessidade de nexos causal pode levar a dois caminhos. O primeiro é a tentativa de diminuir o montante do desfazimento de ativos, quando necessário um remédio estrutural desse tipo, com a defesa de que o cartel foi formado apenas para

---

<sup>86</sup> Para ressaltar algumas delas: teoria da equivalência dos antecedentes causais, teoria da causa próxima, teoria da causa eficiente, teoria da causalidade adequada, teoria do escopo da norma jurídica violada, teoria da ação humana, entre outras.

<sup>87</sup> “Destarte, para os efeitos da repressão aos abusos do poder econômico, não se pode falar em um só mercado, senão em vários mercados inter-relacionados, em maior ou menor grau. Nesse diapasão, ao mesmo tempo em que se pode falar de um mercado de alimentos, pode-se referir a um mercado de carnes, mas ainda ao de carne bovina, ao de carne suína, ao de aves, de frangos ou mesmo de perus, mercados esses em cujo bojo haverá maior ou menor nível de concorrência entre os agentes econômicos, segundo sejam as respostas dos consumidores às variações de preços setoriais” (BRUNA, 2001b, pp. 75-76).

determinado mercado relevante, não importando para quais níveis da cadeia produtiva os efeitos da colusão foram espalhados. Essa tese leva em consideração a assimetria de informações entre a autoridade e o particular em relação ao conhecimento do negócio e do mercado, bem como dos impactos sociais dos efeitos da colusão. Em segundo lugar, tem-se que a empresa acusada pode ter grandes incentivos para se desfazer de legados ruins ou de baixa competitividade, ou ainda depredar os ativos que já sabe que serão vendidos como penalidade pela prática de cartel (STEINER; HÜSCHEL RATH; WEIGAND, 2011), o que constitui mais uma forma de prejudicar a competitividade e, por conseguinte, a sociedade. Por outra perspectiva, tal argumento pode ser suscitado pela empresa como forma de se livrar dos ativos ou dos negócios contaminados pela estrutura colusiva, o que significaria a tomada de uma postura positiva da empresa em prol da promoção da concorrência.

O prejuízo a ser sanado é aquele encontrado durante a análise do problema submetido à autoridade antitruste<sup>88</sup>, seja na lógica de remédios em atos de concentração, seja na lógica de remédios em cartéis. Observe-se que o cerne do raciocínio em atos de concentração é o de que o remédio é destinado a um problema identificado – ainda que potencialmente – no caso concreto, pois os administradores públicos não podem se distanciar da sociedade e se imiscuir em funções meramente burocráticas (MOREIRA NETO, 2000, p. 34). Tal raciocínio de prévia compreensão do contexto é também aplicável ao controle de condutas a fim de se alcançar o melhor remédio: é preciso entender o funcionamento de um cartel, quais as estruturas, quais os incentivos, quais os agentes e qual o objetivo de cada participante e também do acordo como um todo.

A transação entre os cartelistas, vista como lances repetitivos à luz da teoria dos jogos, compromete toda a cadeia de produção em que o acordo se insere tanto pela irradiação dos efeitos negativos de reduzir a pressão competitiva de um determinado produto quanto pelo comprometimento da independência do planejamento estratégico do infrator. Note-se que o nexos causal em atos de concentração equaciona estrutura pós-operação e efeitos e o nexos

---

<sup>88</sup> “Só deve haver intervenção se for identificado prejuízo à concorrência em decorrência daquele AC [ato de concentração]. Se o problema concorrencial detectado não surgiu e nem aumento em função do AC, não cabe intervenção.

Como destaca a OCDE (2004), ainda que os efeitos esperados dos remédios possam ser considerados positivos em função da constatação de uma concorrência pouco vigorosa em um determinado mercado, a autoridade de concorrência não pode extrapolar os impactos específicos do AC em pauta.

Adicionalmente, por este princípio, eventuais problemas gerados pelo AC que não sejam de concorrência não devem ser considerados como causa de intervenção da autoridade antitruste” (MATTOS, 2011).

causal de práticas anticompetitivas diz respeito à vinculação entre a resposta estatal e a atuação da empresa na conduta. Nesse último aspecto, a sanção não pecuniária pode extrapolar o mercado relevante objeto da conduta desde que a restauração *ao status quo* antes pretendida assim o justifique. Portanto, a causalidade de remédios em condutas coordenadas deve considerar os efeitos do cartel e não unicamente os atos praticados para formar o cartel.

A zona cinzenta entre atos de concentração e cartéis emerge quando se detectam formas empresariais que disfarçam cartéis, isto é, que buscam conferir algum grau de legitimidade a acordos anticompetitivos. Um dos exemplos mais intrigantes da literatura é quando cartéis se camuflam em *joint ventures*, abusando de um instituto jurídico permitido pela lei brasileira e deturpando-o. Em *joint ventures*, há um espaço para atividades comuns e que não são necessariamente realizadas em conjunto (FRAZÃO, 2012), tampouco que sejam realizadas em regime de cartel. A integração parcial das atividades das empresas e a junção das atividades para reduzir os custos de concentrar na forma de uma fusão ou de uma aquisição (ROBERTS, 1988) devem ser analisadas caso a caso para evitar qualquer sinonímia antecipada e desarrazoada entre uma *joint venture* e um cartel. Mas esse é uma deficiência que tem mais relação com a análise de atos de concentração que com o desenho de remédios antitruste em cartéis.

Em síntese, os infratores podem se aproveitar da estrutura de compartilhamento de riscos e de cooperação, destinados a um claro negócio específico, para operar. E é aí que entra o esforço da autoridade para desatrelar o cartel – que, para John Connor e Robert Lande, é uma “*joint venture* virtual” (CONNOR; LANDE, 2006) – da *joint venture* legítima, perseguindo a conexão plausível entre a concentração e o cumprimento dos objetivos do empreendimento comum para aprendizado sobre um novo processo produtivo (FLIGSTEIN, 2001, p. 74; ROBERTS, 1988). O joio deve ser separado do trigo, isto é, as cooperações legítimas não devem ser confundidas ou tratadas como cartéis. Se tal comportamento elisivo for comprovado, a autoridade deverá adotar remédios que desarticulem esse arranjo, seja por meio da reprovação, seja por meio da revisão da operação. Esse tipo de desvio de finalidade realça ainda mais a importância da observância da causalidade no caso concreto, levando em consideração toda a estrutura montada para permitir que o cartel aconteça.

A compreensão da dinâmica colusiva passa pela enumeração de algumas formas de atuação principais a fim de modelar o remédio à necessidade do caso concreto. A primeira

delas é a definição das áreas de abrangência do acordo para criar regiões exclusivas de atuação de cada agente, as quais são respeitadas pelo participante da colusão. Em segundo lugar, a colusão deve determinar como os integrantes do acordo dividirão os retornos líquidos do cartel. Outro fator importante para configurar essa atuação é especificar como o acordo será monitorado e fiscalizado, incluindo instrumentos de detecção e punição de violações às regras do cartel e qual o montante de energia que será gasto para garantir esse cumprimento do acordo – quanto maior o custo de monitoramento, menores os retornos do cartel e menos vantajoso será assumir um comportamento colusivo que um comportamento competitivo (TELSER, 1971, p. 180).

E todos esses fatores não ficam restritos apenas ao mercado relevante objeto do cartel, pois os custos sociais acabam se espalhando por toda a cadeia produtiva: na hipótese de cartelização de um bem intermediário com a combinação de um preço mais elevado que o de mercado, por exemplo, o preço pago será repassado ao cidadão quando ele compra o produto em cuja composição está o bem cartelizado. O consumidor, que já arca com os custos advindos dos lucros e da dupla margem, também terá parte adicional de sua renda extraída pelo sobrepreço do cartel, ainda que a colusão não objetive diretamente o bem final.

Quando o objeto cartelizado é insumo para mais de um bem, um setor inteiro é afetado pela pujança do cartel. Claro que o consumidor não pode ser iludido de cobrar do vendedor para que ele lhe forneça o bem a preço de custo: eis uma idealização econômica que está apenas em livros-texto. Todavia, a abusividade de adicionar o sobrepreço do cartel ao da remuneração do empresário não perfaz os desígnios da justiça social.

O poder de mercado acumulado ao longo dos anos pode ter sido auferido de maneira ilícita se houver combinação entre concorrentes para alocações de demanda ou para escolher quais plantas serão adquiridas por esta ou por aquela empresa. Em licitações, enquanto o escolhido apresenta sua proposta de aquisição de plantas ou de demanda, os demais oferecem propostas fictícias de cobertura, simulando alguma concorrência e respeitando o acordo pré-estabelecido entre os competidores. Nesse exemplo, as estruturas anteriormente detidas pelas partes foram construídas a partir de um ilícito e não a partir do impulso independente do agente econômico. É aí que o raciocínio do nexos causal deve ser retomado e visto com a peculiaridade que os cartéis merecem. Enquanto nos atos de concentração, as estruturas empresariais anteriores permanecem intactas porque não foram objeto da transação comercial

discutida, a integridade das estruturas produtivas cartelizadas pode ter sido ilegitimamente desenhada a partir de um acordo ilícito de não agressão.

Quanto aos remédios propriamente ditos, é importante permitir que o destinatário da intervenção entenda plenamente a mensagem incrustada no remédio antitruste a fim de que se produza o comportamento esperado pela intervenção estatal. Por isso, o remédio deve ser claro, preciso (não genérico), transparente, factível e sem ambiguidades (HELLSTRÖM; MAIER-RIGAUD; BULST, 2009). De outra sorte, de nada adianta projetar um bom remédio se não for possível implementá-lo. Para tanto, o julgador deve reconhecer o mecanismo utilizado pelo infrator para a prática da conduta exclusionária, bem como as circunstâncias de mercado que criaram os incentivos para que ele agisse contrariamente à concorrência (MATTOS, 2011; WERDEN, 2009a). Novamente, a compreensão do funcionamento da colusão é imprescindível.

Outro ponto – aparentemente tautológico, mas que deve ser explícito – é o de que o remédio deve ser efetivamente um remédio, isto é, não pode causar dano em outro mercado, sob pena de mudar o problema de uma para outra etapa da cadeia produtiva. Os remédios não devem servir para reforçar a posição dominante de um concorrente e nem devem reduzir eventuais eficiências existentes no mercado (STEINER; HÜSCHEL RATH; WEIGAND, 2011). “É possível que a alienação de um negócio para um terceiro elimine o problema concorrencial em um mercado, mas crie em outro. A autoridade estaria simplesmente transferindo problemas entre segmentos/consumidores” (MATTOS, 2011).

O resultado final do remédio deve ser positivo e deve equacionar seu efeito direto, tal como a redução de preços em uma indústria que opera com competição por preços, e seu efeito indireto, que é o custo de implementação do remédio (STEINER; HÜSCHEL RATH; WEIGAND, 2011). O custo dos remédios, portanto, também é uma variável sensível para avaliar se a intervenção seria, ou não, excessiva ou desproporcional, pois o remédio antitruste aplicado pelo Cade não pode representar a expropriação do patrimônio do particular dada a natureza não compensatória e não pertencente à esfera da responsabilidade civil.

Usar a instabilidade inerente aos mercados é um trunfo que não pode ser olvidado pelos remédios antitruste, desde que estes não impeçam a inserção de novos produtos no mercado, não impeçam diminuições de preços – desde que não predatórios – e não impeçam a expansão de *outputs* (WERDEN, 2009a). Aliás, os programas de leniência em todo o mundo

já aprenderam que essa é uma arma fatal para a desarticulação de cartéis. Enquanto tais programas utilizam primordialmente a potencial traição do cartelistas, os remédios podem usar a propensão a disputar posições de mercado (muitas vezes chamadas de “guerras de preços” quando o preço é a variável única da batalha) como mecanismo social de desmantelamento de colusões<sup>89</sup>. Dois são os maiores fatores potencialmente geradores de instabilidade nos mercados e que as firmas buscam controlar para, ao menos, sobreviver: (i) a tendência das firmas de baixar seus preços em relação aos das outras e (ii) a manutenção do agente dominante como uma coalizão política (FLIGSTEIN, 2001, p. 70).

Dessas duas fontes de instabilidade pode surgir um mundo de práticas lícitas e ilícitas. Como se está falando principalmente de cartel ao longo deste trabalho, vale destacar que ele se enquadra na segunda categoria retro indicada. O cartel em si seria a coalizão política e a dificuldade de mantê-lo sólido e fiel é a chave para a perenidade do acordo e das vantagens por ele preconizadas. Vale lembrar que os programas de colaboração premiada representam um dos caminhos para a instabilidade, mas não é o único.

Conciliar os dois fatores pode ser o caminho crucial para a intervenção via remédios quando consegue desenhar um remédio que faça emergir incentivos à guerra de preços no mercado, o que naturalmente põe abaixo qualquer estrutura edificada na cooperação entre competidores. Alguns deles já foram aqui mencionados, tais como permitir ou fomentar entrantes no mercado cartelizado e reduzir barreiras à entrada de inovações, entre outros.

A integração horizontal por meio de cartéis pode ser considerada uma forma de concepção de controle na medida em que firmam relações sociais de não concorrência que se reproduzem no tempo (FLIGSTEIN, 2001, pp. 73-78 e 81-82). Dado o potencial de instabilidade que elos interpessoais desse tipo podem acarretar, o fomento de uma cultura de não competição entre os próprios cartelistas é uma forma de garantir a perpetuidade da coordenação. No tocante ao aspecto temporal, um cartel tem seu histórico de dificuldades de

---

<sup>89</sup> “Apesar dos mecanismos sociais elaborados e as regras para guiar a interação do mercado, mercados são inerentemente instáveis sob o ponto de vista dos vendedores. Um dos *insights* profundos da economia é o de que a sociedade de mercado faz a criação de mercados ser muito lucrativa. No começo dos mercados, os *first movers* podem muitas vezes obter grandes recompensas. Porém, como outros atores vislumbram a oportunidade, estes entram no mercado e os preços caem. Além disso, quando mercados desaceleram seu crescimento (como inevitavelmente acontece), firmas tem incentivos para irem além de suas participações de mercado e cortar preços. Essas forças intensificam a competição. Produtos também podem ser deslegitimados, o que acontece com maior frequência quando são substituídos por outros produtos. São essas oportunidades e problemas que criam condições instáveis para produtores” (FLIGSTEIN, 2001, p. 32, tradução livre).

lidar com guerras de preços, de proximidade pessoal entre os dirigentes das empresas, de comunhão de interesses em capturar um agente público, enfim, há sempre um benefício mútuo almejado e sem o qual a colusão não se sustentaria<sup>90</sup>.

Segundo Hovenkamp, o sucesso de um cartel é fundado em seis condições essenciais: (i) o produto ou serviço a ser cartelizado define o mercado relevante com barreiras à entrada suficientes para impedir que entrantes atrapalhem as decisões de precificação do cartel; (ii) os membros do cartel devem produzir um montante suficientemente grande de produtos ou serviços de modo que as decisões por eles tomadas não sejam minadas por rivais não membros do cartel e que esses não cartelistas não sejam capazes de expandir rapidamente sua produção; (iii) os membros do cartel devem estar aptos a chegar a um acordo sobre o que cada membro irá produzir, pois muitas vezes a decisão variável tem base em *outputs* e não em preços; (iv) o cartel deve ser capaz de detectar eventuais burlas ao acordo realizadas por seus participantes; (v) o cartel deve ser apto a punir a desobediência de forma efetiva, se detectada; (vi) o cartel deve ser capaz de fazer tudo isso sem ser detectado externamente (HOVENKAMP, 2011, p. 159). Esses elementos podem ser pontos de partida para fomentar a instabilidade de cartéis e desenhar remédios consistentes para exercer função corretivo-restaurativa.

A busca pelos melhores resultados, porém, é sujeita a acertos e erros, ambos oriundos dos riscos decorrentes tanto da intervenção excessiva quanto da insuficiência dos remédios para resolver o problema concorrencial. A possibilidade de cometer erros pode justificar, em alguma medida, certa “timidez” estatal na realização de intervenções desse jaez<sup>91</sup>. Só que tal possibilidade é uma realidade e não deve ser negligenciada, pois, a depender do nível e da extensão do erro, o mercado pode passar a adotar comportamentos mais

---

<sup>90</sup> “O objetivo da concepção de controle é erguer compreensões sociais em que as firmas podem evitar competição direta por preços e podem resolver seus problemas políticos internos. Esses desafios são relacionados e a solução para um é muitas vezes parte da solução de outro. Atores da firma que podem requerer a estabilização das relações da firma para seus principais competidores argumentam que sua versão de funcionamento interno da firma é a causa do sucesso da firma.

(...) Meu ponto, então, é que podemos ter uma grande vantagem analítica sobre o que está acontecendo em um mercado particular se assumirmos que empresários e gerentes constroem suas ações de forma a evitar competição por preço e estabilizar suas posições *vis-à-vis* os outros competidores. Esse esforço envolve tentativas de cooptar tipos diferentes de dependências de recursos, tais como a necessidade de encontrar informações sobre o que os concorrentes estão fazendo e de manter relações com fornecedores-chave e com consumidores” (FLIGSTEIN, 2001, p. 70, tradução livre).

<sup>91</sup> A expressão “timidez” aqui deve ser lida tal como apresentada no primeiro capítulo, isto é, uma possível falta de utilização dos remédios por motivos de pouca compreensão de sua funcionalidade.

ineficientes (CARLTON, 2007; EPSTEIN, 2007, pp. 9-10). No entanto, a chance de acertar é bem maior, dado o elevado nível de precaução da autoridade ao pinçar os casos excepcionais e dar a eles um tratamento diferenciado à luz da proporcionalidade.

O julgador não pode deixar de decidir sob a escusa de que poderia errar: ele deve ser encorajado a formular a decisão mais adequada possível para elevar a instabilidade de cartéis e, por conseguinte, reforçar a política de defesa da concorrência no Brasil. E dizer que uma política pode conter erros não a minora, mas sim a qualifica como hipótese suscetível a testes e aprimoramentos.

## **2.4 Conclusão**

O presente capítulo destinou-se a abordar especificamente remédios em cartéis, trazendo razões pelas quais a intervenção no domínio econômico pela via desses remédios ensejam modelagens de mercado potencialmente benéficas à livre concorrência. Argumentou-se que a inércia do Poder Público pode ser mais prejudicial até que um remédio mal formulado, uma vez que continuarão plenamente existindo os sucessivos prejuízos causados pela supressão de competitividade organizada por um cartel.

O fundamento jurídico do capítulo residiu na convicção de que o princípio constitucional da livre iniciativa não é absoluto e, por isso, pode ser limitado por outros direitos ou garantias à luz das instituições democráticas então existentes. Por sua vez, o fundamento funcional do capítulo residiu no entendimento das razões de sucesso do cartel à luz do direito, da economia e das demais disciplinas envolvidas na defesa da concorrência.

Para tanto, discutiu-se como a compreensão do funcionamento da colusão é importante para extrair o instrumento mais dissuasório do universo de remédios pensáveis, seja tal instrumento a multa, os remédios ou uma combinação de ambos. A ideia primordial é identificar o principal meio de instrumentalização da conduta a fim de realizar uma intervenção mais cirúrgica e efetiva, além de menos custosa possível.

Como ponto preliminar, discutiu-se a complementaridade entre as ferramentas remédio antitruste e multa para fins de definição da política de defesa da concorrência. Observou-se que os dois instrumentos possuem funcionalidades distintas e, por isso, devem ser analisados e aplicados separadamente, sem prejudicialidade de um em relação ao outro.

O alvo dos remédios antitruste em cartel deve ser sempre a desestabilização do acordo anticompetitivo, o que passa pela compreensão de como cartéis são formados e conformados por incentivos próprios e nem sempre replicáveis de conduta para conduta, isto é, os remédios antitruste constituem regulação caso a caso sem a pretensão de formular uma “receita” aplicável a todas as condenações por cartel. A modelagem de preferências não pode ser olvidada, mas sim absorvida pelas medidas não-pecuniárias. Por isso, estratégias de punição e persuasão possuem diferentes aplicações e devem ser customizadas para cada cartel investigado, impedindo o julgador de criar uma fórmula única para qualquer cartel que lhe seja submetido a análise. Por vezes a punição pode ser exclusivamente a solução, por vezes a persuasão pode ser exclusivamente a solução e, ainda, a combinação de punição com persuasão pode também ser uma alternativa dissuasória. A intensidade de cada elemento deve ser calibrada à luz dos fatos apurados e dos efeitos causados pelo cartel.

Os remédios antitruste precisam de motivação para que sua funcionalidade seja bem compreendida e implementada, especialmente no que se refere à cessação da conduta, dissuasão ou prevenção de ilícitos futuros/repetidos e restauração do *status quo ante* competitivo. Eles, portanto, seguem princípios basilares de clareza, proporcionalidade e transparência para fins de justificativa racional e controle de legalidade.

O desenho dos remédios passou pela discussão do consequentialismo, contemplando o passado e absorvendo os comportamentos gerados pela colusão a fim de gerar uma resposta estatal eficaz, efetiva e eficiente para o problema concorrencial analisado. Nesse ponto, retomou-se a ideia de “espelho” discorrida no primeiro capítulo com o escopo de parametrizar a discussão em torno de princípios basilares para a formatação de uma intervenção via remédios.

Os efeitos de rede foram também uma importante luz lançada sobre a matéria de remédios ao deixar explícito que a intervenção estatal não tem efeito exclusivamente sobre particulares. A difusão dos consectários dos remédios ao longo da cadeia produtiva é um aspecto a ser considerado, inclusive para fins de proporcionalidade. Ainda nesse ponto, a sinalização reforça a ideia de que os efeitos dos remédios não são apenas *inter partes* e que terceiros não envolvidos na investigação podem ser afetados pela decisão antitruste.

Esse possível impacto em outros mercados e em outros agentes também afeta a discussão e a definição do nexo de causalidade entre a intervenção e os fatos investigados. A

clássica concepção de que apenas o mercado afetado seria alvo dos remédios não pareceu plausível se levados em conta os possíveis efeitos de rede e a sinalização, os quais extrapolam o mercado investigado pelo cartel. Por isso, a questão do nexos causal jurídico deve ser conciliada com o nexos causal econômico a fim de fornecer uma resposta estatal que se adegue à realidade dos fatos e que produza um quadro concorrencial mais benéfico ao consumidor.

Por fim, deixou-se claro que o remédio não pode traçar um cenário mais prejudicial que o cenário com cartel. Não causar danos adicionais à sociedade lesada integra a razoabilidade inscrita no princípio da proporcionalidade inerente à intervenção do Estado.

### **3 REMÉDIOS ESTRUTURAIS EM CARTEL NA JURISPRUDÊNCIA DO CADE: CASOS**

Esse é o capítulo dedicado a enumerar decisões do Cade a respeito de cartéis em que os remédios antitruste aptos a alterar estruturas de mercado se fizeram presentes, convenientes e oportunos, segundo a autarquia. A ideia principal é mostrar que os remédios antitruste não são apenas teorização de juristas e economistas: são uma realidade e, mais ainda, já houve casos brasileiros de elevada gravidade e relevante interesse público que justificaram a aplicação da medida.

O ponto mais importante na discussão sobre remédios antitruste passa longe de teorizar indefinidamente sobre como são e o que são esses mecanismos de intervenção estatal na economia. Por mais que o jargão seja um peso relevante no direito da concorrência e na economia antitruste, é preciso destacar que medidas interventivas em mercados sempre existiram e sempre existirão sob diversas formas, desde a forte regulação sobre um determinado setor até a emissão de diretrizes não vinculantes com expectativas de comportamentos.

Em relação especificamente a cartel, a autoridade antitruste brasileira determinou a imposição de tais remédios em pouquíssimos casos de duas formas: negociados com o infrator ou aplicados de forma acessória em decisões condenatórias. Nesse tópico, busca-se trazer exemplos de aplicação de remédios estruturais em cartéis com o escopo de evidenciar, na prática, os benefícios e as dúvidas suscitados pelo Cade em relação a remédios estruturais em cartéis<sup>92</sup>.

Na prática, o Cade tem trazido esse assunto na esfera repressiva de forma cada vez mais constante. A intervenção em fusões e aquisições, impondo condições para o aperfeiçoamento do contrato entre as partes, já é bastante conhecida na análise de atos de concentração desde, pelo menos, o clássico caso Nestlé-Garoto<sup>93</sup>, que está há décadas sendo

---

<sup>92</sup> O presente tópico não tem o objetivo de realizar estudos de casos, mas sim de apontar ocasiões em que a discussão de remédios estruturais foi apresentada pelo Cade como necessária.

<sup>93</sup> Os quinze anos de duração das lesões anticompetitivas constatadas no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89 permitiram uma reflexão do Cade em trazer respostas menos tardias aos casos que lhe são submetidos. A operação foi consumada em 2002, reprovada em 2004 e somente em 2016, depois de várias idas e vindas ao Cade e ao Poder Judiciário, é que a pacificação da questão foi implementada. A demora

reapreciado pelo Poder Judiciário e com recente solução final e definitiva. Esses tipos de concentrações têm revelado problemas cada vez mais complexos e inspirado a discussão sobre soluções menos triviais de imbróglis competitivos.

Em termos de quantidade de casos, o Cade não tem recorrido com frequência à aplicação de remédios estruturais em condutas, mesmo tendo feito recentes progressos sobre esse tipo de intervenção em controle de concentrações. Isso se deve a três razões principais de natureza prática.

A primeira é estatística, visto que a pauta pré-Lei 12.529/11 era dominada por atos de concentração e o número de processos de condenações por cartel cresceu somente após a edição da nova lei. Logo, é pouca a massa crítica para selecionar os casos elegíveis para remédios. Em segundo lugar, a expertise do Cade com remédios em conduta ainda está em desenvolvimento e os cinco anos de vigência do novo paradigma legal parecem ainda não ter sido suficientes para se concluir sobre acertos ou erros. Por fim, a segurança da política de remédios antitruste mereceria olhar para o mercado após a aplicação de remédios a fim de detectar aprimoramentos necessários tanto nos remédios quanto na própria política antitruste.

Como a tradição de remédios é recente, ainda que todos os casos fossem submetidos a avaliação *ex post*, o curto lapso temporal entre os remédios já aplicados e o presente momento não permitem recolher amostra suficiente para formular conclusões.

Em termos teóricos, essa pouca frequência poderia ser justificada pela influência epistemológica de concorrência perfeita da Escola de Economia de Chicago, que prega uma postura mais liberal e menos interventiva em reação a ativismos antitruste principalmente dos anos 70. A abordagem *hands-off* dessa Escola confiava na suficiência das forças de mercado para estabelecer firmas mais eficientes no mercado (MOTTA, 2004, p. 8). O foco na eficiência alocativa é tamanho que a não intervenção era mais desejável que o risco de imposição de ineficiências no mercado pela mão estatal. A inspiração consequencialista adveio da absorção de critérios econômicos para direcionar a defesa da concorrência, inclusive no Brasil, muitas vezes até se sobrepondo ao ordenamento jurídico:

---

envolvia R\$ 250 milhões (atualizados à época da operação) e o desfazimento de uma consolidada estrutura comum à Nestlé e à Garoto (KOJIKOVSKI, 2017).

A teoria oficial do direito de defesa da concorrência brasileiro, cuja forma pode ser, abstratamente, reconhecida em três características apresentadas acima, quais sejam, (i) a estratégia *top-down* de aquisição de premissas normativas, comandada pela ciência econômica; (ii) o consequencialismo forte; e (iii) a elevada capacidade de diferenciação interna tendo em vista a preservação da diferença entre direito e ciência aplicada, é uma teoria que se construiu e desenvolveu *à margem* da ou *com indiferença* às Constituições vigentes desde sua gestação, e isto não obstante: as expressas referências, em todas elas (ou seja, nas Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988), à “repressão ao abuso do poder econômico” que “tenha por fim” (CF 46), “seja caracterizado por” (CF 67 e CF 69), ou “vise” (CF 88) eliminar a concorrência, dominar mercados ou aumentar arbitrariamente os lucros; a definição da “livre concorrência”, pela CF 88, como um “princípio geral da atividade econômica”; e a previsão, no art. 1º da Lei 8.884/94, da prevenção e repressão às infrações “contra a ordem econômica” e dos “ditames constitucionais” da liberdade de iniciativa, função social da propriedade, defesa do consumidor e repressão ao abuso do poder econômico. Apesar desse conjunto bastante explícito de pistas no sentido de que o texto da Constituição devesse penetrar, de maneira constitutiva, nos processos de interpretação e aplicação do direito de defesa da concorrência, isto definitivamente não aconteceu. Claro, não faltaram entre os juristas recomendações doutrinárias na direção de uma maior ou menor constitucionalização dessa parte do direito, mas a presença das mesmas basicamente limitou-se ao mundo dos manuais, dos artigos e das notas de aula. Sua sina foi sobreviver nas mentes e nos corações dos adeptos como teorias normativas *não juridicamente institucionalizadas* (SCHUARTZ, 2009).

Essa postura menos interventiva tem, aos poucos, cedido lugar à intervenção moderada e, por conseguinte, à confecção de remédios antitruste. A economia pura tem andado de braços dados com o direito, com a política e com outras áreas do conhecimento para a construção de mercados mais iguais e menos injustos, reforçando a ideia de que a solução de problemas antitruste requer inevitavelmente uma abordagem multidisciplinar. A antiga postura de que a autoridade não deveria agir quando não estivesse absolutamente segura do ilícito tem sido sobreposta pela precaução e pela possibilidade de parar infrações o quanto antes. Com esse passado, ainda há uma cultura de evitar intervenções ou desestabilizações de mercado que precisa ser mudada diante da impossibilidade de se assumir a intocabilidade do *laissez-faire* com cartéis duradouros, alguns até repassados de geração em geração.

Fato é que os primeiros sinais de aplicação de remédios em condenações por condutas anticompetitivas tem sido de relevância estatística mínima, pois são poucos os casos que o Cade entendeu que seriam elegíveis para receber medidas não pecuniárias adicionais à multa. Por isso, a indicação dos casos em que houve remédios antitruste em sede repressiva é relativamente fácil.

Foram analisadas todas as decisões condenatórias emanadas pelo Cade desde o advento da Lei 12.529/11 em processos administrativos identificáveis nas atas das sessões

ordinárias de julgamento da autarquia na intenção de se fixar um marco temporal para preservar a atualidade do presente trabalho. Dessas decisões, foram separadas aquelas cujo dispositivo estipulava medidas adicionais à multa a fim de serem debatidos no presente trabalho e foram excluídos aqueles que dispunham de obrigações genéricas, tais como “cessar a conduta” ou “portar-se com boa-fé e lealdade”. A amostra também excluiu aqueles casos que trataram exclusivamente do inciso I do art. 38 por entender publicações em impressos têm baixa efetividade e alcance graças ao dinamismo das comunicações *online*.

Durante as pesquisas, foi encontrado um segundo flanco de aplicação de remédios: em casos de negociação de acordos pelo Cade para encerramento de investigações de práticas ilícitas. Apesar desse não ter sido o caminho inicialmente vislumbrado para condução do presente trabalho, tal inclusão se fez premente diante da inovação em remédios trazida na via negocial, inclusive até com medidas de desinvestimento. Para trilhar esse caminho, foram examinados todos os Termos de Compromisso de Cessação assinados no âmbito do Cade e filtrados aqueles em que houve obrigações não genéricas. Novamente, buscou-se contemplar todos os casos fechados após a Lei 12.529/11 para obter uma amostra relevante do papel do Cade durante o período, bem como manter a contemporaneidade do trabalho.

Em momento algum se olvida a importância do Poder Judiciário para a discussão diante da cláusula constitucional que permite a revisão judicial de decisões administrativas. Houve, no entanto, dificuldades de se estabelecer uma metodologia de filtro de precedentes jurisdicionais diante da falta de uniformidade gramatical dos tribunais para tratamento de questões concorrenciais, prejudicando a formação de um bom e eficiente argumento de pesquisa. Nem todos os juízos tratam a intervenção objeto deste trabalho como remédios, apesar de se ter encontrado algumas decisões em matéria concorrential que tratavam de remédios. Alguns casos sequer falavam de intervenção no domínio econômico e tampouco mencionavam o Cade<sup>94</sup>. Outra dificuldade que levou ao descarte de decisões judiciais foi a

---

<sup>94</sup> Inicialmente foi feita entre junho e outubro de 2017 uma pesquisa com os jargões “remédio antitruste” e “remédio concorrential” na seção de jurisprudência dos seguintes tribunais: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões. Tal pesquisa não retornou quaisquer resultados, o que já era esperado por duas razões. A primeira delas é que a nomenclatura “remédios” – e assemelhados – é doutrinária, ou seja, não está inscrita no diploma legal de defesa da concorrência de sorte que não há incentivos para que os tribunais definam tal instituto ou eventualmente o utilizem de maneira mais uniforme. Em segundo lugar, a concepção de que é possível desenhar incentivos pró-concorrentiais que não perpassam necessariamente pela via da multa parece não ser suficientemente difundida no meio jurisdicional pátrio. Além disso, em vários dos precedentes emanados pelo Poder Judiciário que discutem remédios, os quais já haviam sido proferidos antes da conclusão do presente trabalho, não foi mencionada sequer a expressão

não definitividade das decisões até então proferidas. Os poucos julgados sobre recentes remédios encontradas foram emitidos em primeira instância, a maioria em sede de decisão interlocutória a respeito de depósito do valor da multa para suspensão da execução do *decisum*, e ainda estão sujeitos a reapreciação via duplo grau de jurisdição.

Para fins didáticos, os casos aqui abordados serão referenciados por alcunhas com o anseio de facilitar a referência. Eis, então, os resultados da pesquisa.

### **3.1 Remédios Negociados em Termos de Compromisso de Cessação**

#### **3.1.1 “Suposto Cartel da Areia” – Terceirização da Gestão Compartilhada de Infraestrutura**

Nove acordos culminaram no encerramento de investigação de cartel supostamente instrumentalizado por uma entidade de classe que reunia mineradores ribeirinhos de areia no estado do Paraná (CADE, 2015a, 2015b, 2015c, 2015d, 2015e, 2015f, 2015g, 2015h, 2015i, 2015j). Várias empresas desse ramo haviam sido obrigadas, via Termo de Ajustamento de Conduta assinado com o Ministério Público local e antes da decisão do Cade, a compartilhar uma mesma infraestrutura de extração e transporte de areia por razões ambientais. A gestão dessa infraestrutura seria realizada por uma associação, que congregaria todas as mineradoras de areia da cidade. Antes do referido termo, cada empresa possuía instalações e localização próprias ao longo de um rio no município de São Pedro do Paraná. Esse é o pano de fundo do chamado “suposto cartel da areia” (CADE, 2015k), cujos acordos foram aprovados em 25 de março de 2015 pelo Cade e culminaram no encerramento das investigações.

Discutiu-se que o problema ambiental gerou também um problema concorrencial, pois os competidores eram impelidos por força do Termo a ter contato uns com os outros para a administração do terminal comum de descarga de areia. Por um lado, o uso de área ambiental seria diminuído com o controle de fluxo de atividade mineradora; por outro lado, o

---

“remédio”. Isso indica que a discussão pode abarcar expressões ou argumentações que extrapolam o citado *nomen juris*.

Em seguida, partiu-se para uma busca mais ampla, apenas com a palavra “Cade” nos mencionados tribunais a fim de filtrar aquelas decisões de caráter essencialmente concorrencial, ainda que tratem somente de multas e/ou de questões incidentais. Desse total, retornaram 12 resultados do Supremo Tribunal Federal, 67 resultados do Superior Tribunal de Justiça e 508 resultados nos Tribunais Regionais Federais. E mesmo avaliando todas essas decisões, não há garantias de que todas as decisões com remédios seriam encontradas, já que muitas delas podem ter sido proferidas nas justiças estaduais de todo o país na hipótese de o Cade não ter sido chamado à lide como assistente ou como parte. Concluiu-se então que essa extensão de pesquisa seria inviável ou traria resultados metodologicamente frágeis.

contato constante entre concorrentes diminui os incentivos em rivalizar uns com os outros e de esconder seus segredos de negócio, suas vantagens competitivas e suas posturas agressivas de mercado. Em um possível plano de expansão de infraestrutura, por exemplo, os competidores teriam de se reunir para decidir sobre se e como os custos de ampliação do terminal seriam rateados entre cada um. Dessa forma, dados de preço, capacidade ociosa, faturamento e oferta teriam de ser transparentes no âmbito da associação a fim de que se conseguisse uma justa medida para a divisão dos custos.

A pergunta principal que parece ter pairado no julgamento foi: como resolver o problema concorrencial sem revogar nem desmerecer o acordo entabulado entre as empresas e o Ministério Público? Afinal, o valor ambiental não se sobrepõe nem se submete ao valor concorrencial.

A resposta foi dada pelo Cade por meio de dois mecanismos: um destinado à profissionalização da gestão do terminal e outro vocacionado à criação de mecanismos de expansão automática da capacidade instalada conjunta do terminal sem a necessidade de consulta prévia aos associados – e desde que o terminal tenha atingido reduzida capacidade ociosa<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> A redação das cláusulas de profissionalização da gestão e da expansão automática do terminal foi assim consignada:

“3.2. **Terceirização da Administração do Terminal** - A APA compromete-se a alterar seu estatuto social, no prazo de 60 (sessenta) dias após a publicação da decisão do Tribunal do Cade que homologar o presente acordo, de forma a estabelecer que a administração do Terminal de Descarga de Areia Prezalino Semprebom ("Terminal") seja feita por pessoa natural ou jurídica terceirizada que não tenha qualquer vínculo familiar (de primeiro, segundo ou terceiro grau; em linha reta, na linha colateral ou por afinidade), empregatício ou societário com quaisquer das empresas associadas à APA ou de seus sócios, que deverá firmar acordo de confidencialidade e se comprometer a não compartilhar informações sobre a quantidade de areia extraída e vendida por cada empresa de forma desagregada e outras informações concorrencialmente sensíveis entre as empresas associadas.

3.2.1. De forma a demonstrar o cumprimento da obrigação prevista na Cláusula 3.2, a APA obriga-se a apresentar ao Cade cópia do comprovante de alteração ao seu estatuto social, no prazo de 15 (quinze) dias após a aprovação da alteração pela Assembleia Geral da APA, bem como cópia do contrato de prestação de serviços de administração firmado com o administrador no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação da decisão do Tribunal do Cade que homologar o presente acordo.

3.2.2. O contrato de prestação de serviços de administração referido na Cláusula 3.2.1 deverá conter obrigação de aviso prévio, com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias, caso o administrador decida resiliir o contrato, de modo a permitir que a Diretoria Administrativa da APA tenha tempo hábil para contratar outro administrador.

3.2.3. Caso o contrato de prestação de serviços com o administrador venha a ser resiliido pelo administrador ou caso o administrador fique incapacitado de exercer suas atribuições previstas no contrato sem o aviso prévio referido na Cláusula 3.2.2, a Diretoria Administrativa da APA poderá assumir a administração do Terminal, em caráter provisório, até que outro administrador seja contratado, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias.

3.2.4. Na hipótese descrita na Cláusula 3.2.3, a Diretoria Administrativa da APA deverá tomar todas as medidas necessárias para assegurar que as informações sobre a quantidade de areia extraída e vendida por cada empresa

### 3.1.2 “Suposto Cartel dos Combustíveis no DF” – Venda de Ativos

O chamado “suposto cartel dos combustíveis no DF” é um dos marcos dos remédios antitruste no Brasil em sede repressiva pela tramitação e pelas fases de intervenção do Cade. Em um primeiro momento, os remédios haviam sido impostos unilateralmente pelo Cade, cuja reforma via judicial foi constantemente intentada pela parte investigada. Em momento posterior, os remédios absorvidos pelo investigado mediante negociação e consolidação em Termo de Compromisso de Cessação celebrado entre Cade e investigado.

E a história assim começou. Em 24 de novembro de 2015, a Polícia Federal, o Cade e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios realizaram conjuntamente no âmbito da “Operação Dubai” diligências de condução coercitiva de indivíduos e de busca e apreensão em diversos postos de combustível da capital federal, além do cumprimento de mandados de prisão temporária. Evidências decorrentes da gravação de conversas telefônicas entre dirigentes de revendedores previamente à operação também fazem parte das investigações em andamento. Uma segunda fase da operação foi deflagrada em 06 de maio de 2016 com o cumprimento de mais mandados de prisão e de condução coercitiva no Distrito Federal, no entorno do Distrito Federal e no Rio de Janeiro. Até o fechamento do presente trabalho, o

---

de forma desagregada e outras informações concorrencialmente sensíveis não serão compartilhadas entre as empresas associadas, limitando o acesso a tais informações a um grupo restrito de funcionários do Terminal, que deverão assinar acordo de confidencialidade comprometendo-se a não divulgar essas informações.

3.3. Capacidade de Processamento do Terminal - A APA compromete-se a tomar todas as medidas possíveis para evitar que o Terminal opere em níveis acima de 90% (noventa por cento) de sua capacidade máxima de processamento e armazenamento de areia e a expandir sua capacidade sempre que necessário e viável, seja por meio de aumento do período de funcionamento do Terminal ou por meio de investimentos para a ampliação e modernização da infraestrutura do Terminal, desde que exista área disponível e não existam quaisquer impedimentos de natureza legal, regulamentar ou ambiental ou determinações de quaisquer autoridades públicas que inviabilizem a expansão.

3.3.1. Para fins do disposto na Cláusula 3.3 acima, deverão ser consideradas, na definição da capacidade máxima de processamento e armazenagem do Terminal, a capacidade máxima efetiva: (i) de transporte da correia transportadora; (ii) de desaguamento das instalações de desumidificação; ou (iii) de armazenamento dos silos de estocagem.

3.3.2. Na definição da capacidade máxima de processamento e armazenagem do Terminal, deverá ser considerada a quantidade total de areia, em metros cúbicos, passível de processamento (desumidificação ou transporte) e armazenamento no período de 1 (um) ano, tendo em conta os dias e horários de funcionamento regular do Terminal (de 4:30h às 21:30h de segunda-feira a sexta-feira e de 6:00h às 16:00h aos sábados).

3.3.3. De forma a demonstrar o cumprimento da obrigação prevista na Cláusula 3.3, a APA obriga-se a apresentar ao Cade relatório anual sobre a quantidade de areia efetivamente processada e armazenada no Terminal e a capacidade máxima de processamento e armazenamento do Terminal para os anos de 2015, 2016, 2017 e 2018.

3.3.4. O prazo para a apresentação dos relatórios mencionados na Cláusula 3.3.3 terminará no dia 1º de fevereiro de cada ano subsequente” (CADE, 2015b).

*Parquet* ainda não havia ofertado denúncia na instância criminal e o Cade ainda não havia instaurado processo administrativo para apurar os fatos.

Nesse ínterim, em 25 de janeiro de 2016, o Cade determinou que uma das redes de postos de combustível acusada de participação em cartel trocasse o administrador de seus estabelecimentos por um que não fosse ligado à família dos sócios ou aos postos concorrentes – remédio semelhante à profissionalização da gestão apontada no suposto cartel da areia. A decisão de natureza cautelar, denominada pelo regimento interno do Cade como “medida preventiva”<sup>96</sup>, buscou a alteração do controle da rede de uma forma não societária, sem descartar a possibilidade de alienação desse controle quando a decisão definitiva for tomada após a fase instrutória. Segue um trecho da decisão tomada pela Superintendência-Geral do Cade em 25 de janeiro de 2016 e que fundamentou a medida:

Entende-se que, efetivamente, a melhor forma de se fazer cessar a conduta anticoncorrencial verificada neste mercado é uma intervenção na administração da líder do mercado e líder do suposto cartel, de modo que o Administrador Provisório possa, de forma independente e de acordo com as regras do livre mercado, estabelecer uma política de preços condizentes com a realidade do mercado e não da forma que vem sendo desempenhada há décadas pelos atuais administradores da Cascol.

Tal medida deve atingir ao menos parte suficiente e representativa dos postos revendedores da empresa, de forma a proporcionar um equilíbrio competitivo que possa gerar externalidades positivas em todo o mercado. Em outras palavras, para tornar a medida efetiva, é necessário que uma parte relevante dos postos do grupo Cascol saiam da formação coordenada de preços, o que implicaria, justamente porque são muitos, um número alto de postos oferecendo concorrência no mercado. Isso, por si só, teria o condão de mexer no mercado e (i) oferecer uma opção de muitos postos não supostamente cartelizados aos consumidores e (ii) oferecer uma concorrência que obrigue os demais agentes a se tornarem mais competitivos e independentes (p. ex: baixarem preços para concorrer, reduzirem a margem do etanol para torna-lo atrativo, etc.).

Além disso, o Administrador Provisório deve ter condições de atuar com independência e com as condições minimamente necessárias para se ter conhecimento e poder sobre os negócios conduzidos pela Cascol que fizeram parte da intervenção e, assim, manter a empresa funcionando de forma econômico-financeira saudável, garantindo não só uma eventual e futura reversibilidade da medida como também uma eventual e futura medida estrutural eficaz.

Veja-se que a Medida Preventiva proposta visa restabelecer um mínimo de normalidade à concorrência no mercado de combustíveis do DF e, ao mesmo tempo, prescindir de uma medida estruturalmente mais profunda, como uma alienação definitiva de parte dos postos da Cascol, dado o momento processual. Procurou-se,

---

<sup>96</sup> Para não haver dúvidas sobre tal equiparação, destaque-se que a Superintendência-Geral fundamentou sua decisão no art. 84 da Lei 12.529/11 no tocante à presença dos requisitos de indício ou fundado receio de que o representado cause ou possa causar lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. Adicionou a presença dos requisitos das tutelas de urgência (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*).

pois, o equilíbrio entre o meio menos oneroso e mais eficaz possível diante do potencial prejuízo irreversível aos consumidores que poderia ocorrer com a demora do término das investigações (CADE, 2016a).

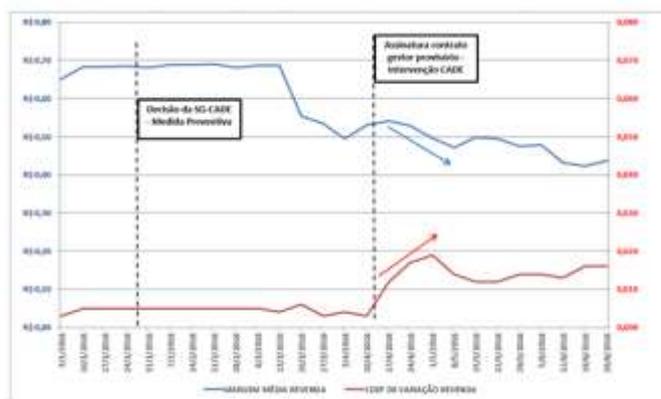
Segundo o Cade, mesmo após a ciência dos investigados do início das apurações, o comportamento cartelizador continuou a acontecer, levando em conta que a expectativa inicial era a de que o cartel cessasse ou, pelo menos, desacelerasse suas atividades após a detecção<sup>97</sup>. Vale ressaltar que o investigado sempre foi detentor de considerável fatia de mercado, influência relevante em sindicato patronal do setor e detentor de condições contratuais privilegiadas com o distribuidor, o que caracterizaria um agente com elevado poder de mercado em aparente posição de liderança na colusão, nos termos da medida preventiva exarada pelo Cade.

Parte da intenção dos investigados de resolver as pendências do Cade pode ter sido originária de derrota na tentativa de reversão da medida preventiva da autarquia via Poder Judiciário<sup>98</sup>. Nesse contexto, se confirmada a condenação da rede de postos no processo decorrente da Operação Dubai, haveria um agravante expressivo da pena em caso de reincidência decorrente de nova investigação que abarcasse uma possível continuidade do cartel. No entanto, a concordância do investigado com a prorrogação do remédio, deferida pelo Cade em 07 de outubro de 2016 (CADE, 2016b), e a assinatura posterior de acordo com a autoridade com medidas de fomento à competitividade (CADE, 2017) parece transparecer de fato um novo olhar da empresa sobre a importância da concorrência. Na oportunidade da mencionada prorrogação, a Superintendência-Geral do Cade fez um comparativo dos preços pré e pós-intervenção, o qual é transcrito a seguir:

---

<sup>97</sup> Conforme fundamentação da Superintendência-Geral, “embora o efeito imediato de uma operação como a “Dubai”, ao desarticular o suposto cartel, não necessariamente seja a queda de preços, dado que estes são formados por diversos fatores, sendo o cartel apenas um fator artificial que os influenciava, espera-se que, ao menos após tal desarticulação, os preços passem a ser definidos conforme a decisão independente de cada revendedor, ou seja, que passem a ter um padrão menos uniforme. Em um mercado efetivamente competitivo e, após um “choque” como o da operação realizada, esperar-se-ia uma maior variação em preços e margens, bem como uma maior diferenciação entre os postos. No entanto, dados recentes da pesquisa semanal realizada pela ANP apontam para a continuidade da existência de elevadas margens de revenda da gasolina e do etanol, incompatíveis com um mercado supostamente concorrencial” (CADE, 2016a).

<sup>98</sup> O Superior Tribunal de Justiça negou recursos das partes condenadas discutidos no Recurso Especial 1436903/DF em 01 de dezembro de 2015, 08 de março de 2016 e 07 de junho de 2017.



Fonte: (CADE, 2016b)

Já o acordo firmado pelo Cade e pelo investigado em abril de 2017 fundou-se em cinco pontos sensíveis, além do pagamento de mais de R\$ 90 milhões a título de contribuição pecuniária: (i) profissionalização da administração da empresa<sup>99</sup>, (ii) desinvestimento<sup>100</sup>, (iii) implementação de programa de integridade concorrencial (*compliance*)<sup>101</sup>, (iv) tratativas com

<sup>99</sup> Eis as obrigações assumidas pelo investigado a título de profissionalização da gestão empresarial: “3.5. Profissionalização da administração da empresa

3.5.1. A Compromissária pessoa jurídica (Cascol Combustíveis para Veículos Ltda) compromete-se a promover reestruturação societária, realizando alterações consistentes na forma de administração da empresa, que resultarão em maior profissionalismo na gestão e em controles internos mais rigorosos.

3.5.2. As alterações promovidas pela Compromissária obedecerão às diretrizes e prazos fixados no anexo V.

3.5.3. A Compromissária deverá apresentar ao CADE, em até 15 (quinze) dias após o fim dos prazos fixados nos itens 7 e 8 do Anexo V, relatório descrevendo os procedimentos realizados pela empresa para dar cumprimento ao compromisso de reestruturação societária. O relatório, que será acompanhado dos documentos comprobatórios das alterações” (CADE, 2017).

<sup>100</sup> Nos termos do acordo firmado: “3.3. Desinvestimento

3.3.1. A Compromissária pessoa jurídica (Cascol Combustíveis para Veículos Ltda.) obriga-se a promover o desinvestimento em postos de combustíveis, descritos no Anexo III, conforme cronograma e prazos estipulados no Anexo III, a contar da publicação, no Diário Oficial da União, da decisão do CADE que homologar o Termo de Compromisso de Cessação.

3.3.2 A Compromissária deverá comprovar o cumprimento da obrigação de desinvestimento em até 15 (quinze) dias após cada evento de desinvestimento.

3.3.3. Durante o prazo do desinvestimento, a Compromissária obriga-se a manter o curso normal dos negócios relativamente aos postos de gasolina objeto do desinvestimento, abstendo-se de adotar quaisquer medidas que possam vir a prejudicar o desempenho comercial dos estabelecimentos” (CADE, 2017).

<sup>101</sup> Assim dispõe a cláusula de *compliance* do acordo celebrado entre o investigado e o Cade: “3.4. Programa de compliance

3.4.1. A Compromissária pessoa jurídica (Cascol Combustíveis para Veículos Ltda) compromete-se a adotar programa de compliance para assegurar que a sua atividade ocorra em perfeita obediência às normas legais e regulamentares.

3.4.2. O programa de compliance que será instituído pela Compromissária deverá obedecer aos requisitos descritos no anexo IV.

3.4.3. A implementação deverá ocorrer em até 12 (doze) meses contados da publicação no Diário Oficial da União da decisão que homologar o Termo de Compromisso de Cessação.

o Ministério Público Federal do Distrito Federal e Territórios, abrangendo colaboração e pagamento de valor com fins reparatórios, e (v) colaboração com o cumprimento da medida preventiva alhures.

A repercussão dessa intervenção no Distrito Federal foi bastante noticiada, chegando a impactar quedas nos índices de inflação da capital (MARCHESINI, 2016), com recuo dos preços nas bombas em torno de 7% e aumento da dispersão nos valores (RODRIGUES, 2016b). Outrossim, há relatos jornalísticos de que a alteração do comportamento do principal agente econômico revendedor de combustíveis da cidade teria reverberado também nos postos com menor poder de mercado<sup>102</sup>.

## **3.2 Remédios Estabelecidos em Condenações**

### **3.2.1 Cartéis em Licitações – Proibição de Contratação com o Poder Público**

A proibição de contratação com o Poder Público imposta como pena não é nova no Cade, pois remonta ao “cartel dos vigilantes” (CADE, 2007), julgado ainda na vigência da revogada Lei 8.884/94. No entanto, essa medida interventiva tem ganhado cada vez mais

---

3.4.4. A Compromissária deverá apresentar ao CADE, em até 30 (trinta) dias após a implementação do programa de compliance, o Código de Ética da empresa, assim como a comprovação de que todos os funcionários receberam o documento e foram devidamente orientados quanto ao programa” (CADE, 2017).

<sup>102</sup> Segundo excerto de matéria publicada no sítio eletrônico Congresso em Foco, “o gerente de pista do Posto da Torre, Rogério Pereira Frony, enxerga nos valores diferenciados uma “guerra de preços”. Vendendo o litro do combustível a R\$ 3,559, ele fala com orgulho de ser o estabelecimento que mais comercializa combustível no DF: 100 mil litros por dia. Um gerente que não quis ser identificado, porém, atribuiu os preços diferenciados à intervenção do Cade na rede Cascol. De acordo com ele, não haveria como “ir contra uma rede que tem tantos postos”, podendo, então, ditar os valores para os concorrentes. O mesmo taxista ouvido pela reportagem disse que já viu o litro sendo vendido a R\$ 3,65 na Estrutural esta semana” (CONGRESSO EM FOCO, 2016).

Em outra ocasião, eis um possível relato de membro de órgão de pesquisa: “A gerente de pesquisas do IBGE, Irene Maria Machado, vê efeitos claros da intervenção do Cade no setor. “A ação do Cade foi em novembro e depois houve a intervenção em abril. O preço começou a cair e em agosto ficou a igual a outras regiões pesquisadas. Acho que deu resultado mesmo”, disse Irene.

No começo do ano, de acordo com o IBGE, o preço médio verificado nas bombas de combustível do Distrito Federal era de R\$ 3,92 por litro de gasolina. Em abril, mês da intervenção, o preço estava em R\$ 3,82, o que representa queda de 2,55%. A partir daí, caiu para R\$ 3,54 por litro em agosto. Entre abril e agosto, com a intervenção em vigor, a queda foi de 7,32%.

A taxa de inflação acumulada no Distrito Federal em 2016 é de 3,57% de acordo com os dados do IPCA. O índice é inferior aos 5,42% verificados no Brasil como um todo e o menor resultado dentre as 13 regiões metropolitanas pesquisadas.

Em relação aos preços dos combustíveis, a retração é de 7,02% em Brasília no acumulado entre os meses de janeiro e agosto de 2016, enquanto o resultado é negativo em 0,66% em todo o país. É o menor resultado verificado nas regiões metropolitanas pesquisadas pelo IBGE. O mesmo acontece quando se analisa apenas o preço da gasolina (queda de 6,58% no DF e alta de 0,4% em todo o país), ou do etanol (queda de 11,35% no DF e de 5,48% em todo o país).

“A redução de preço da gasolina puxou o índice para baixo. Aqui [no Distrito Federal] foi uma das menores inflações e a gasolina ajudou nisso”, afirmou o superintendente-geral adjunto do Cade. “Um cartel tem um impacto não negligenciável” (COSTA, 2016).

espaço na discussão antitruste brasileira por dois motivos principais. O primeiro deles é a intensificação, pelo Cade, de esforços em apurações de conluíus em certames licitações. O segundo deles é o fator “Lava-Jato”<sup>103</sup>, investigação conjunta da Polícia Federal e do Ministério Público Federal que tem suscitado repercussões midiáticas singulares e que revelou a existência de cartéis, e possivelmente de cartéis dentro de cartéis, em diversos nichos de mercado de várias cidades do Brasil e do mundo.

Em linhas gerais, a cessação da prática geralmente envolve a retirada do acesso ao meio utilizado pelo infrator para delinquir. As transgressões podem ocorrer durante o procedimento licitatório propriamente dito (*in auction collusion*) quanto em fases anteriores e/ou posteriores (WEISHAAR, 2013, pp. 41-43), todavia, sempre com o mesmo mote: a licitação. Em delitos comuns, a apreensão do objeto do crime é um recurso comumente utilizado para garantir a não continuidade da conduta. E como impedir esse acesso quando o ilícito é um cartel em licitação?

Um dos caminhos para responder essa pergunta tem sido tracejado em decisões do Cade por meio de proibir condenados por cartel em licitação de contratar com a Administração Pública. Aliás, o Cade deixou consignado em trecho de uma de suas recentes decisões que:

(...) a proteção ao interesse público impõe ao CADE o dever de evitar que recursos públicos continuem a serem utilizados como financiamento de um cartel de tamanha proporção, especialmente quando os infratores se aproveitaram das condições estruturais facilitadoras da colusão para implementar uma estratégia anticompetitiva coordenada (CADE, 2015).

E ainda em uma segunda oportunidade em relação ao mesmo processo:

---

<sup>103</sup> Nos termos dos informes extraídos do sítio eletrônico do Ministério Público Federal, *ipsis litteris*, “O nome do caso, “Lava Jato”, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. Embora a investigação tenha avançado para outras organizações criminosas, o nome inicial se consagrou.

A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia.

No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras.

Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa” (MPF, 2017).

Por fim, os Embargantes novamente remetem à revisão da penalidade de proibição de participação em licitações com a alegação de que o cumprimento dessa restrição atingiria mais da metade do faturamento da Flexomarine, o que inviabilizaria a atividade da empresa e não atingiria o interesse público. Em primeiro lugar, como já asseverado no voto que analisou o mérito do caso concreto, o cartel durou, pelo menos, de 1985 a 2007 e atingiu dezenas de procedimentos licitatórios para aquisição de mangueiras marítimas. Por isso, a referida sanção não-pecuniária foi proporcional e adequada, porquanto a manutenção da participação das condenadas em licitações significaria perpetuar a estrutura institucionalizada pelo cartel internacional de mangueiras marítimas e não tomar todas as precauções necessárias para dissuadir a colusão. Logo, romper os vínculos licitatórios da Flexomarine significa, na verdade, retirar o principal meio de atuação do cartel no Brasil e impedir que mais recursos públicos sejam ilicitamente apropriados pelos condenados.

Mais ainda. Os consumidores prejudicados poderão pleitear indenizações de maneira autônoma junto ao Poder Judiciário e exatamente em cima desse alegado faturamento da Flexomarine e dos demais condenados, dispondo de recursos processuais específicos para reparar os danos causados pelo cartel. O fundamento desse pleito é a restrição abusiva à liberdade de contratar imposta pelos condenados, que ofende o funcionamento do mercado e lesa a sociedade, tanto os que se viram impedidos de contratar em razão de preço que lhes foi proibitivo, quanto aos que conseguiram contratar, mas se viram obrigar a pactuar nos termos ditados pelo cartel (CADE, 2015l).

Nos chamados “cartel das portas giratórias” (CADE, 2014a), “cartel das tintas” (CADE, 2014b), “cartel de órteses e próteses” (CADE, 2014c), “cartel internacional das mangueiras marítimas” (CADE, 2015m) e “cartel da roupa suja” (CADE, 2015n), a autoridade antitruste brasileira se debruçou sobre o cabimento da medida e eventuais benefícios para assegurar a cessação do cartel em procedimentos licitatórios, ainda que a saída do cartel não seja da vontade das partes acusadas.

A alegação comum é a de que a proibição, na prática, significaria o fechamento da empresa condenada, considerando que boa parte das receitas teria origem em contratos com o Poder Público. Assumindo que tal assertiva fosse verdadeira – tendo em vista que o Cade apurou que há outros compradores do produto não pertencentes à esfera estatal<sup>104</sup> –, por um lado, o inciso VI do art. 38 prevê explicitamente que a proibição de exercer comércio pode sim ser um dos remédios aplicáveis a infratores, não só por cartel, mas também pela prática de

---

<sup>104</sup> Vide especialmente o seguinte excerto: “Por último, os Embargantes suscitam a omissão com relação ao princípio da preservação da empresa: desproporcionalidade das penalidades de proibição de licitar e de parcelamento de tributos. Tal como no argumento anterior, as Embargantes invocam a crise econômico-financeira das empresas para exclusão de duas das penalidades aplicadas pelo CADE no julgamento do dia 25/02/2015. Para tanto, as Embargantes defendem que o voto-relator “não apresentou qualquer justificativa que o levou a aplicar todas as sanções previstas na legislação aplicável”, o que rechaço em virtude da explanação sobre a gravíssima natureza da infração de cartel, ainda mais em âmbito internacional. Em seguida, ressalto que a proibição de licitar não inviabiliza a atividade da empresa, uma vez que há outros compradores nacionais de mangotes (parágrafo 329), apesar de ter sido um dos principais meios de lesar o interesse público diante da materialização do cartel em processos licitatórios mencionados nos autos” (CADE, 2015l).

qualquer infração contra a ordem econômica punível pela Lei 12.529/11. De outra sorte, a vedação à contratação com o Poder Público não tem sido automática e foi justificada pelo Cade em algumas das decisões por ele proferidas.

Um dos casos pioneiros da discussão foi o cartel das portas giratórias, cujo voto condutor somente registrou que a proibição de participar de certames públicos deveria ser aplicada “considerando que o cartel ora analisado ocorreu em diversas licitações, em patente prejuízo aos cofres públicos, vislumbro a necessidade de adoção de medidas adicionais para coibir tal prática” (CADE, 2014a). Além disso, o remédio foi imposto pelo Cade indistintamente a todas as pessoas jurídicas condenadas, bem como a todas as pessoas jurídicas em que os indivíduos condenados possuam participação acionária. Na mesma sessão de julgamentos foi apreciado também o cartel das tintas, em que o remédio estrutural também foi aplicado, porém fazendo remissão tão-somente à permissão legal da vedação à participação em licitações públicas e sem motivação específica sobre o cabimento e a proporcionalidade da intervenção (CADE, 2014b).

O cartel de órteses e próteses foi outra oportunidade utilizada pelo Cade para reafirmar sua preocupação com a não reincidência, rememorando que “a cominação de proibição de participar em licitações por cinco anos é peça central na aplicação da lei antitruste no combate aos cartéis em licitações públicas” e com a finalidade de que “a decisão desse Conselho garanta efetivamente a descontinuidade desse tipo de infração à ordem econômica cujos prejuízos à sociedade são tão elevados” (CADE, 2014c).

No cartel internacional das mangueiras marítimas, o Cade condenou três das principais fornecedoras do produto, deixando de condenar diversas outras por insuficiência de indícios, por prescrição da pretensão punitiva ou por cumprimento de cláusula inserida em acordos de colaboração premiada assinados por investigados com a autoridade. No julgamento dos embargos de declaração integrativos da decisão condenatória, o voto condutor<sup>105</sup> registrou que o principal adquirente nacional do bem manifestou-se nos autos para deixar claro que, caso os condenados fossem impedidos de prover o produto, existem outros fornecedores com licença de operação e ampla capacidade instalada para suprir a demanda. Com esses esclarecimentos, a proibição foi mantida.

---

<sup>105</sup> Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Processo Administrativo 08012.010932/2007-18, julgado em 24/06/2015.

A mais longa discussão sobre esse tipo de remédio foi entabulada no julgamento do cartel da roupa suja, em que o Cade apontou para nortes mais específicos acerca da razoabilidade e do cabimento da proibição de contratar com a Administração em condenações por formação de cartel cujo objeto tenha sido licitações públicas. A ideia basilar tinha cunho consequencialista com o escopo de avaliar se o remédio estrutural teria o potencial de agravar a escassez de oferta de modo a prejudicar o bom funcionamento do mercado, a despeito das ineficiências já provocadas pelo cartel e absorvidas pela sociedade.

O colegiado chegou à conclusão de que “essa penalidade somente será possível em mercado em que exista grande número de ofertantes que não sejam atingidos pela sanção ou em mercado com pequenas barreiras à entrada” (CADE, 2015n), o que se faz justificável à luz da proporcionalidade que deve reger sanções não pecuniárias. Com essa premissa, foram traçados três cenários de decisão<sup>106</sup> em que foram considerados os precedentes anteriores e os possíveis impactos da sanção no mercado e, diante da estrutura resultante, optou-se por aplicar o remédio estrutural apenas à líder do cartel com a finalidade de aumentar a rivalidade do mercado e de evitar o desabastecimento de prestação de serviços de lavanderia hospitalar, conforme se depreende do acórdão da decisão.

Uma constatação peculiar nessa matéria é que o Cade escrutinou o chamado “cartel dos aquecedores solares” (CADE, 2015o), que também envolvia certames licitatórios. Na oportunidade, entretanto, a sanção em estudo não foi sequer cogitada ou mencionada em qualquer dos diversos votos emitidos pelos conselheiros, indo na contramão dos demais julgados no sentido de que a proibição de contratar com a Administração Pública deve ser vislumbrada sempre que compras públicas estiverem na berlinda do cartel. Tal julgamento foi contemporâneo às discussões anteriores pelo que deveria ter levado em consideração tal medida acessória, mesmo com a justificativa de não cabimento para o feito, se fosse o caso.

---

<sup>106</sup> Os cenários foram os seguintes: (a) aplicar proibição de contratar com o Poder Público a três das empresas condenadas; (b) não aplicar sanção de proibição de contratar com o Poder Público; e (c) aplicar proibição de contratar com o Poder Público apenas à líder da conduta ilícita.

### 3.2.2 *Negociação Coletiva por Sociedade de Cooperativas – Cisão de Ativos*

O Cade entendeu que a multa, sozinha, não seria suficiente para retomar o processo competitivo no setor de saúde do município de Campo Grande/MS<sup>107</sup>, pelo que seria desejável a cisão do condenado em sociedades menores provavelmente a fim de diluir o poder de mercado do qual a congregação de médicos abusou. A medida só não foi aplicada pela autarquia porque o Ministério Público Federal já havia ajuizado ação civil pública<sup>108</sup> com o mesmo pedido de cisão, a qual ainda não foi sentenciada até o fechamento do presente trabalho.

---

<sup>107</sup> O voto condutor consignou que “no caso concreto, a simples condenação da Servan em multa pecuniária não seria suficiente para restaurar a competitividade no mercado de anestesia de Campo Grande. Ainda hoje a grande maioria dos médicos do Município de Campo Grande faz parte da Servan. Nesse sentido, entendo como cabível e necessária a aplicação de medidas estruturais para mitigar as a concentração de poder naquele mercado, fazendo valer o artigo 24, inciso V, da Lei nº 8.884/94 c/c art. 60 da Lei 5.764/71.

Não se discute o valor devido a título de remuneração pelos anestesistas, mas a forma pela qual eles o reivindicam. Profissionais liberais têm na livre iniciativa e livre concorrência os pilares para sua atuação. Ao se juntarem para prestar serviços, estes não podem subverter os valores constitucionais. Os médicos podem optar por serem assalariados, estatutários, ou profissionais liberais. E cada uma dessas atividades têm vantagens e desvantagens orientadas pela lei. A atuação em sociedade civil deve observar o ônus de um agente de mercado. Não pode, por exemplo, servir como instrumento para imposição de preços de forma intransigente, sob ameaça de paralisação no serviço. Nesse caso há nítido abuso de forma e atuação, que devem ser sancionadas nos termos do art. 173, §4º da CF c/c a lei de defesa da concorrência.

Assim, conforme referenciado anteriormente, levando em consideração que já tramita na 4ª Vara Federal de Campo Grande ação civil pública proposta pelo MPF em face da Servan, pedindo a cisão da sociedade para que esta passe a congregar, no máximo, 20% (vinte por cento) dos médicos anestesistas daquele Município, há de se buscar sinergias entre os atores estatais para corrigir as ações nefastas ao mercado.

Dessa forma, por economia processual e ante a comunhão de interesses que existe entre o pleito ministerial e a necessidade concorrencial, determino à Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE que requeira àquele juízo a intervenção no feito na qualidade de assistente, nos termos do art. 89 da Lei nº 8.884/94 (art. 118 da Lei nº 12.529/2011), apresentando cópia da presente decisão.

Há de se defender, conforme análise do roteiro desenhado conjuntamente pelo Departamento de Justiça norte-americano e pela *Federal Trade Commission* para a análise de *joint ventures* médicas (*physician network joint ventures*), que as sociedades resultantes da cisão não congreguem mais de 20% dos anestesiológicos de Campo Grande/MS. Justifica-se tal critério inclusive pela sintonia que guarda o estudo com a caracterização de poder de mercado da legislação brasileira. No caso, a *zona de segurança* é ainda mais importante na atividade de anestesia, com fortes barreiras à entrada e destacada inelasticidade da demanda. Pode-se asseverar que a anestesia constitui verdadeira *essential facility* para o exercício das atividades hospitalares e deve evitar convergências monopolísticas.

Importante citar, ainda, que as próprias cooperativas de anestesistas que celebraram acordo com o CADE aceitaram, como obrigação decorrente do eventual descumprimento do acordo, sua cisão em sociedades menores. Logo, a cisão dessas sociedades mostra-se como alternativa viável e razoável nesse mercado, sobretudo ante a existência de abuso.

Há que se enfatizar ainda que a casuística da medida estrutural advém de reconhecido abuso de posição dominante no presente caso, não devendo ser irradiada verba gratia para outros mercados e situações, sobretudo quando os profissionais congregados agirem sem imposição do seu poder de mercado” (CADE, 2015p).

<sup>108</sup> Processo 0014029-24.2013.403.6000, em trâmite junto à Seção Judiciária do Mato Grosso do Sul.

O precedente retomou discussão de processo anterior<sup>109</sup> sobre a retirada de concorrência entre rivais por meio de personalidade jurídica, isto é, quando uma entidade de classe age em nome de seus membros, ela congrega as vontades de todos eles em um só ente, evitando a negociação que poderia ser realizada individualmente por cada membro. Além disso, resgatou raciocínio daquele mesmo processo que fez alusão à necessidade de detecção de integração significativa fundada na análise da organização da entidade de classe e de sua forma de operar. Todo esse debate serviu para fixar a premissa de que a formação de associações e sindicatos não seria, por si só, um ilícito antitruste, nos termos da decisão colegiada do caso.

Interessante notar que todo esse panorama foi traçado para um caso que não envolve uma entidade de classe propriamente dita, uma vez que o investigado era uma sociedade empresária de responsabilidade limitada. Por isso, a cláusula constitucional de liberdade de associação não foi aqui aplicada para afastar o remédio, pois o condenado reunia todas as condições de caracterização de sua atividade como empresária – e não associativa ou cooperativa<sup>110</sup>. O voto condutor entendeu que a mera constituição de sociedade não se traduz

---

<sup>109</sup> Nesse sentido, o voto condutor replicou que “no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.003664/2001-92, em 2005, o tema ganhou mais elementos para o debate. Isto porque, segundo o Conselheiro Roberto Pfeiffer, a personalidade jurídica retiraria a existência de concorrência entre os integrantes da cooperativa. Seria legítimo agir nos termos dos atos constitutivos, sem haver problema no percentual de mercado envolvido, desde que não houvesse ação abusiva” (CADE, 2015p).

<sup>110</sup> Seguem trechos de alteração de Estatuto Social da investigada, juntado às fls. 73 a 89 dos autos do Processo Administrativo 08012.002706/2009-25, a fim de elucidar sua natureza empresarial:

“Cláusula 1ª. – A Sociedade Simples na forma prevista nos artigos 997 à 1038 da Lei Federal nº. 10.406/02 (Código Civil), que gira sob a denominação social de “Servan Anestesiologia e Tratamento de Dor de Campo Grande S/S”, com sua sede em Campo Grande/MS à Rua Sete de Setembro nº. 1885 – Jardim Aclimação, CEP 79002-130, podendo manter filiais em todo o Território Nacional e o prazo é por tempo indeterminado com início de suas atividades em 31/08/2000;

§Único – O nome fantasia é “Servan Anestesiologia”.

Cláusula 2ª. – A Sociedade tem por objeto social a prestação de serviços médico-hospitalares na área de anestesiologia.

Cláusula 3ª. – O Capital Social é de R\$ 200.000,00 (Duzentos Mil Reais), dividido em 200.000 (Duzentas Mil) quotas de R\$ 1,00 (Um Real) cada uma, integralizadas em moeda corrente do País, assim subscritas:

(...)

§1º. – Os bens particulares dos sócios não poderão ser executados pelas dívidas da Sociedade, senão depois de executados os bens sociais. Os sócios respondem, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

§2º. – Cada quota dará direito a um voto nas deliberações dos sócios.

§3º. – Os sócios participam dos lucros e dos prejuízos na proporção da respectiva produção profissional.

(...)

Cláusula 5ª. – As quotas são indivisíveis e não poderão ser cedidas ou transferidas à terceiros sem o consentimento de outros sócios, aos quais fica assegurado, em igualdade de condições e preço, o direito de preferência para a sua aquisição se postas à venda, formalizando, se realizada a cessão delas, a alteração pertinente;

Cláusula 6ª. – Em 31 de dezembro de cada ano, serão levantados o balanço de resultado econômico e o balanço patrimonial. Os resultados serão partilhados entre os sócios na proporção de sua produção. Mediante balancetes

automaticamente em materialidade de ilícito antitruste, o que se pode notar na caracterização da associação como sociedade simples e *ipsis litteris* no seguinte trecho da decisão: “a razão social de congregar médicos para prestação de serviços de anestesia não pode ser considerado um ilícito per se” (CADE, 2015p).

Quanto ao poder de mercado do condenado, o julgado enunciou que o condenado reunia 56% de todos os médicos anestesistas do estado do Mato Grosso do Sul e 97% dos anesthesiologistas da cidade de Campo Grande. Apesar de a participação de mercado nem sempre ser uma boa *proxy* para a configuração de poder de mercado, o fato de a sociedade exercer posição monopolística ao congregar a quase totalidade dos especialistas em anestesia da cidade seria evidenciado por qualquer outro parâmetro jurídico-econômico que se fosse adotar, segundo se depreende do acórdão. O desvio da demanda para os pouquíssimos médicos remanescentes em caso de abusividade de precificação da sociedade não pareceu ao colegiado uma realidade plausível, razão pela qual esse tipo de parametrização foi adotada no caso concreto.

Com essa premissa, a materialidade da conduta foi aferida pelos boicotes organizados pela sociedade de médicos aos hospitais que não aceitavam os valores de serviços médico-hospitalares por ela exigidos. Tal postura seria antagônica à posição de barganha entabulada em uma negociação bilateral e, dada a falta de opções dos compradores de se dirigir a outros agentes que cobrem preços diferentes, os hospitais ficariam condicionados a aceitar o preço cobrado, ainda que não concorde com ele. A sanção via multa não seria suficiente para coibir a sociedade de continuar com suas práticas, levando o Cade a determinar a medida estrutural já descrita.

A primeira e natural indagação originária desse caso é metodológica: por que esse caso foi escolhido? O processo foi selecionado para o presente trabalho porque ele é um forte candidato a ser um dos casos de cartel travestido de formas empresariais lícitas, tal como já mencionado no capítulo anterior, apesar de o Cade não ter explorado essa vertente argumentativa. O vínculo societário entre a sociedade simples e os médicos era de controle e fiscalização de concorrentes, os quais concordavam com essa centralização de decisões via

---

especiais os lucros poderão ser distribuídos em qualquer período do exercício. Os prejuízos serão mantidos em cota especial para compensação com lucros futuros.  
(...) Campo Grande/MS, 10 de setembro de 2007”.

admissão na sociedade: por princípio maior, ninguém é obrigado a se associar ou deixar de associar, sendo de boa vontade que o fazem por acordo aceito por todos. A sociedade se encaixa na aceção de supressão de rivalidades interna e externa exposta alhures, já que a rivalidade interna, segundo se depreende da decisão, foi eliminada pela delegação de poderes de decisão à própria sociedade e a rivalidade externa, também segundo a decisão, foi extirpada com a reunião de todos os médicos da especialidade, evitando qualquer desvio de demanda de forma eficiente. Registre-se que a análise bipartite de supressão de rivalidade não foi aventada pelo acórdão antitruste.

Uma segunda metodologia poderia ser aqui aplicada para separar esse caso como um possível cartel, que é a dos cartéis chamados *hub and spoke* (ou também *hub-spoke* ou *star-shaped*). Eles são atos colusivos facilitados por relações verticais em que uma firma (*hub*) organiza a colusão de outras firmas (*spokes*) posicionadas a montante ou a jusante da cadeia produtiva. A função do *hub* é facilitar e fiscalizar a colusão (ou pelo menos seus aspectos-chave) por meio de relações verticais com os *spokes*. Em outras palavras, o que diferencia o contexto anticompetitivo de relações verticais legítimas é o conteúdo do elo formado entre os *hubs* e os *spokes* (ORBACH, 2016).

O caso em tela parece atender aos três requisitos de caracterização do cartel *hub and spoke*, quais sejam (i) identificação de uma estratégia de benefício mútuo; (ii) detecção de desvios de tal estratégia e (iii) exercício de pressão a fim de prevenir desvios da estratégia de benefício mútuo (ODUDU, 2011). A própria forma de constituição da sociedade evidenciou tais elementos que, aliada ao poder de mercado, constituem evidência desse tipo de cartel. O poder de mercado detido pela condenada (*hub*) representa um ostracismo do médico (*spoke*) que resolver negociar por conta própria e fora da sociedade diante dos boicotes a hospitais organizados pela sociedade e impostos aos médicos para força-los a aceitar o preço cobrado sem negociação.

### **3.2.3 “Cartel do Cimento” – Venda de Ativos e Outros Remédios Estruturais**

O julgamento do chamado “cartel do cimento” em 2014 foi um dos casos de condenação pelo Cade com maior valor de multa, que chegou a cifras bilionárias e deixou sua marca na jurisprudência da autarquia principalmente em relação às medidas não pecuniárias. Para além dos mais de R\$ 3 bilhões de multa e mais de mil páginas de votos dos julgadores, o Cade aplicou remédios estruturais concernentes a proibições de realização de concentrações

tanto no mercado de concreto<sup>111</sup> quanto no mercado de cimento – neste último caso, apenas entre as empresas condenadas na investigação administrativa, proibição de realização de associações para *greenfield* nos mercados de cimento, concreto e escória e venda de participações minoritárias nos mercados de cimento e concreto, além de exigências comportamentais múltiplas. Seja pela repercussão econômica do caso, seja pelo impacto dos remédios antitruste aplicados, esse é um caso que tem suscitado debate relevante pela sua peculiaridade e pela sua diferenciada abordagem.

No âmbito do Poder Judiciário e até a conclusão do presente trabalho, não houve sequer sentença que permitisse avaliar de forma mais detida a manutenção ou a rejeição jurisdicional do mérito das medidas impostas pelo Cade. No entanto, já existem alguns nortes que permitem desbravar dimensões desse caso concreto.

Rememore-se que a decisão colegiada do Cade no cartel do cimento pautou-se em premissa do conselheiro-relator de que “somente a aplicação de multa seria de todo ineficaz. As empresas pagariam e ver-se-iam nas mesmas condições estruturais em que estavam antes, diante das mesmas possibilidades” e que “o cartel moldou, com suas condutas ilícitas, a própria estrutura de mercado” (CADE, 2014d), o que exigiria alterações estruturais no mercado lesado. Note-se que os evitar o pagamento de “mensalidades” à autoridade e a modelagem ilícita de mercados foram dois dos aspectos já discutidos e que permearam esse caso.

Destaque também se dá a voto decorrente de pedido de vista, em que ficou consignado que “a trivial aplicação de multa não reverteria os efeitos que a tecnologia do cartel causou nesse mercado, tornando necessária a aplicação conjunta da sanção com remédios comportamentais e estruturais” (CADE, 2014d). Eis a indicação explícita da excepcionalidade da intervenção e do *rationale* acerca da elegibilidade do cartel do cimento para uma intervenção.

O caso chamou atenção pela penalidade não pecuniária de desinvestimento, até então inédita em julgamento de cartéis e que travou batalhas jurídicas e econômicas sobre suas possibilidades e limitações. Determinar a venda de ativos de uma empresa é um tipo bastante

---

<sup>111</sup> Para fins de simplificação e facilitação da compreensão, utiliza-se a palavra “concreto” como redução da referência ao mercado de “serviços de concretagem”.

severo na atividade que desempenha, uma vez que pode demandar uma necessidade de alteração do planejamento de longo prazo da corporação para que ela se adapte à nova realidade composta por uma quantidade menor de ativos. Esse desinvestimento pode ser tanto de ativos produtivos quanto de ativos financeiros, a depender do foco da intervenção estatal.

No cartel do cimento, houve duas propostas de remédios estruturais distintas. A proposta do relator foi fundada na necessidade de entrada no mercado de novo competidor independente, capaz de competir com as acusadas e desestabilizar a estrutura de mercado. O conselheiro que pediu vista do processo propôs um pacote de remédios alternativo com a finalidade de quebrar as estruturas de mercado utilizadas para articular a conduta anticompetitiva e controlar os canais de distribuição de insumos e produtos. Enquanto a primeira solução enfatizou a necessidade de criação de rivalidade por meio da disponibilização de ativos para um entrante viável, a segunda se destinou à redução da transparência do mercado. Alguns desinvestimentos eram comuns aos dois propósitos, outros não.

Considerando os votos proferidos no caso e a existência de literatura que relata que o cartel do cimento tem ocorrido desde a década de 60 (MIRROW, 1977), o decurso do tempo acabou sendo uma característica apontada pelo Cade que justificaria a excepcionalidade e a necessidade dessa intervenção. Além disso, desfazer as estruturas viciadas pelo cartel à luz da vedação ao enriquecimento sem justa causa foi um viés avaliado sob o ponto de vista restaurativo de modo a impedir que os infratores continuassem a se locupletar dos frutos do ilícito (FRAZÃO, 2017, p. 310).

A medida unânime de desinvestimento no caso foi o descruzamento societário das empresas condenadas por cartel. Segundo a decisão do Cade no cartel do cimento, houve a comprovação de que as acusadas utilizavam participações minoritárias em uma mesma empresa para elevar a transparência do mercado. O panorama indicado pelo Conselho é o de que as cartelistas conseguiam manipular o mercado sem a necessidade de obter ações com poder de controle em concreteiras ou em cimenteiras, uma vez que a mera presença de capital na condição de coligada já traria a empresa ao alinhamento ao cartel. Por isso, seria necessária

a venda dessas participações minoritárias, as quais não agregariam *a priori* poder de mercado na metodologia tradicional de análise de atos de concentração<sup>112</sup>.

Com a prevalência do voto-vista no julgamento do cartel do cimento, entendeu-se que os cruzamentos foram realizados em percentual baixo o suficiente para que a empresa não fosse qualificada como integrante de um mesmo grupo econômico do acionista, porém esse percentual, aliado à conjuntura colusiva, era suficiente para que retirar da empresa em que ocorreu o cruzamento o poder de definir seus rumos. Afinal, a ausência de ações com poder de controle não afasta a possibilidade de ocorrer influência relevante dos minoritários sobre a empresa em virtude da estrutura entrelaçada dos direitos societários que envolvem os agentes do setor cimenteiro.

Essa multiplicidade de dimensões das participações minoritárias foi mencionada pelo voto-vista ao destacar, mencionando outro julgado do Cade (FURLAN, 2010), que a aquisição de participações minoritárias pode envolver “fatores relacionados às características específicas da transação e da estrutura de participações societárias dos agentes atuantes nesses mercados” como também “fatores relacionados às características dos mercados nos quais as partes atuam”.

### **3.3 Conclusão**

O Cade tem julgado entre 2013 e 2017 diversos casos de cartel que envolveram a aplicação de remédios antitruste, de natureza comportamental e/ou estrutural. Uma parte dos casos foi encerrada por meio de negociação de acordos entre partes e autoridade e outra parte foi submetida a julgamento e, na condenação dos infratores, foram estabelecidos os remédios que se fizeram justificáveis em cada caso.

Apesar dos cinco anos da Lei 12.529/11, foram poucos os casos em que os remédios foram aplicados. Isso muito provavelmente se deve ao justificado receio da autoridade em realizar intervenções mais expressivas, porém mais ainda pode ser atribuído ao atual grau de

---

<sup>112</sup> O Cade tem diversos precedentes de aprovação sumária de atos de concentração em que as participações minoritárias não impactam significativamente nas participações de mercado já detidas pela adquirente, os quais se coadunam com o art. 8º da Resolução Cade 2/2012. Vistas isoladamente e *a priori*, essas participações não teriam o condão de gerar preocupações concorrenciais. Todavia, o conselheiro-relator explanou que, no cartel do cimento, essas participações propiciavam a criação de parcerias concorrenciais indesejadas, sob o ponto de vista social, uma vez que controlavam a dinâmica de precificação de cimento e de concreto e facilitavam o contato entre concorrentes a fim de combinar estratégias e de não competir.

maturidade institucional em compreender a funcionalidade e a necessidade de se utilizar os remédios como engrandecimento da política antitruste nacional.

Os casos apontados mostraram que o caminho dos remédios no controle repressivo é longo e suscetível a diversos questionamentos de suficiência e execução, além de constantes desafios de coordenação quando o objeto investigado é transversal a outras autoridades. Além disso, deixaram claro que é possível haver mais de uma resposta antitruste a um mesmo problema a ser remediado e que a escolha entre elas é feita com base nos elementos trazidos pelo caso concreto e pelo juízo de proporcionalidade exteriorizado pela motivação da decisão administrativa<sup>113</sup>.

O divisor de águas dos remédios estruturais em cartéis parece ter sido o caso do cartel do cimento, em que muito foi discutido acerca de diferentes caminhos que poderiam ser percorridos para a dissuasão da conduta. Viu-se que não existe um só meio de desenhar e justificar remédios, mas que a escolha do caso suscetível a remédios é um importante mecanismo de sinalização a outros cartéis que ainda virão ao escrutínio do Cade.

---

<sup>113</sup> Art. 50, Lei 9.784/99. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

## **4 VELHAS E NOVAS REFLEXÕES SOBRE REMÉDIOS ESTRUTURAIS EM CARTEL**

Traçam-se agora algumas reflexões sobre os remédios já adotados e desenvolvem-se perspectivas para remédios que ainda precisam de um bom caso para surtir efeitos. Além disso, indicam-se duas searas que parecem ser reiteradamente problemáticas à luz da quantidade de casos que têm sido submetidos ao Cade, mas que ainda não possuem remédios apropriados para retificar a conduta dos transgressores.

Insta salientar preliminarmente que a aplicação de remédios em controle de condutas não é uma exclusividade brasileira. Apesar de o presente trabalho não se prestar a avaliar o tema à luz do direito comparado como meta principal, é importante ao menos anotar que outros países já possuem precedentes de remédios estruturais em seu arcabouço jurisprudencial.

### **4.1 Remédios Já Aplicados**

Os remédios já são grandes conhecidos das autoridades antitruste de todo o mundo e possuem limitações práticas e fáticas para rearranjo das forças de mercado cartelizadas. O que movimentou a engrenagem do presente trabalho é assumir que remédios podem desempenhar um papel importante na reorientação de incentivos competitivos, incluindo os remédios de natureza estrutural.

A propósito, a aplicação tradicional do direito preconiza como primeiro passo de construção da solução de um problema a dedução da solução de uma regra formalmente válida. Tal dedução começa com a delimitação dos fatos, passa pela identificação da norma e acaba com a própria dedução da solução do caso (LORENZETTI, 2009, pp. 159-160). Ocorre que a fluidez conceitual do art. 38 da Lei 12.529/11 exige que à análise sejam agregados elementos de consistência (“olhar para trás”), de coerência (“olhar para cima”) e consequencialista (“olhar para frente”) a fim de que não seja proferida uma decisão descolada da realidade. Existe aqui a persuasão racional da decisão ao fixar condições de deslinde da celeuma concorrencial. Quando, ainda assim, tais elementos não sejam suficientes para

conferir segurança à solução encontrada<sup>114</sup>, pode-se recorrer a regras e princípios, especialmente quando o caso concreto trazer algum nível de discricionariedade (LORENZETTI, 2009, pp. 160-168).

Sob o ponto de vista da compreensão dos mercados, as regras a serem incorporadas à decisão do julgador devem abranger também as regras informais e todos os demais instrumentos modeladores de mercado e, obviamente, dos comportamentos dos agentes a eles pertencentes. A regulação formada pelos direitos de propriedade, pelas estruturas de governança, pelas regras de intercâmbio e pelas concepções de controle são imprescindíveis para agregar ao rol jurídico a funcionalidade dos remédios antitruste eventualmente aplicados em um caso de cartel.

Quando se entende a funcionalidade da regulação como a “reconfiguração conjuntural do ambiente regulado voltada à consecução de um modelo ideal de funcionamento do sistema e dirigida por regras e princípios inscritos e espelhados nos direitos fundamentais” (ARANHA, 2014, p. 93), observa-se que os remédios antitruste cumprem perfeitamente tal desiderato. Mais ainda, entende-se que o Poder Público tem o poder e o

---

<sup>114</sup> “É evidente que podem surgir conflitos entre os diversos passos, e devemos prestar atenção nesse problema, sem chegar ao extremo de brindar uma determinada “receita”, já que sempre haverá uma inevitável valoração casuística.

- Expusemos nossa opinião assinalando que se deve começar pelo método dedutivo (prioridade argumentativa), aplicando uma regra formalmente válida ao suporte fático que ela descreve. Falhar contra uma regra deste tipo é decidir *contra legem* e omitir os seus passos pode dar lugar à arbitrariedade da sentença (arbitrariedade normativa e fática).

- Essa solução deve ser controlada com os precedentes (elemento de consistência) e, se o precedente assinala uma solução diferente, deverá ser assumido o ônus de argumentação justificativa da mudança – se isso não for feito, a sentença poderá ser arbitrária. Em casos em que a mudança puder afetar o direito das partes que trabalharam levando em conta a regra anterior, poderá ser razoável deixar dita a solução advertindo a mudança para o futuro.

- O segundo controle é o da coerência com o resto do sistema jurídico, e deve ser dada prevalência à solução harmônica com o ordenamento conforme a doutrina da Corte citada. A coerência se presume, de maneira que se assume a carga argumentativa em sentido contrário (...).

- O terceiro controle é consequencialista, e se concentra na análise das consequências gerais, jurídicas ou econômico-sociais que pode produzir a decisão no futuro. Temos dito que funciona como um alarme da solução: se a consequência conduz a um estado de gravidade institucional, a corte defende que deve prevalecer esta última – portanto, deverão ser buscados mecanismos para compatibilizar a solução com o menor dano institucional possível. Em outras situações, as consequências não possuem essa gravidade, e o juiz poderá valorá-las, conforme os princípios. Por exemplo, é o que acontece quando a mudança de precedentes modifica a regra que as partes levaram em conta para atuar se decide mantê-los para esse caso por razões de segurança jurídica e advertir para a futura mudança, como havíamos referido acima.

- Quando o caso apresenta dificuldades no elemento normativo (determinação da norma aplicável, interpretação), no fático, ou na dedução (qualificação), estamos na presença de um caso “difícil”, em que o método dedutivo é insuficiente. Nessas situações os passos anteriores baseados na dedução das regras não dão uma solução, ou sugerem várias alternativas, que obrigam o juiz a exercer a sua discricionariedade baseada em critérios de validade material” (LORENZETTI, 2009, pp. 164-165).

dever de editar tal regulação quando encontrar mercados em patente impossibilidade de contornar autonomamente falhas concorrenciais e estruturas de poder de mercado ilicitamente utilizadas para perpetuar cartéis.

Decisões do Cade que tutelam a defesa da concorrência podem advir de condenações com multas e também com medidas acessórias que desestimulem a reincidência e, ao mesmo tempo, confirmam ao mercado uma estrutura modificada e pronta para funcionar de maneira diferente daquela viciada por práticas anticompetitivas. Esse tipo de arranjo tem sido recente na jurisprudência do Cade a despeito de decisões anteriores que dispunham sobre publicação de extrato da decisão em jornais de grande circulação e inscrição do nome dos condenados em cadastros restritivos, medidas essas que não acompanham os avanços tecnológicos referentes à difusão da informação eletrônica.

Caso haja mesmo um cartel em andamento, é possível que uma intervenção de natureza não pecuniária seja mais efetiva em descoordenar um conluio que a aplicação de multa. Na verdade, a não existência de um cartel é mais saudável para a ordem econômica que um cartel que pague "mensalidades" ao Poder Público para continuar funcionando. Esse tipo de medida, aliás, desmistifica o suposto embate entre governo e setor privado ao buscar a maior eficiência possível entre a otimização da atividade empresarial e o alcance do interesse público inscrito na proteção à concorrência. Afinal, esses dois agentes são parte do mesmo processo de construção de mercados e ambos possuem a responsabilidade social no funcionamento desses mercados (FLIGSTEIN, 2002, pp. 6 e 12).

#### ***4.1.1 Aprendizados de Remédios em Controle de Condutas***

Já se expôs no presente trabalho que a discussão de remédios em controle de condutas ainda não é uma realidade consolidada no Brasil e que não dependem da aplicação prévia de uma multa condenatória para serem desenhados e implementados. Apesar da tradição de remédios comportamentais de cunho geral estar arraigada na jurisprudência do Cade, as concepções de controle implementadas por intervenções estruturais ainda padecem de algum debate com o objetivo de sistematizar e fundamentar eventuais os ônus e bônus de sua aplicação.

Remédios em condutas não são uma “jabuticaba”<sup>115</sup> ou uma invenção do Cade, já que foram inspirados em experiências de outros países. Remédios de desinvestimento, por exemplo, têm precedentes nos fechamentos de mercado dos casos *Standard Oil* (ESTADOS UNIDOS, 1911a), *American Tobacco* (ESTADOS UNIDOS, 1911b) e *Paramount* (ESTADOS UNIDOS, 1948). Já a intervenção no Bell Systems de 1982, por certo tempo, elevou o bem-estar do consumidor até o mercado se ver novamente integrado, a despeito da medida estrutural entabulada pela autoridade estadunidense (CRANDALL, 2007). O episódio mais controvertido dos Estados Unidos, sem dúvida, parece ter sido o caso Microsoft, cuja cisão de ativos determinada pela autoridade acabou sendo convolada em remédios comportamentais pelo Poder Judiciário (POSSAS; PONDÉ, 2016). Em outros países, a venda de ativos se mostrou premente nos casos *British Gas*, ENEL, E.ON *Electricity* (COMISSÃO EUROPEIA, 2008a, 2008b; WANG, 2011), RWE (COMISSÃO EUROPEIA, 2009), ENI (COMISSÃO EUROPEIA, 2010) e BAA (COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, 2009), cujos abusos de posição dominante se travestiram de variadas práticas ilegais, tais como recusa de fornecimento e relações de exclusividade. Nesse contexto, a importância do destaque desses precedentes é apontar que os remédios antitruste no controle repressivo existem em outras partes do mundo e abrangem um universo maior que as práticas de cartel<sup>116</sup>.

Atos colusivos também foram especificamente tratados por autoridades estrangeiras para avaliar o cabimento de remédios antitruste. O caso *Meat Packers* da década de 20 impôs significativas restrições ao setor de comercialização de carne nos Estados Unidos com vistas a impedir a combinação e a manipulação de preços por *players* que representavam aproximadamente 70% do mercado (ADUDELLE; CAIN, 1981; POSSAS; PONDÉ, 2016).

---

<sup>115</sup> No seu sentido literal, a palavra se remete a uma fruta. Em sentido figurado, a palavra refere-se a lances inusitados e próprios do Brasil, tal como é explicado por Paulo Almeida: “teoria da jabuticaba é tudo aquilo que só existe no Brasil, como essa saborosa fruta selvagem da respeitada família das mirtáceas (*myrciaria jaboticaba*). Isso significa pertencer a uma família de ‘explicações sociais’ única e exclusiva neste planeta, situação inédita no plano universal, que consiste em propor, defender e sustentar, contra qualquer outra evidência lógica em sentido contrário, soluções, propostas, medidas práticas, iniciativas teóricas ou mesmo teses (em alguns casos, antíteses) que só existem no Brasil e que só aqui funcionam, como se o mundo tivesse mesmo de se curvar ante nossas soluções inovadoras para velhos problemas humanos e antigos dilemas sociais” (ALMEIDA, 2014).

<sup>116</sup> Por razões de recorte temático, pois o trabalho não se destina a realizar análises de direito comparado, a intenção desse parágrafo é apenas ilustrar que os remédios antitruste não estão presentes unicamente no direito antitruste brasileiro. Além disso, não se pretendeu fazer um apanhado exaustivo das decisões sobre remédios existentes e, por isso, pode ser que existam várias outras decisões que não estão aqui arroladas. Logo, esclareça-se que objeto do presente trabalho não foi o mapeamento internacional dos remédios.

A recente venda de ativos no setor cimenteiro do Reino Unido no caso *Aggregates, Cement and Ready-Mix Concrete Market Investigation* foi crucial diante da constatação, por investigações efetuadas entre 2012 e 2014, da existência e dos efeitos de cartel envolvendo os maiores fornecedores de bens intermediários e finais relacionados à construção civil (COMPETITION COMMISSION, 2017).

A importância de conhecer decisões de outros países é a ajuda na compreensão de obstáculos, relações de causalidade e vantagens no controle dos mecanismos de formação de decisão<sup>117</sup>. Lógico que cada país tem sua legislação, seu mercado específico e suas peculiaridades, ainda que as dimensões produto e geográficas dele sejam similares. Por um lado, a importação de conceitos sem adequação do conteúdo ao contexto nacional pode ser arriscado e perigoso. Por outro, como não há uma “fórmula mágica” para remédios, obter inspiração de outras autoridades pode ser um caminho quando tudo está nublado.

Tendo em vista o conhecimento acumulado pela autoridade, foram com algumas dessas inspirações que as decisões do Cade começaram a conter remédios antitruste em sede de controle de condutas, inclusive com base nas quatro funções primordiais descritas no tópico 2.3. E já nessa fase e para muito além do princípio da motivação dos atos administrativos vigente no direito brasileiro, foi compreendido que a justificação da imposição das medidas seria essencial para explicar ao mercado o porquê de ele estar sendo invadido pelo Estado e também a razão pela qual a dissuasão num determinado caso concreto teria de ser feita de forma diferenciada.

No silêncio do art. 38 da Lei 12.529/11 e de todo o ordenamento jurídico brasileiro, a finalidade dos remédios pode ter alguma repercussão argumentativa sobre capacidade dissuasória. Considerar os remédios como medida apenas restaurativa (MARANHÃO; FREIRE; QUEIROGA FILHO, no prelo) é um caminho que ignora a obrigação da autoridade de buscar o arranjo mais benéfico à sociedade, inclusive quanto à garantia de cessação da conduta e dos possíveis efeitos de rede que uma regra institucional poderia exarar.

---

<sup>117</sup> Uma das dificuldades no levantamento de casos internacionais sobre remédios em cartel é a diferença entre as legislações dos diversos países. Apesar de haver precedentes de autoridades estrangeiras que ressaltam e desenhem remédios antitruste para contextos colusivos, é importante lembrar que há países que não tem a autorização de intervenção econômica semelhante ao art. 38 da Lei 12.529/11. Novamente por razões de recorte temático, como não se está a realizar um estudo de direito comparado, não foram levantados quais seriam esses países ou quais as razões (jurídicas, econômicas ou políticas) que justificaram a falta de permissivo legal para implementação de remédios antitruste no controle repressivo.

Aliás, tendo em vista a natureza explicativa do art. 38, o último e mais aberto de seus incisos transparece a maior diretriz interpretativa de todas: a eliminação dos efeitos nocivos à concorrência, *ipsis litteris*. Com essa dicção, não há dúvida de que a possibilidade de cessação da conduta via remédios está expressa na lei e fez parte do espírito do legislador. O melhor entendimento, pois, parece ser o de que os remédios antitruste cumprem dupla função interventiva: corretiva e restaurativa – esta última entendida como retomada da concorrência e não como compensação do infrator.

O crescimento progressivo da aplicação de sanções pecuniárias e de “sanções” não pecuniárias<sup>118</sup> tem despertado cada vez mais a atenção do Poder Judiciário sobre a garantia constitucional da revisão judicial de atos administrativos – ainda que decisórios – em cotejo com o afastamento da impunidade de ofensores da ordem econômica. Só que há muita dificuldade para alinhar uma linguagem ainda em relação à punição e às penalidades pecuniárias, um passo antes para analisar se há gravidade e ofensa ao interesse público suficientes para um remédio.

Todavia, o Poder Judiciário tem enfrentado dois gargalos para assegurar a livre concorrência: de um lado, existe a tentativa de revisão – ou eventualmente da perpetuação da discussão – da decisão administrativa pelo autor na esperança de encontrar no juiz uma “segunda instância” do Cade e, de outro lado, o crescimento das discussões e indenizações fundadas em responsabilização por ilícitos de origem concorrencial. O direito administrativo sancionador é posto em uma face da trincheira enquanto a responsabilidade civil é chamada a tomar parte em campos antes pouco explorados na ordem econômica.

Não obstante a semelhança das batalhas de mérito, por vezes a impunidade é contraposta à reparação do dano nessas duas frentes de atuação: o agente de mercado se sente duplamente punido se há concomitantemente a repressão na esfera administrativa e a cobrança de indenização no âmbito judicial. Sentir e ser são duas coisas diferentes: a mensagem de dupla punição repassada ao infrator, na verdade, reluz na punição pela multa e na medida corretivo-restaurativa apresentada pelos remédios antitruste (BRAGA, 2017).

Em casos de cumulação de sanções pecuniárias com remédios, a suspensão global da eficácia da decisão do Cade não endereça a garantia de que as medidas não pecuniárias serão

---

<sup>118</sup> Retomando a ideia concebida no presente texto de que os remédios não constituem pena.

cumpridas. Depositar um valor específico (que equivaleria à multa) e afastar a aplicação e/ou execução de duas cominações diferentes (multa e remédios) não parece trazer o equilíbrio que a política nacional de defesa da concorrência tem buscado implementar. Aliás, não parece proporcional com o próprio Poder Público, já que a ideia do depósito judicial prévio é garantir o Juízo tão-somente em relação à multa, não abrangendo eventuais medidas acessórias: para as medidas não pecuniárias, deveriam ser exigidas garantias específicas e distintas do depósito judicial pelo princípio processual da paridade de armas, pelo menos.

Tentar utilizar o Judiciário como mudança das regras do jogo na tentativa de criar novas concepções de controle para um cenário já decidido faz parte da estratégia de maximização de ganhos do cartelista, a qual muitas vezes, sob o ponto de vista jurídico, pode carecer de lealdade e boa-fé. A revisão judicial precisa ter limites até mesmo para estabilizar as demandas de mercado e as demandas por regulação naquela fotografia específica em que a decisão foi tomada e, portanto, deve endereçada com precaução a fim de evitar desequilíbrios pontuais, intempestivos e sucessivos na balança da separação de poderes (ou “distribuição de poderes”):

O fato é que a desconstituição de medidas regulatórias com base na irrazoabilidade ou desproporcionalidade da restrição concorrencial por ela promovida deverá envolver uma boa dose de cautela, para não resultar em ingerência indevida do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Esta observação sugere alguma limitação na eficácia da estratégia de anulação judicial para o fim de minimizar o impacto anticompetitivo da regulação estatal, mesmo quando se trate de regulação de atividade econômica em sentido estrito. Embora importante e, neste último caso, utilizável, a estratégia apenas servirá para eliminar restrições manifestamente irrazoáveis ou desproporcionais. Eis porque segue sendo fundamental examinar as demais estratégias, assim como cogitar a adoção conjunta de algumas delas (JORDÃO, 2009, p. 81).

A proporcionalidade faz parte da decisão de mérito emitida pela autarquia e que está justificada na dosimetria da pena e dos possíveis remédios quando o alerta amarelo estiver ligado. Tal avaliação, por sua vez, está embasada em critérios específicos e ditados por lei, os quais avaliam o conjunto probatório que fundamentou a condenação de um dado cartel. No que se refere especificamente aos remédios, o “sucesso” de um determinado cartel é peça-chave para examinar a necessidade de medidas mais drásticas de cessação da conduta e de retomada do *status quo ante*. Essa seria a justa medida da intervenção para fins de pacificação social e o caminho para encontrar a dosagem do remédio a ser aplicado, raciocínio que é comum à resolução de problemas concorrenciais em atos de concentração e em investigações de cartéis.

Para a elaboração do remédio, é fundamental que uma série de variáveis seja ponderada à luz do caso concreto, que muitas vezes pode materializar implicações transfronteiriças. O ponto de partida é compreender, em princípio, que remédios não são únicos, nem nascem prontos ou moldados. Eles devem ser considerados pormenorizadamente sob o ângulo dos problemas concorrenciais que pretendem endereçar.

(...) Dentro dessa lógica, há remédios e remédios e a cautela na dosagem é o segredo da receita, sob risco de não apenas desvirtuar os incentivos das partes na operação, como também desequilibrar a saúde do mercado. Excessos devem ser evitados para ambos os lados, seja em termos de remédios excessivamente brandos, seja em termos de remédios excessivamente amargos e constringentes (ANDERS; MISALE, 2017).

Dos exemplos trazidos a respeito das medidas adotadas pelo Cade a título de remédios estruturais, pode-se agrega-los em grandes grupos referentes a programas de integridade concorrencial, transferência de controle e profissionalização da gestão, desinvestimento e proibição de licitar. São eles que serão comentados a seguir.

#### **4.1.2 *Programas de Conformidade***

Os programas de conformidade estiveram pouco presentes na cultura concorrencial brasileira nos últimos anos e recentemente têm despertado mais interesse do setor empresarial, especialmente depois da vigência do Decreto 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e acabou reverberando para todos os setores que tenham alguma afinidade ou correlação com o tema. Esses programas são baseados em duas premissas: “um compromisso de gestão para fazer a coisa certa e etapas de gestão para fazer a coisa certa acontecer” (MURPHY, 2016, tradução livre).

O incentivo da autoridade antitruste às boas práticas por vezes aparece em agenda normativa por meio da edição de guias e resoluções, visando a trazer regras mais claras ao mercado sobre práticas potencialmente reprováveis. Sob outra perspectiva, esse tipo de incentivo pode ser imposto por meio de medidas positivadas, como é o caso da recente Lei Distrital 6.112/2018, que exigiu, a partir de março de 2018, a elaboração de Programas de Integridade de empresas que contratem com o Distrito Federal em valores maiores que oitenta mil reais e por mais de cento e oitenta dias. E de novo a questão das regras se faz presente para dirimir incertezas enquanto fomentadoras de sistemas mais cristalinos de governança e de concepções de controle mais evidentes:

Um dos principais focos dos programas de *compliance* é modificar o ambiente institucional em que se encontram os agentes econômicos. Ocorre que tal objetivo depende igualmente do Estado, na medida em que é ele que pode mudar as regras

jurídicas e, no tocante às regras sociais e culturais, pode oferecer os adequados incentivos para que estas se ajustem à realidade (FRAZÃO, 2017b).

O presente trabalho não se dedica aos programas de integridade concorrencial – que mereceria um aparte inteiro apenas para desvelar as interfaces entre *compliance* e antitruste –, porém não oculta a importância que têm na dissuasão de condutas anticompetitivas. É fato que a mudança organizacional pretendida por esses programas não afeta unicamente os comportamentos da empresa, mas também a forma pela qual ela atuará no mercado: é uma mudança “de dentro para fora”, portanto. Nesse passo, a alteração do padrão concorrencial de uma empresa por meio do aprimoramento de seus controles internos tem o potencial de modificar a estrutura de um mercado e as preferências de um dado grupo de consumidores. Com esse panorama, fazem-se rápidas notas sobre como o *compliance* anda de mãos dadas com os remédios antitruste.

Os benefícios decorrentes da possível atenuação de penas, da prevenção de delitos futuros, da prevenção de contingências, da prevenção de responsabilidades criminais e da oportunidade de leniência podem, a título de sinalização, persuadir empresários a propor esse tipo de medida em sede de acordos com a autoridade antitruste (BRUNA, 2001b). Sob o ponto de vista público, a adoção de programas de *compliance* por empresas investigadas por cartel ajuda a difundir a cultura da concorrência e a cooperação com as autoridades com a modelagem de preferências, aproveitando os efeitos de rede que um incentivo estatal pode provocar:

Isso porque a disseminação dos programas de *compliance* pode gerar uma atenção generalizada às normas de Direito da Concorrência, o que é capaz de aumentar a eficácia social da disciplina antitruste, provocando um efeito verdadeiramente profilático, no que diz respeito à preservação da normalidade concorrencial. Através de tais programas, o Direito Antitruste faz-se presente no dia-a-dia das empresas, aumentando o nível de alerta dos agentes privados não só para os eventuais atos anticoncorrenciais praticados no seio da própria empresa, mas também para os atos da mesma índole que venham a ser praticados por terceiros, o que possibilita levá-los ao conhecimento das autoridades competentes, na defesa dos interesses daquele que os identifica.

E o melhor é que tudo isso pode ser feito sem o dispêndio de recursos públicos, já que os programas de *compliance* devem ser custeados pelas próprias empresas que os implantam, as quais se dispõem a fazê-lo, no entanto, tendo em vista os benefícios que podem obter com sua aplicação, numa equação que apresenta resultado final com sinal positivo para ambos os lados (BRUNA, 2001b).

Para o Poder Público, o incentivo a programas de *compliance* é fundado no aumento das possibilidades de detecção de cartéis, uma vez que o funcionamento dos controles internos de prevenção e riscos ocasiona mais denúncias que reportam condutas

anticompetitivas. Esse incentivo lida também com o risco existente da descoberta da infração praticada pela empresa por outros meios, o que faz com que as boas práticas sejam mais difundidas para evitar a própria infração. Nesse sentido, aumenta a consciência individual acerca da observância da lei e o setor privado é inserido na política de combate a cartéis (ANDRADE; RODRIGUES, 2016). Eleva-se também a percepção de que a livre iniciativa não está imune às ingerências estatais que proporcionem ao consumidor um ambiente efetivamente competitivo e justo.

Outro benefício individual trazido pelos programas de conformidade tem natureza subjetiva e diz respeito à imagem do empresário ou da empresa. O valor reputacional tem sido um ativo a ser preservado na atividade empresarial porque também é capaz de influenciar na esfera de decisões do consumidor e tem o potencial de elevar o valor de mercado da empresa diante da nova imagem que a ela é agregada. Portanto, mais que melhores práticas, a empresa tem um considerável incentivo financeiro para que tais programas tenham frutos, pois podem atrair novos clientes, fidelizar clientes atuais e aumentar o valor de suas participações acionárias.

Claro que os programas de *compliance* não exterminarão de uma vez por todas os cartéis existentes no Brasil e no mundo. A necessidade de sancionar infratores para defender a concorrência e sinalizar a reprovabilidade *in concreto* da infração continuará permeando a atuação do Poder Público na repressão a cartéis<sup>119</sup>. E a dificuldade de se encontrar uma fórmula pronta para lidar com o problema permanecerá, pois a regulação caso a caso não será deixada de lado. O que se está a avaliar, todavia, é a capacidade das políticas de *compliance* de formar concepções de controle que nem sempre são aventadas pelas sanções: as regras que são trabalhadas pelo *compliance* dificilmente serão geradas por condenações com a mesma

---

<sup>119</sup> “Diferentemente de outros organismos sancionadores, como o Poder Judiciário, por exemplo, os órgãos antitruste normalmente possuem um duplo papel. Um deles é atuar preventiva e repressivamente para evitar abusos do poder econômico. O outro é o de fomentar e defender a competição nos mais variados setores da economia. Neste sentido, é obvio que sempre haverá um campo de atuação voltado ao aspecto sancionador desta atividade na medida em que deve intervir para defender a competição, mas por outro lado, a finalidade precípua do órgão é garantir que se construa na economia um ambiente de negócios cada vez mais competitivo. E, para tanto, não basta apenas a sua intervenção, mas a compreensão por parte dos diversos *stakeholders* (consumidores, órgãos públicos e, notadamente, empresas) de que a concorrência é um valor que, agregado a outros, contribui para o desenvolvimento do país. A compreensão de que, o respeito às regras do jogo é, no final do dia, mais benéfica do que custosa, passa pela efetivação do *compliance* concorrencial no seio das organizações” (ANDRADE; RODRIGUES, 2016).

linguagem e o mesmo impacto que os controles de prevenção e riscos das próprias empresas, desde que a alta direção esteja engajada com o cumprimento dessas regras:

Porém, o desenvolvimento de uma verdadeira cultura de ética empresarial exige comportamentos de liderança que vão além das formalidades. Poucas campanhas institucionais e treinamentos têm maior impacto que a atitude autêntica do líder. O inverso também é verdadeiro: a inconsistência entre discurso e prática subtrai significativamente a eficácia do primeiro. A existência de uma cultura informal, paralela ao discurso oficial da ética e provida de mecanismos próprios de incentivo e reconhecimento, já foi apontada como causa-raiz em inúmeros casos de grave violação (PINHEIRO, 2016).

Muito se discute se tais programas deveriam ser considerados como atenuante de pena na hipótese de condenação. Por um lado, o esforço da empresa de implementar e seguir as boas práticas, em geral, poderia ser considerado para a aplicação da pena para a conduta específica, comprovando que tomou todas as providências possíveis para que o cartel descoberto não ocorresse. Por outro lado, a insistência da conduta, mesmo sob os auspícios do *compliance*, poderia revelar que os valores éticos mínimos da empresa estariam ausentes e que ela optou por praticar a ilicitude assim mesmo, ciente das regras reprováveis. Além disso, outra polêmica reside no fato de o *compliance*, que previne condutas futuras, ser considerado atenuante de fatos pretéritos<sup>120</sup> (ANDRADE; RODRIGUES, 2016), ou seja, a boa-fé posterior seria ou não extensível a ilícitos já praticados e em relação aos quais tal boa-fé ainda não estava presente.

Esse realinhamento de incentivos só existe quando o programa dá certo, isto é, quando a empresa, de fato, passa por uma mudança sem que o *compliance* seja só “fachada”. A má-fé não pode ser mascarada e rotulada como suposta boa-fé a fim de que tais programas sejam utilizados apenas para auferir benefícios em caso de detecção de conduta ilícita. Em outras palavras, eventuais atenuantes só podem ser concedidas se o *compliance* é efetivo e apto a produzir uma mudança cultural na organização, pois a simples edição de um programa de conformidade não pode ser automaticamente traduzida em redução de pena ou em medidas não pecuniárias mais brandas.

O gasto dos recursos públicos com o fomento ao *compliance* é uma barreira não desprezível nesse aspecto. Os escassos recursos da autoridade antitruste devem ser sabiamente designados e, de preferência, a áreas que criarão valor à instituição. Por isso, existe o dilema

---

<sup>120</sup> A esse respeito, vide, por exemplo, o art. 7º, inciso VIII, da Lei 12.846/2013.

sobre fomentar ou não o *compliance* concorrencial de terceiros, considerando as demais atribuições próprias da autoridade e a enxurrada de casos que estão sob sua batuta e averiguação.

Polêmicas à parte, o importante aqui é evidenciar que as regras também podem ser construídas pela própria empresa e sem a intervenção direta do Estado. A autorregulação impulsionada por programas de integridade tem alto valor para a estruturação de incentivos almejada pela disciplina antitruste na medida em que permite que o próprio tutelado ajuste suas tarefas cotidianas a parâmetros de ética e cumprimento das normas jurídicas.

Entretanto, quando a autoridade antitruste requer a instituição de um programa de *compliance*, ela faz essa intervenção pela via indireta, não excluindo o impulso que a própria empresa poderia ter ao adotar voluntariamente tal programa. Entre as regras em transformação estão as regras de atuação no mercado, de respeito a clientes, de não compartilhamento de informações com concorrentes e outras que poderiam evitar a formação e a continuidade de cartéis. Nesse sentido, tais regras também dizem respeito à disciplina de comportamentos da própria empresa, delineando estruturas de governança e regras de intercâmbio que abalem as estruturas estáveis dos cartéis.

Esse parece ser o pano de fundo conceitual assumido pelo Cade ao negociar um programa de integridade como obrigação de acordo no suposto cartel de combustíveis, no qual a empresa investigada assumia também a cessação da conduta e a tomada de providências para que o ilícito não se repetisse. Foi exigida a alteração da cultura organizacional da líder, a qual tinha um grande potencial para se tornar um exemplo aos outros agentes econômicos do setor: a mudança comportamental singular do agente teve repercussão estrutural no mercado, seja porque as boas práticas concorrenciais estavam sendo internalizadas por um agente que é responsável pela comercialização de mais da metade do combustível do Distrito Federal, seja porque havia um grande potencial de efeito imitação dos demais postos referente à tendência de seguirem seu comportamento (chamado na economia de *follow the leader*). Nesse contexto, esse remédio tipicamente comportamental acabou se revelando um interessante e relevante remédio estrutural no caso concreto.

A essência da medida é a busca do efetivo encerramento do cartel. Um dos fundamentos do Cade para adotar a medida preventiva em um primeiro momento e realizar o acordo em um segundo momento foi o risco de continuidade do cartel: havia ali uma estrutura

de mercado propensa à cartelização e indícios de que o conluio continuava mesmo após a ciência da empresa de que havia uma investigação de cartel em andamento. Logo, a iminência de prejuízos adicionais ao consumidor requereu do Cade uma nova forma de pensar que evitasse a abertura de sucessivas apurações sobre o infrator e, ao mesmo tempo, o conduzisse à observância das regras concorrenciais.

O programa não foi previamente imposto pelo Cade exatamente pela inexistência de uma receita universal de *compliance* aplicável a todas as empresas: esse tipo de medida não é *one size fits all*. Pelo contrário, o Cade optou por uma cláusula aberta a fim de que a própria empresa encontrasse seu caminho de boas práticas dentro do modelo de negócio já existente e dentro dos objetivos de curto, médio e longo prazo por ela assumidos, recriando estruturas de governança que reverberarão de forma positiva no mercado. A opção por não engessar previamente uma fórmula de *compliance* também parece ter sido acertada.

#### **4.1.3 Terceirização e Profissionalização da Gestão**

Já a transferência de controle nas decisões do Cade foi vista de um ângulo diferente daquele vislumbrado pela lei societária, que é a terceirização da gestão. A alienação de controle prevista naquela lei diz respeito à própria empresa e certamente tem um impacto mais significativo que a de uma associação. No entanto, ainda assim, o choque de gestão provocado pela administração profissional do interesse compartilhado certamente trará benefícios aos associados, que não mais serão obrigados a manter uma política de cooperação forçada e resgatará a independência inerente à atividade que já desempenhavam antes do compartilhamento de infraestrutura. Aqui, os direitos de propriedade e as estruturas de governança foram diretamente implicados, causando necessidade de adaptação das concepções de controle estabelecidas pelo Ministério Público sem abandonar a preocupação ambiental por ele levantada.

Rememore-se que a profissionalização de gestão foi instituída em dois acordos em apurações em cartel, o que é uma coincidência interessante em termos de ferramentas de *enforcement*. Em um deles, ela foi inicialmente imposta de forma compulsória pela autoridade em uma medida preventiva e, ao final, de modo definitivo por meio de um acordo firmado entre Cade e parte investigada.

Outro ponto preliminar que merece ser resgatado é o de que o Cade não impôs aos particulares um programa pronto de integridade. Cada pessoa jurídica fez seu próprio programa baseado em suas particularidades gerenciais e mercadológicas e no arcabouço individualizado de violações que estavam em andamento. Esse ponto de partida também é fundamental para reiterar que medidas que restauram o processo competitivo precisam de aderência à realidade e, para tanto, fazem jus a algum grau de customização e adaptação de cada ente participante do mundo econômico.

O suposto cartel da areia contou com um mecanismo que teve por objetivo a redução da transparência de mercado entre competidores, que seria exigida para fins de administração do terminal até mesmo para lidar com situações cotidianas. O conhecimento dessas informações por concorrentes, segundo o Cade, teria o condão de falsear a competição naquele mercado. O segundo mecanismo desse mesmo caso visou impedir boicotes de empresas com maior poder de mercado à expansão daquelas com menor porte econômico, privilegiando a independência dos mineradores e suprimindo eventuais brechas para criação de dificuldades ao funcionamento de concorrentes oriunda do compartilhamento obrigatório do terminal. Recapitule-se que, a esses mecanismos, foram acrescentadas medidas de internalização de regras de defesa da concorrência no estatuto social da entidade de classe e outras cláusulas gerais de cunho comportamental.

Como a administração da associação de mineradores de areia era realizada conjuntamente pelos proprietários das mineradoras de areia – que, na prática, são concorrentes –, uma medida efetiva, clara e implementável foi retirar a administração das mãos da entidade de classe e dos mineradores sem liquidar a associação. A intervenção estatal preservou a liberdade de associação e a livre iniciativa ao mesmo tempo em que buscou restaurar as condições de independência competitiva existentes antes da concentração da gestão do terminal, o que foi realizado, sob a ótica do Cade, da forma menos custosa possível e representou o sopesamento dos direitos envolvidos a partir do critério da proporcionalidade.

Caso o Cade não tivesse realizado essa intervenção, provavelmente as empresas continuariam, por inércia, a compartilhar informações individuais sobre investimentos, custos, capacidade ociosa e preço a fim de gerir o terminal, compartilhamento esse que acabaria sendo punido pelo Cade novamente, já que a estrutura de mercado não seria alterada somente com a penalidade pecuniária. A excepcionalidade da intervenção acabou sendo justificada

para evitar a reincidência e buscar um novo arranjo estrutural dentro do novo desenho ambiental realizado pelo Ministério Público.

O suposto cartel da areia foi sem dúvida uma inovação jurisprudencial em termos de restrições estruturais negociadas entre Cade e partes investigadas. A intervenção estrutural via acordos foi explicitamente apontada pelo Cade como possível, conveniente e oportuna e com o objetivo de trazer uma proposta mais adequada à realidade dos mercados afetados e implementável em termos de cessação da conduta e de restauração do *status quo ante*<sup>121</sup>.

Com a modelagem de mercado imposta pelo Ministério Público, a continuidade do cartel seria o caminho mais provável para os investigados e a reincidência seria inevitável. O cumprimento da obrigação do Termo de Ajustamento de Conduta poderia significar a desobediência ao fundamento constitucional da livre concorrência, deixando o agente econômico na dúvida sobre qual postura adotar. A mera aplicação de multas seria inútil porque, ainda que elevadas, não produziriam o efeito desejado de cessação do suposto cartel. Aqui, parece que o Cade priorizou a pacificação social à arrecadação sucessiva de consideráveis valores para os cofres públicos.

A profissionalização da gestão é uma medida geralmente aplicável a empresas familiares com vistas a eliminar as informalidades presentes na proximidade relacional entre os membros de uma determinada empresa ou organização. No curto prazo, tal proximidade dá conta de resolver os problemas do dia-a-dia, porém tem duvidosa sustentabilidade no longo prazo, inclusive no que se refere a crescimento e competitividade. A administração profissional não garante apenas a sobrevivência da empresa: ela impede que relações de afinidade não se sobreponham à competitividade e ao empreendedorismo que devem existir entre as diferentes empresas extratoras.

A primeira crítica que se faz a esse tipo de remédio estrutural diz respeito ao custo-benefício de se ter tamanha intervenção no domínio econômico. Em um ambiente competitivo, quando se retira possibilidades contratuais de determinados *players*, tais

---

<sup>121</sup> Segundo trecho do voto condutor, “os acordos podem representar ganhos superlativos na ação investigativa, podem sabotar a união entre cúmplices, dão eficácia imediata à decisão do CADE e permitem a esta autarquia interferir no funcionamento de empresas, sob o viés competitivo, para além do que seria possível por meios puramente impositivos e, ao mesmo tempo, permitem tornar essa ingerência o menos invasiva possível, pois o preciso detalhamento da interferência estatal é fruto de relação dialogada com o sancionado; mas é vital que a autarquia disponha de poder discricionário para decidir sobre a possibilidade de acordos, sopesando as circunstâncias próprias de cada caso” (CADE, 2015k).

possibilidades são excluídas também do próprio mercado. No entanto, quando existe um cartel, a quantidade aparente de competidores existentes no mercado não corresponde à quantidade efetiva, pois os cartelistas atuam de maneira uniforme, como se um único competidor fossem. Logo, o acordo colusivo reduz a rivalidade quando suprime as individualidades de cada agente econômico<sup>122</sup>.

A profissionalização da gestão foi vista também como remédio no acordo firmado no suposto cartel dos combustíveis, diante da premissa do Cade de continuidade do cartel mesmo após a ciência das investigações de cartel que estavam em andamento. O Cade fez constar na fundamentação da medida não acessória que ela seria a melhor forma de cessação da conduta supostamente anticompetitiva. O ponto de partida do remédio aqui, então, foi idêntico ao do suposto cartel da areia, porém a forma de implementação foi distinta.

Em um primeiro momento, a terceirização da gestão foi imposta liminarmente, nos termos do art. 84, §1º, da Lei 12.529/11: a medida, na prática, assemelhava-se a uma transferência de controle, porém sem a efetiva de participações acionárias<sup>123</sup>. O Cade entendeu que a medida seria relevante para o acusado “com o fim de desalinhá-lo por completo da dinâmica cartelizada que há anos caracteriza e continua a caracterizar o mercado de combustíveis no DF” (CADE, 2016a). Do gestor externo, o Cade esperava independência no sentido de que “a formação de preços e condições de venda nesses postos saísse do âmbito do cartel, formando assim preços competitivos e, por conseguinte, mais baixos” (CADE, 2016a).

É importante lembrar como o Cade exigiu remédios via tutela de urgência, isto é, ainda sem o esgotamento da instrução e sem a colheita integral das provas que a autoridade entenderia cabíveis: há um *trade-off* entre o devido processo legal e os prejuízos concorrenciais provenientes da demora decorrente das garantias do devido processo legal.

---

<sup>122</sup> “Um primeiro ponto diz respeito ao fato de que num acordo colusivo o número de competidores efetivos não corresponde ao número de empresas participando dos leilões por meio de lances. Isso ocorre por conta do fato dos cartelistas partilharem informações sensíveis entre si e combinarem lances falsos e não competitivos. Nesse ponto deve ficar claro ao leitor que eliminar competidores efetivos por meio da penalidade seria indubitavelmente prejudicial à concorrência. Contudo, tal afirmativa só é válida quando tratamos de competidores efetivos, ou seja, cuja contribuição impõe agressividade nos lances e contribui para redução do *bidding shading*” (ESTEVES, 2017).

<sup>123</sup> Inicialmente, a medida preventiva abrangia apenas parte dos postos de combustíveis administrados pelo grupo. Posteriormente, após pedido formulado pelo acusado, a intervenção passou a abranger todos os postos dados os problemas logísticos de viabilização da medida.

Nesse aspecto, o questionamento processual é natural à discussão e, sem dúvida, é um dos fatores que deverão nortear o momento de aplicação de remédios em situações com perigo na demora da atuação estatal, já que o tempo também é um relevante custo de transação.

O gargalo processual dos remédios em tutelas de urgência serão uma constante na avaliação da proporcionalidade e da concessão dos direitos de defesa ao acusado. Ambos os lados são contemplados pelos direitos fundamentais preceituados pela Constituição e o equilíbrio entre eles é salutar. O que é com razão contestado é o *timing* dos remédios, isto é, a possibilidade de se exigir uma correção ou uma restauração competitiva sem, do ponto de vista da segurança jurídica, a certeza inequívoca de que ela exista, porquanto a materialidade ainda está sendo discutida com a autoridade investigadora<sup>124</sup>.

Os remédios cautelares – nominados pelo regramento brasileiro como “medidas preventivas” – são cabíveis em condições excepcionalíssimas e de patente urgência. Tais remédios só podem ser desenhados e implementados se houver uma situação séria de infração em andamento ou uma lesão gravíssima já ocorrida. A probabilidade de ocorrência de um dano irreparável e a comprovação de que a inação do Poder Público pode ser mais gravosa que a intervenção são fundamentos que devem estar presentes na motivação da medida, além dos requisitos particulares das tutelas de urgência preconizadas pela legislação processual civil:

Devido à natureza urgente de medidas precárias [preventivas ou provisórias], em muitos regimes de concorrência, a imposição desses remédios é sujeita a certas condições estabelecidas, contanto que essas medidas precárias são remédios urgentes que são impostas antes da adoção de uma decisão final pela autoridade relevante de *enforcement* com uma declaração sobre a existência de uma infração às disposições de defesa da concorrência. Como regra geral, a imposição desses remédios pode ser feita apenas quando há indicações sérias de que uma infração de dispositivos substanciais da lei ocorreu ou está ocorrendo. Ademais, a maioria das

---

<sup>124</sup> “Com relação ao *timing* da imposição das medidas precárias, grande parte das normas concorrenciais permitem que as autoridades de *enforcement* implementem esse tipo de remédios em qualquer momento do curso da investigação da suposta infração concorrencial e durante os procedimentos de reconhecimento da materialidade dessas infrações. No entanto, em algumas jurisdições, a imposição de medidas precárias será feita apenas depois que a investigação da suposta infração for concluída e que os resultados de tal investigação revelem a existência de uma possível violação das disposições legais de defesa da concorrência. (...) Na prática, na maioria dos regimes competitivos, as autoridades concorrenciais ou as autoridades judiciais com poder para impor medidas precárias podem implementar tais medidas quando considerarem apropriado para salvaguarda da competição, dos consumidores e das empresas correlatas. Em termos gerais, as autoridades com poder para impor medidas precárias contra práticas anticompetitivas geralmente exigirão dos recebedores das medidas precárias: inserir ou terminar relações contratuais específicas; ou agir ou abster-se de agir em um determinado sentido” (JEREZ, 2015, pp. 204-205, tradução livre).

normas concorrenciais requer, para a imposição de medidas precárias, a existência de um risco de danos sério e irreparável à/ao: concorrência, empresas, interesse econômico geral, interesse dos consumidores ou pessoa particular ou categoria de pessoas, entre outros.

(...) Em regimes de concorrência em que a autoridade concorrencial tem poderes para impor medidas precárias, pode fazê-lo por iniciativa própria ou após receber pedido de pessoa afetada pela suposta infração anticompetitiva. Nos casos em que a autoridade antitruste impõe voluntariamente medidas precárias, ela tem de ter certeza que as condições requeridas para a imposição desses remédios estão presentes e que tais remédios são apropriados para prevenir os efeitos negativos que estão tentando ser evitados. Ao invés disso, no caso em que a imposição da medida precária é requerida por alguém externo à autoridade, além do preenchimento dos requisitos para a aplicação de medidas precárias, a requerente terá de fornecer o máximo de evidências possível, demonstrando que a suposta violação à concorrência está causando, ou provavelmente causará, os efeitos negativos que a medida precária é destinada a prevenir. Outrossim, dependendo do regime competitivo, outras pessoas podem também requerer à autoridade a implementação de medidas precárias, tais como consumidores ou ministros (JEREZ, 2015, pp. 204-205, tradução livre).

Muitas críticas foram – e ainda são – tecidas sobre a forma pela qual a profissionalização foi primeiramente instituída, isto é, unilateralmente e antes do encerramento das investigações. As críticas fundaram-se na premissa de que a medida constituiria óbice ao crescimento empresarial em uma situação sem materialidade da conduta constatada, em potencial ofensa ao corolário constitucional da presunção de inocência. O argumento principal acerca desse posicionamento é o de que, para intervenções mais robustas na atividade empresarial, seria preciso fornecer prévios contraditório e ampla defesa ao administrado (MARANHÃO; FREIRE; QUEIROGA FILHO, no prelo). No silêncio legislativo sobre a questão, a interpretação dessa possibilidade processual seria aberta e de certa forma sujeita à instrumentalidade das formas do processo administrativo. Acontece que essa discussão sobre o momento dos remédios acabou sendo apaziguada pelo acordo firmado com a parte investigada, no qual a investigação foi cessada em troca da perenidade da medida de profissionalização da gestão.

Observa-se que o remédio desenhado tinha dupla função: cessação da conduta (corretiva) e restabelecimento da competitividade no mercado (restaurativa). A precariedade da medida foi levada em consideração quando o Cade afastou a alienação definitiva nos postos naquele momento processual, porém não a descartou. Ainda que a maturidade processual não tenha sido plenamente alcançada na edição desse remédio, o desinvestimento liminar pode não ser reversível, caso a materialidade da conduta não seja comprovada ao final da instrução.

Por um lado, é de se destacar que aparentemente houve a ponderação de qual remédio poderia mais adequado, dado o momento processual e as garantias fundamentais gozadas pelo acusado expostos na motivação da decisão. Por outro lado, a intervenção sem sequer a formação inicial das acusações – tendo em vista que o processo ainda tramitava em sede de inquérito – poderia fragilizar a efetividade da medida diante da precariedade de um contraditório mínimo em relação ao conjunto probatório. Nesse sentido, a discussão acerca da existência de pressupostos processuais mínimos pode ofuscar o mérito do remédio antitruste nas hipóteses de intervenções liminares.

O debate acerca da legalidade ou não da medida, contudo, restou superado quando o acusado consentiu em adotar voluntariamente tais medidas. Ao assinar acordo com o Cade em um segundo momento, o acusado se comprometeu a tornar a profissionalização da gestão uma medida definitiva, o que trasladou a discussão das garantias processuais mínimas para a efetiva absorção de regras pró-competitivas pela empresa. As concepções de controle previamente delineadas na medida interventiva focada na estrutura de governança foram assumidas pelo acusado, o que fez com que as regras dispostas na intervenção liminar fossem definitivamente internalizadas pelo acusado.

Os efeitos de rede gerados pelos remédios de terceirização da gestão não foram expostos nos acordos ou na motivação dos acórdãos que autorizaram a solução negociada dos casos. Entretanto, é de se presumir que a disputa por mercados pode ter sido engrandecida pela medida corretiva de redução da transparência de segredos de negócio, ou seja, a restauração do patamar competitivo como objetivo mediato da medida não-pecuniária para sobre o desenho dos remédios antitruste nesses dois casos.

#### ***4.1.4 Desinvestimento***

Um dos mais comentados, quiçá polêmicos, casos de remédios desde a vigência da Lei 12.529/11 sem dúvida foi o cartel do cimento. A alienação de ativos por meio de desinvestimento foi o tema discutido em mais de mil páginas de votos dos conselheiros do Cade e continua sendo um tema atual e útil. Isso não quer dizer que seja o único caso com remédios estruturais e nem que a imposição de remédios pelo Cade devesse parar por aí, mas sim que o amadurecimento da autoridade trará perspectivas interessantes em termos de debate e criatividade no tocante à rearquitetura de mercados cartelizados.

A limitação da livre iniciativa é sempre um assunto delicado quando o Estado é quem decide fazê-la, por mais nobres e mais justificadas as razões que possam existir: um tabu para posições econômicas mais liberais e uma falta de proatividade para quem tem um viés mais intervencionista. Um consenso entre os dois polos é o desafio mais premente do Poder Público, isto é, a restrição recíproca entre livre iniciativa e livre concorrência.

A venda de ativos como remédio antitruste coloca nas mãos do Estado a responsabilidade por obrigar uma empresa a diminuir seu poder de mercado, ainda que ele tenha sido obtido legalmente. A ideia consequencialista e preponderante da medida é atacar a utilização indevida desse poder para falsear a concorrência por meio de cartel, ou seja, impedir que a empresa utilize meios lícitos para praticar um ilícito.

O desinvestimento pode ser visto como uma medida natural em cenários anticompetitivos que tenham afetado significativamente a estrutura e a performance econômicas, seja em atos de concentração, seja em condutas anticompetitivas. É um remédio menos custoso tanto para a autoridade quanto para o particular via efeitos de rede, pois vários agentes econômicos se beneficiam desse remédio ao livrar o acusado logo da prática anticompetitiva e inseri-lo em um ambiente com menos amarras e com mais interações realmente de oferta e demanda.

O remédio repassa um ganho reputacional ao transgressor e um ganho à sociedade ao fazer cessar a ilicitude e propiciar a retomada das condições efetivas de *mercado*: a imposição de remédios de desinvestimento pode evitar que o infrator reincida e esteja novamente sujeito aos custos de investigação e às penalidades aplicadas pela autoridade antitruste:

Oportunidades para efetivo, e relativamente simples, alívio estrutural podem ser raras, mas, em certos casos, uma forma simples de desinvestimento poderia ser possível e apropriada. Um remédio é o desinvestimento de direitos de propriedade intelectual pela concessão de licença transferível e realizável. Outro é o desinvestimento de interesses de propriedade em uma oferta incorporada separadamente e operada independentemente ou uma operação de distribuição. Dependendo da natureza da conduta exclusionária ilegal, qualquer forma de desinvestimento pode prevenir violações futuras com o mínimo de deslocamento (WERDEN, 2009a, tradução livre).

Identificada a principal via de cometimento do ilícito, pode-se constatar que o poder monopolístico obtido pelo cartel por vezes precisa ser quebrado em estruturas menores para se “olhar para frente” e retomar a competitividade. Quando cada empresa isoladamente possui pouco poder de mercado, o mero estilhaçamento dos elos entre os cartelistas comumente é

eficiente para instabilizar o conluio. Mas quando uma delas possui posição de liderança ou possui sozinha um considerável poder de mercado, especialmente se construído com a ajuda ou à custa do cartel, é sinal de que o rompimento das conexões provavelmente não será suficiente para reorientar a conduta da empresa para um padrão socialmente aceitável de competição e com consequências sociais menos agressivas.

A compreensão da estratégia do cartel, portanto, passa pela estrutura de mercado e também pelo comportamento dos atores envolvidos. A arquitetura do mercado é relevante para se fixar o contexto colusivo a partir de fatores facilitadores de situações não competitivas e anticompetitivas. Aqui, a regulação abstrata é que geralmente tem o papel corretivo de eventuais falhas encontradas no caminho. O segundo aspecto de tal compreensão perpassa por comportamentos com vistas a entender como a cooperação é instalada para obter o controle direto da competitividade em um dado mercado ou nicho. Muitas vezes, a preocupação do cartelista nem é muito a maximização de margens, mas sim a garantia e a eternização de sua posição de mercado, tal como ocorre na supressão das rivalidades interna e externa. A estabilização de status quo é a característica mais marcante de um cartel e, por decorrência, da forma pela qual se deve desbaratá-lo, via de regra (FLIGSTEIN, 1990, p. 39). A partir dessas reflexões e sob o pilar da proporcionalidade, escolhe-se o remédio. E quando esse remédio precisa de abalar estruturas de mercado, o desinvestimento surge como opção eficaz e, ao mesmo tempo, arriscada em termos de custo de transação e de estabilidade de instituições.

À semelhança do que ocorre com o controle de estruturas via escrutínio de atos de concentração, o desinvestimento emerge como um remédio natural e praticamente impossível de se desconsiderar em face de modelagens que se comportam como se monopólio fossem de tão estáveis e duradouras que são. É essa a lição que o cartel do cimento trouxe ao Cade e, sob outro ângulo, trouxeram também os cartéis em licitações condenados pela autarquia no tocante à conciliação dos direitos de propriedade envolvidos no litígio concorrencial.

Pelo fato dos primeiros monopólios terem sido acumulações de empresas previamente separadas, não é surpreendente a determinação dos tribunais referente à dissolução do réu por violação à Seção 2. Por exemplo, a *Standard Oil* foi dissolvida em empresas regionais separadas. Porém, nos casos da Seção 2, os tribunais têm sido relutantes em dissolver entidades integradas por causa das dificuldades teóricas e práticas de tal procedimento, da natureza especulativa dos benefícios e do dano à empresa, ao acionista, ao trabalho e a outros interesses. Isso é um claro contraste à prática dos casos de atos de concentração em que o desinvestimento é o remédio natural para quebrar o que nunca foi juntado em primeiro lugar (WALLER, 2009, pp. 14-15, tradução livre).

O desinvestimento pode ou não vir acompanhado de cisão de ativos, a depender da maneira como a empresa se desfizer desses ativos, e deve vislumbrar um possível comprador para tais ativos. Se a alienação for realizada para uma ou mais sociedades e houver a extinção da empresa vendedora, estará configurada a cisão societária<sup>125</sup>. Em uma situação ou outra, a racionalidade do remédio antitruste é a mesma, qual seja, a retirada dos ativos do agente infrator e não sua punição: “ele [o desinvestimento] deve ser usado para restaurar a competição e não para punir aqueles que restringem o comércio” (JEREZ, 2015, p. 213, tradução livre).

Esse tipo de remédio estrutural envolve, porém, cinco dificuldades: (i) a parte que realizará o desinvestimento não tem o incentivo que fornecê-los a uma firma competitiva; (ii) existem assimetrias de informações relevantes entre os agentes, de forma que o comprador pode não ter conhecimento dos principais ativos que lhe permitiriam competir de fato com o vendedor; (iii) a imposição desses remédios pode não ser capaz de restaurar a concorrência quando há relações comerciais necessárias entre comprador e vendedor; (iv) o vendedor tem o incentivo de escolher o comprador que não deprede sua posição de mercado; e (v) a implementação de remédios estruturais pode elevar o risco de colusão se os ativos desinvestimentos proporcionarem algum tipo de simetria entre comprador e vendedor ou se criarem contatos entre ambos em vários mercados (MOTTA, 2004, pp. 265-268).

---

<sup>125</sup> Art. 229 da Lei 6.404/76. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

§ 2º Na cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, a operação será deliberada pela assembléia-geral da companhia à vista de justificação que incluirá as informações de que tratam os números do artigo 224; a assembléia, se a aprovar, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembléia de constituição da nova companhia.

§ 3º A cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições sobre incorporação (artigo 227).

§ 4º Efetivada a cisão com extinção da companhia cindida, caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas do seu patrimônio promover o arquivamento e publicação dos atos da operação; na cisão com versão parcial do patrimônio, esse dever caberá aos administradores da companhia cindida e da que absorver parcela do seu patrimônio.

§ 5º As ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida serão atribuídas a seus titulares, em substituição às extintas, na proporção das que possuíam; a atribuição em proporção diferente requer aprovação de todos os titulares, inclusive das ações sem direito a voto.

A questão do desinvestimento revela uma interessante faceta da economia institucional na medida em que inquieta uma estrutura viciada e consolidada por um longo período. Essa afirmação pode ser depreendida da ideia de Douglass North de que a história econômica descreve a performance de economias no tempo e de que as instituições formam a estrutura de uma sociedade por meio de regras formais (que podem ser mudadas do dia para a noite), regras informais (que geralmente são alteradas de forma gradual) e *enforcement* para defesa de direitos de propriedade. Ainda segundo o autor, as políticas mais bem sucedidas são as que envolvem estruturas flexíveis que se adaptam a choques abruptos e se adaptam às novas demandas do cotidiano (NORTH, 1994), o que certamente se aplicam aos remédios antitruste, os quais são capazes de alterar as regras de maneira menos drásticas e ser adaptável ao contexto. Caso essas regras fossem formuladas pelo Poder Legislativo, além do tempo de tramitação, a falta de diálogo dos legisladores com os regulados poderia prejudicar a criação de uma solução formatada àquela realidade analisada. E isso se deve à própria natureza das normas positivadas, que são editadas para trazer a solução para o maior número de casos possível.

Medidas de desinvestimento, extremas que são, devem ser pensadas quando acontecer pelo menos uma de três situações. A primeira delas é quando o monopólio gerado pela posição dominante coletiva do cartel for adquirido de modo ilegal, ocasião em que o remédio pode ser utilizado para restaurar o processo competitivo anterior à infração. A segunda diz respeito à consideração do desinvestimento quando o poder monopolístico adveio de uma transação que pode ser facilmente desfeita. O terceiro cenário é a determinação de desinvestimento quando o infrator possa ser cindido em partes, horizontal ou verticalmente, da forma mais indolor possível ou quando seja possível segregar as operações reguladas das não reguladas (WALLER, 2009).

Acrescente-se que o desinvestimento não pode ser usado indiscriminadamente e nem em qualquer caso, sob qualquer medida: tendo em vista a invasividade do remédio, ele deverá ser usado quando a autoridade não vir outra saída para cessar a conduta ou para restaurar o *status quo ante* do mercado lesado (JEREZ, 2015, p. 213).

Transversalmente, há a questão do nexo causal a ser explorada. No cartel do cimento, a decisão do Cade reconheceu que havia uma colusão manipuladora dos mercados de cimento e concreto enquanto os remédios abrangeram mercados de insumos e venda de participações

acionárias em empresas que não atuam neles, mas que coexistem com participações acionárias de concorrentes (mencionado na decisão como descruzamento societário). Observe-se que a relação de causalidade entre remédios e conduta não exige que os eles sejam aplicados apenas nos mercados de cimento e concreto, pois os efeitos da colusão se difundiram para muito além desses dois mercados. Ademais, os mecanismos de coordenação e profusão de informações envolviam empresas que sequer eram do setor, as quais eram a camuflagem perfeita para justificar um encontro entre concorrentes: a detenção conjunta de empresas. Por isso, o nexo causal a ser visto na intervenção deve ter correlação com a cessação dos efeitos da conduta, já que é essa a finalidade última dos remédios antitruste. Por isso, desenhar medidas que envolvam mercados laterais ou tangentes à investigação, mas que afetem o objeto principal do cartel, pode ser uma saída menos invasiva e mais proporcional para alcançar os desígnios corretivo e restaurativo dos remédios com o menor custo social possível e com a maior efetividade.

O desinvestimento se faz necessário sempre que se pretende forçar, via efeitos de rede, uma elevação de rivalidade em um dado mercado com baixa competitividade ou com uma estrutura de mercado que não favoreça entradas ou intensificação do poder de mercado de *players* menores:

A razão do desinvestimento é endereçar a possível redução de competição com a criação de uma nova fonte de concorrência por meio da cessão de um negócio, ou de ativos, das partes concentradas para um novo participante do mercado ou por meio do fortalecimento de uma fonte de competição já existente com a cessão do negócio, ou de ativos, para um participante independente e já existente no mercado das empresas concentradas. Os efeitos de um desinvestimento exitoso endereçarão a perda de rivalidade resultante da concentração por meio da alteração ou do restabelecimento da estrutura de mercado (JEREZ, 2015, p. 213, tradução livre).

O relacionamento do *player* com as diversas instituições que o circundam, entre elas mercados, sociedade e autoridade de defesa da concorrência, deve ser levado em consideração para o desinvestimento. Uma decisão tomada por ele, ou sobre ele, pode ter impactos e repercussão em diversos outros nichos empresariais e sociais em virtude dos intrincados laços que conectam atores e que repercutem em toda a economia. As interdependências decorrentes das relações contratuais e fiduciárias que mantêm os agentes nessa teia de relacionamentos trazem a necessidade de se ter considerado que as incertezas decorrentes das quebras dos ativos poderiam ser contagiosas e contaminar outros agentes do setor cimenteiro ou ainda de outros setores que possam sofrer efeitos colaterais (KAY, 2015, p. 262).

Uma leitura apressada da venda de ativos pode dar a impressão de que o desinvestimento configuraria confisco. Acontece que confisco é a resposta estatal à tentativa do particular de se apropriar do objeto do ilícito, retendo tal objeto para si e garantindo os efeitos da condenação, a indenização da vítima, o pagamento de despesas processuais e as penas devidas ao Estado<sup>126</sup>. Em outras palavras, o produto do confisco ficaria com o Estado ou com a vítima da infração, o que não ocorre quando se estabelece o remédio estrutural de desinvestimento porque o resultado monetário da venda dos ativos é do particular que detinha esses mesmos ativos. Aliás, o particular tem a conveniência de vendê-los em qualquer momento do período estipulado pela autoridade, escolhendo o momento que julgar mais apropriado para obter o maior valor possível. Logo, o balanço contábil dele não será alterado:

---

<sup>126</sup> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO INCIDENTE DE SEQUESTRO. ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE VEÍCULO SEQUESTRADO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DETERIORAÇÃO, DEPRECIÇÃO OU DIFICULDADE NA MANUTENÇÃO DO BEM. OCORRÊNCIA. DETERMINAÇÃO DO JUÍZO DE DEPÓSITO DO VALOR DA ALIENAÇÃO EM CONTA VINCULADA AO JUÍZO PENAL. LEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O sequestro é medida assecuratória cujo deferimento acarreta a indisponibilidade dos bens móveis ou imóveis adquiridos pelo agente como proveito da infração penal ou produto indireto (*fructus sceleris*), cuja finalidade precípua é garantir a reparação do dano causado pelo delito e a perda do produto ou proveito auferido pelo agente com a prática do crime, evitando-se, pois, benefício decorrente da própria torpeza.

2. No contexto da implementação de medidas assecuratórias reais (CPP, arts. 125-144) ou de apreensão (CPP, art. 240, § 1º, b), os bens direitos ou valores constrictos podem ser alienados antecipadamente, nos termos do art. 144-A, do Código de Processo Penal, caso o bem esteja sujeito a qualquer grau de deterioração ou depreciação ou houver dificuldade para a sua manutenção. Perceba-se que as medidas cautelares reais tem a finalidade de assegurar o confisco como efeito da condenação, a garantir indenização à vítima da infração penal, pagamento de despesas processuais e penas pecuniárias ao Estado e, paralelamente, obstar o locupletamento indevido do réu com a prática da infração penal. Por sua vez, a alienação antecipada é uma cautela da efetividade da medida assecuratória real decretada, com fim de manter a incolumidade do valor do bem constricto, e não o bem em si. Portanto, não se trata de garantia dos interesses do réu, mas sim dos bens jurídicos protegidos pela norma processual em questão, que são os interesses patrimoniais das eventuais vítimas, o patrimônio público, relativamente aos dispêndios estatais na persecução penal, e a idoneidade do sistema penal, desestimulando o criminoso a cometer crimes, tendo em vista a ausência de vantagem patrimonial decorrente (prevenção especial negativa).

3. No caso, a decisão que determinou a alienação antecipada do veículo sequestrado, um Land Rover Discovery4, demonstrou inequivocamente desvalorização acentuada do bem, tendo chegado à época da decisão a uma redução de 7,5% (sete e meio por cento *sic*) do valor do momento da decretação do sequestro *sic*, em um período um pouco superior a seis meses. Diante da evidente depreciação progressiva que sofria o bem, em conformidade com os requisitos do art. 144-A, do Código de Processo Penal, de rigor a alienação antecipada, sob pena de inviabilizar os fins do sequestro.

4. Não se sustenta igualmente a alegação de ilegalidade da alienação antecipada do bem, tendo em vista que que *sic* os resultados da venda seriam destinados à satisfação de créditos tributários, e não aos fins do sequestro. Primeiramente, não há qualquer indicação nos autos que parte do valor obtido com a alienação judicial do veículo será designada para satisfação de créditos fiscais. A decisão que determina a alienação antecipada determina expressamente que o valor obtido com a arrematação do veículo deverá ser apenas depositado em conta vinculada do juízo penal, sem qualquer menção à destinação específica desse valor. Malgrado tenha o juízo federal responsável pela execução dos créditos tributários pleiteado a reserva/preferência dos valores para pagamento dos tributos devidos, o juízo criminal não exarou qualquer decisão acerca desse ponto, tendo simplesmente determinado que os valores permanecerão depositados em juízo. Assim, não se observa qualquer ilegalidade decorrente da preferência dos créditos tributários, porquanto inexistente qualquer decisão nesse sentido.

5. Recurso desprovido.

(RMS 52.537/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 22/09/2017).

as cifras sairão de ativo imobilizado – se for uma planta, por exemplo – para uma conta de ativo circulante.

Claro que a supressão de competitividade futura será levada em consideração como possível impacto no médio e longo prazos, mas o dinheiro arrecadado com a venda poderá ser reinvestido em outro nicho de forma a remunerar o detentor de ativos na proporção de seus esforços. Em síntese, não é o Estado que se apropria dos ganhos monetários do vendedor tampouco dos ativos desinvestidos; ademais, eles não asseguram qualquer tipo de reparação das vítimas e nem são redirecionados a qualquer tipo de responsabilização civil, uma vez que tal competência sequer é atribuída ao Cade.

Não se pode negar que esse cruzamento aparentava ser legítimo, uma vez que não havia a formalização de comunicações entre as empresas, razão pela qual o Cade aprovou diversos atos de concentração que permitiu esses cruzamentos. Contudo, as diligências de busca e apreensão trouxeram aos autos documentos que comprovaram que essa aparente legalidade era, na verdade, uma fachada para travestir de legitimidade o compartilhamento de estratégias de negócio entre competidores, os quais eram verdadeiros atores de ligação<sup>127</sup>. Nesse contexto, essa venda de ativos contribuiu para diminuir essa ingerência empresarial coletiva cristalizada em uma terceira empresa.

Esses atores de ligação eram vistos pelo cartel como um amontoado de ativos que performavam determinado nível de lucratividade, enxergando as empresas participantes do mercado como meros operadores financeiros. Acontece que os competidores precisam ser vistos como fornecedores de bens para a sociedade e as linhas de produtos devem prevalecer sobre os centros de lucro (FLIGSTEIN, 1990, p. 15). Parece ter sido com esse enfoque que os ativos utilizados para instrumentalizar o cartel foram objeto de determinação de desinvestimento pelo Cade.

Em segundo lugar, o cruzamento societário foi utilizado para dominar abusivamente o mercado em termos de controle de concorrentes e em termos de controle de quantidades

---

<sup>127</sup> Conforme conceito desenvolvido em LAZZARINI, 2011, p. 9.

ofertadas tanto de insumos quanto de produto final, o que é decorre dos laços societários que facilitaram as estratégias de coordenação – e de cartelização – entre as empresas<sup>128</sup>.

A rede de propriedade<sup>129</sup> criada pelas participações cruzadas entre os cartelistas parece ter sido vista sob dois ângulos. Um deles diz respeito à criação de um fórum frutífero para compartilhamento de informações e de segredos de negócios entre concreteiras e cimenteiras. O segundo diz respeito à redução combinada da pressão competitiva sobre os *market shares* consolidados pelo cartel, impedindo que haja novas entradas no mercado ou que um *player* de maior porte conteste a posição dominante coletivamente delimitada pelos infratores.

Segundo o Cade, o cartel utilizou, ao lado de reuniões e trocas de e-mails entre concorrentes, as aglomerações para valorizar as participações comuns no conluio e para facilitar a troca de informações e de estratégias que visavam ao controle de oferta, de demanda e de precificação. O cruzamento societário foi uma das fontes de transparência de mercado utilizadas pelos infratores a fim de induzir a simetria de informações sobre segredos de negócio e estratégias de competição nos setores cimenteiro e concretoiro. Esse cruzamento evidencia uma três das linhas de necessidade de remédios apontadas por Waller, linha esta que se refere à ilegalidade de aquisição da posição dominante.

A mais clara crítica que pode ser feita ao resultado do julgamento leva em consideração o contexto em que ocorreu o cartel. Considerando a duração do cartel por mais de uma década – e há literatura indica que ele estaria em andamento no Brasil desde a década de 60 (MIRROW, 1977) –, o contexto econômico em que inserido o cartel variou muito. Essa variação pode ter prejudicado o alcance de uma solução ótima para o caso, tendo em vista as mudanças e instabilidades econômicas que estão naturalmente inseridas em tão longo período. Logo, é mais fácil tomar decisões em situações em que há mudanças econômicas graduais

---

<sup>128</sup> “O entrelaçamento societário de alguns proprietários – especialmente grupos econômicos – é um mecanismo que tende a suportar práticas anticompetitivas. Se três grupos se juntam em um consórcio, são dois concorrentes a menos em um setor. Participando conjuntamente de múltiplos setores, os grupos podem se coordenar informalmente dividindo mercados e evitando ataques agressivos. Com seus diversos laços societários - um grupo com posição em uma firma de outro grupo –, essas estratégias de coordenação tornam-se ainda mais factíveis” (LAZZARINI, 2011, p. 112).

<sup>129</sup> Aqui, utiliza-se o conceito de Lazzarini em relação às redes formadas por laços empresariais obtidos por empresas vinculadas, de alguma forma, umas às outras: “revela-se uma rede de propriedade definida pelos laços de participação societária entre donos e firmas, e pelas correspondentes conexões projetadas entre donos que compartilham do capital de empresas comuns” (LAZZARINI, 2011, p. 8).

(MINSKY, 2008, p. 18), o que não ocorreu na economia brasileira nos últimos cinquenta anos.

O voto-vista tentou atacar o problema ao determinar a venda de diversos ativos mencionados nas evidências reunidas nos autos, as quais foram explicitadas em uma tabela ao final do voto. Entretanto, esse tipo de venda “picotada” parece não resolver o problema de compreensão da estrutura criada pelo cartel para que a negociação desses ativos, o que também significa um subdimensionamento do problema concorrencial gerado pelo cartel do cimento. Além disso, essa venda desagregada não atende à preocupação do conselheiro-relator sobre a necessidade de criar condições para novas entradas e utilizar esses ativos indevidamente obtidos para tanto.

Nesse contexto, é de se pensar se não seria também necessária a revisão das autorizações concedidas pelo Cade para que essas operações se concretizassem, o que é denominado revisão de ato de concentração. Isso porque o descruzamento societário não parece resolver todo o problema existente, porquanto as participações minoritárias tiveram efeitos espalhados ao longo de toda a cadeia. A tentativa de mitigação desses efeitos foi proposta pelo conselheiro-relator ao determinar a venda de percentuais de capacidade instalada para criar um novo *player*, porém sem definir onde estariam os efeitos dispersos na cadeia que teriam sido gerados ao longo do tempo. Aqui se rememora a perspectiva dos laços que conectam as sociedades e o papel do governo para reprimir condutas anticompetitivas para assumir que “em vez de catalisador das aglomerações, o governo deveria agir como contrapeso: examinando em detalhe as suas implicações anticompetitivas e facilitando a entrada de novos empreendedores e grupos de firmas” (LAZZARINI, 2011, p. 117).

A resposta para essa pergunta é impossível, pois pode ser que uma das soluções seja, de fato, a melhor, mas pode ser que o caminho mais favorável à concorrência não tenha sido ainda pensado pelo Cade para o setor cimenteiro. Isso porque a aplicação de remédios estruturais não é tarefa fácil e não possui um modelo ou uma fórmula específica que gere as medidas restaurativas ideais. Esse modelo não existe por diversas razões, entre elas a de inexistência de mercados idênticos, seja em termos de estrutura, seja em termos de atores econômicos ou ainda em função das diferenças de oferta e demanda. Em outras palavras, os mercados não possuem semelhanças suficientes a fim de se criar um modelo – econômico ou jurídico – que seja igualmente aplicável a todos os mercados em que haja cartéis. Por essas

razões, cada pacote de remédios estruturais deve ser desenhado e aplicado caso a caso (WALLER, 2009, p. 29).

No cartel do cimento, esse foi o ponto principal de elogios e críticas à atuação do Cade e que rendeu aprendizados para casos posteriores, entre os quais a assinatura de acordo visando à cessação de um suposto cartel de combustíveis em andamento e a negociação coletiva realizada por sociedade médica.

No Distrito Federal, a investigação de um cartel entre postos de combustíveis trouxe insumos interessantes à discussão de remédios estruturais. Em sede de acordo com a autoridade antitruste, a suposta líder da colusão propôs a venda de alguns de seus ativos com a expectativa de reduzir seu poder de mercado na região, de elevar a possibilidade de desenvolvimento de postos já estabelecidos e de entrada de novos concorrentes, bem como de minimizar os incentivos à colusão no setor<sup>130</sup>.

O mais premente destaque que se dá a este caso é o forte efeito de sinalização de mercado. O acordo firmado pelo Cade e pelo investigado não resultou apenas no encerramento de investigações, mas parece ter causado um rearranjo de mercado, ainda que temporário. A queda de preços e de inflação noticiada pela mídia logo após a medida mostrou que a atuação interventiva junto a um único agente pode ter efeitos de rede relevantes quanto ao aumento de rivalidade ou quanto à mitigação de comportamento colusivo. Por isso, pode-se deduzir que a maior contribuição do acordo não foi evitar a reincidência do investigado, mas sim prover mais competitividade ao setor de revenda de combustíveis.

O remédio estrutural ora proposto tem grandes chances de ser implementável<sup>131</sup>, uma vez que foi moldado pelo Cade e pelo acusado, ou seja, chegou-se a um meio termo no equilíbrio entre interesse público e interesse privado para tal intervenção. O consenso ora vislumbrado é positivo porque diminui a probabilidade de inefetividade do remédio no que

---

<sup>130</sup> Segundo a fundamentação exarada pela Superintendência-Geral do Cade em relação ao aludido desinvestimento, “os postos que serão objeto do desinvestimento já estão definidos no acordo e estão distribuídos geograficamente pelo DF de modo a reduzir a concentração espacial da revenda de combustíveis, permitir a entrada e desenvolvimento de concorrentes no setor e diminuir os incentivos à colusão no mercado; o cronograma estabelecido propõe a operacionalização do desinvestimento em etapas que incluem postos com diferentes volumes de vendas, de modo a favorecer a entrada ou desenvolvimento de diferentes perfis de concorrentes” (CADE, 2017).

<sup>131</sup> Só será possível ter certeza após a venda efetiva dos ativos indicados, o que não ocorreu até o fechamento do presente texto.

concerne à falta de compradores ou ao equívoco na indicação dos ativos sujeitos a desinvestimento. Os demais objetivos do remédio só podem ser avaliados depois de se analisar o mercado após a venda a fim de avaliar se o paralelismo persiste e se a rivalidade aumentou depois da alienação dos postos da suposta líder do cartel.

Em termos denexo causal, os remédios desenhados para o suposto cartel de combustíveis do Distrito Federal atingem exatamente o mercado da investigação, ao contrário do que ocorreu com o cartel do cimento. Isso se deve a dois motivos principais. O primeiro deles é que o mercado de revenda de combustíveis é a atividade principal – e muitas vezes única – dos postos, isto é, os mercados a ele tangentes, quando existem, são irrisórios. Logo, é difícil instrumentalizar um cartel de combustíveis por outros setores paralelos porque o modelo de negócio é basicamente focado na revenda do produto. O segundo motivo diz respeito à execução do suposto cartel: as práticas tidas por anticompetitivas foram cometidas no âmbito dos negócios dos postos, não havendo evidências de que os efeitos da suposta colusão tenham transbordado a revenda de combustíveis do Distrito Federal.

Já na negociação coletiva realizada por sociedade médica, o monopólio no mercado de serviços de anesthesiologia foi assim modelado pelas cláusulas de constituição da sociedade e pelo esforço de congregação de praticamente todos os profissionais do município, conferindo estabilidade ao acordo. A punição, portanto, era a impossibilidade de o médico de prestar tais serviços senão pela via associativa, já que o voto condutor explicitou que havia relações de exclusividade exigidas dos sócios mesmo sem expressa previsão estatutária. Como a entrada de novos médicos nesse mercado é difícil, segundo o julgado, a rivalidade externa foi controlada e importante para assegurar a eficácia dos boicotes.

O que foi determinado pelo Cade é que a sociedade não agregasse mais de 20% dos médicos da cidade, ou seja, ela poderia continuar existindo, desde que reduzisse o número de filiados. Na prática, a ideia do remédio é que a sociedade médica seria cindida em quantas partes fossem necessárias para limitar o poder de mercado de cada parcela em 20%, o que satisfaz a terceira situação previamente citada de que o infrator poderia ser cindido em partes, da forma mais indolor possível (WALLER, 2009).

Em nenhum momento foi exigida a extinção da sociedade condenada a fim de que o conceito de cisão, emprestado do art. 229 da Lei 6.404/76, fosse efetivamente aplicado. Dessa forma, a fundamentação parece ter deixado de mencionar que o objetivo do remédio era a

cisão *parcial* da sociedade até mesmo para apontar em que proporção serão repassadas as obrigações da parcela a ser desvinculada da sociedade original, bem como a proporção de bens e direitos que ficarão nela retidos.

Como o inciso V não faz qualquer distinção sobre a necessidade de a cisão ser total ou parcial e o fato de a natureza do art. 38<sup>132</sup> da Lei 12.529/11 não ser exaustiva, a omissão que parece ter ocorrido na decisão não prejudica sua exequibilidade nem seu enquadramento legal. No fim das contas, esses ativos serão transferidos a outrem e acabam seguindo a mesma racionalidade da venda de ativos exposta nesta seção.

Além disso, a sociedade era, segundo o Cade, um fórum de troca de informação de preços entre os sócios – sem a qual a condenada não conseguiria realizar a pressão sobre os hospitais –, com delegação a prerrogativa de exigir determinado preço e concordância com a recusa de atendimento individualmente praticada quando o preço não for pago pelo adquirente do serviço. O benefício mútuo, por sua vez, residiria na economia de escopo do médico em ter de negociar com cada hospital da cidade em troca de remuneração dos administradores pelo desempenho dessa intermediação e de participação nos lucros da sociedade.

O caso parece trazer à lume a configuração de um cartel *hub and spoke*, o que justificaria a discussão do caso como remédio em cartel, apesar da decisão da autoridade não tê-lo mencionado. A abordagem clássica de cartéis *hub and spoke* considera que todos os agentes envolvidos estejam na mesma cadeia produtiva, geralmente entre distribuidores e varejistas (LUBAMBO, 2015; MATTIOLI, 2016; SCHWALBE, 2014). No entanto, essa constatação parece ter mais relação com os tipos de casos até hoje enquadrados nessa categoria pela jurisprudência internacional que com a própria definição de *hub and spoke* concernente à troca indireta de informações concorrencialmente sensíveis e a própria organização e funcionamento do cartel por elos verticais e sem a ingerência direta dos *spokes* com seus clientes.

A sociedade atuando na coordenação como um *hub* e os médicos agindo como *spokes* dariam o tom da supressão de rivalidade e do falseamento da competição verificado no mercado de prestação de serviços médico-hospitalares da cidade. Os *spokes* não falam – e nem precisam falar – entre si porque o *hub* faz todo o serviço de alinhamento de condições de

---

<sup>132</sup> Correspondente ao art. 24 da revogada lei e vigente à época dos fatos investigados.

fornecimento e de preços dos bens fornecidos pelos *spokes*. A retaliação e os mecanismos de fiscalização também se fizeram presentes, conforme descrito na decisão do Cade.

Sendo um cartel tipo *hub and spoke*, a dissuasão necessária deveria ter relação com o rompimento do elo entre *hub* e *spoke* ou a redução do poder de mercado detido pela sociedade. Na primeira hipótese, certamente a proibição de exercício de comércio seria o caminho para extinção da pessoa jurídica e consequentemente desfazimento dos laços por ela firmados com os médicos. A segunda hipótese já contemplaria a continuidade de atuação da sociedade, porém com entraves de angariamento de novos médicos até um dado patamar.

Como se trata de uma sociedade empresarial, a saída processual e material para tal feito é a cisão da sociedade a partir de um critério limitador que refletisse um menor poder de mercado e a liberação de médicos para absorver o desvio de demanda de eventual insucesso das negociações entabuladas pela sociedade. Tendo em vista o custo social de extinção de uma pessoa jurídica e a grande discussão acerca da possibilidade de eliminação da livre iniciativa que emergiria da primeira opção, a cisão de ativos pareceu a opção mais adequada em termos de conveniência e oportunidade e à luz da proporcionalidade. Vê-se que a lógica do remédio foi exatamente a de um desfazimento de um cartel *hub and spoke*, não obstante o conselheiro-relator não ter explicitado essa caracterização.

#### **4.1.5 Proibição de Licitar**

A importância dos cartéis em licitação extrapola a clássica concepção de perda de bem-estar decorrente do peso morto e originária da microeconomia, porquanto o objetivo desses cartéis é a transferência de renda do licitante para os ofertantes em conluio dada a quantidade demandada fixada no edital da licitação. Esse diferencial não mitiga a reprovabilidade da prática e não diminui a percepção social acerca da gravidade da conduta (MARTINEZ, 2013, pp. 47-48). No entanto, exige do analista uma percepção mais ampla e criativa sobre a cessação da conduta e formas efetivas de dissuasão.

A colusão pode decorrer do próprio edital – seara em que as Cortes de Contas têm fiscalizado vigorosamente para evitar fraudes ou direcionamento de licitações – ou pode se fundar em ações dos licitantes (MARSHALL; MARX, 2009). Nessa segunda hipótese, retirar do infrator o acesso à licitação parece ser o incentivo mais natural para assegurar que ele não reincida, por vontade própria ou não. Esse tipo de obrigação acessória de cunho estrutural

parece que deve ser cogitada em todos os casos em que as compras públicas são lesadas por conluio por representar a cessação da conduta propriamente dita. Ocorre que nem sempre tal proibição pode não ser recomendável a todos os acusados ou a todos os mercados, razão pela qual a calibragem e a extensão de tal proibição deve ser avaliada caso a caso, mesmo que seja pela não aplicação do remédio.

A proibição de licitar (aqui abrangida também a proibição de contratar com a Administração Pública) teve repercussão em algumas decisões do Cade dedicadas a desvelar cartéis em licitações públicas. O pano de fundo, sem sombra de dúvidas, é a proteção do erário por meio da preservação da lisura das compras públicas do ponto de vista concorrencial.

A proibição de licitar é um remédio ambíguo que, a depender do quadro conceitual utilizado, pode ser tanto comportamental quanto estrutural. Sob o ponto de vista de estipulação de obrigação de não fazer imputada pelo Estado ao particular, de fato o viés comportamental se destaca e caracteriza essa medida não pecuniária. O que se discute, no entanto, é quanto o Poder Público cria uma regra formal ao inserir o nome da empresa condenada em um cadastro específico ao qual outros entes da federação têm acesso e devem observar se a licitante está ou não nele registrada – tal como faz o Tribunal de Contas da União em atenção ao art. 46 da Lei 8.443/92. Afinal, o impedimento de licitar não é exclusivo do Cade, pois também é previsto em lei licitatória (art. 7º da Lei 10.520/02) e de combate à corrupção (art. 47 da Lei 12.846/13).

Nesse segundo caso, há uma barreira específica e temporária estabelecida pelo Poder Público, que será vista pelos agentes econômicos como uma nova regra à qual deverão se adequar suas respectivas ofertas e demandas. Há aqui uma ingerência específica na estrutura de mercado e nos direitos de propriedade nele inseridos, apesar de a firma não precisar abrir mão de seus ativos.

A OCDE conceitua remédios estruturais como aqueles “que requerem o rompimento das ligações com os ativos detidos pelas firmas e que têm a virtude de ser capaz de eliminar rapidamente o poder de mercado enquanto cria ou revigora competidores” (OCDE, 2007,

tradução livre). Já Massimo Motta<sup>133</sup> define-os como aqueles que “modificam a alocação dos direitos de propriedade: eles incluem desinvestimento integral de um negócio em andamento ou desinvestimento parcial” (MOTTA, 2004, p. 265, tradução livre), isto é, a definição não expõe que o desinvestimento seria o único remédio estrutural possível, porém seria um dos remédios estruturais possíveis. Já sua definição de remédios comportamentais como aqueles que “estabelecem restrições nos direitos de propriedade das firmas objeto da concentração: eles consistem em compromissos impostos às partes concentradas em não abusar de certos ativos e de não celebrar arranjos contratuais específicos” (MOTTA, 2004, pp. 265-266, tradução livre) podem ser cabíveis se o cumprimento da obrigação de não licitar decorrer unicamente da vontade do agente.

*A priori* vislumbrada como obrigação de não fazer, é instrumentalizada na prática por meio da inserção do nome do infrator em um cadastro de inidoneidade, de âmbito nacional e de consulta obrigatória por todas as entidades que pretendam realizar compras públicas. Aliás, em termos práticos, a proibição de licitar tem os mesmos efeitos da declaração de inidoneidade lançada pelo Tribunal de Contas da União quando reconhece fraudes em licitações. No entanto, enquanto o Tribunal geralmente afasta automaticamente seus condenados, o Cade tem examinado tal restrição estrutural *cum granus salis*.

Apesar de inicialmente concebido como remédio comportamental, as repercussões estruturais da proibição a licitar são bem maiores. A licitação pública (ou o conjunto de licitações, a depender do caso) é um mercado em si mesmo, cujos participantes não são os mesmos e nem competem em iguais condições com os participantes do mercado privado. Ao impedir o funcionamento de um determinado agente em uma licitação, isso significa que a oferta potencial será reduzida, a capacidade instalada total do mercado diminuída e um número menor de potenciais habilitados, afetando sobremaneira a estrutura do mercado objeto da licitação. A atuação do infrator impedido de licitar no mercado de balcão não é alcançada

---

<sup>133</sup> No excerto mencionado, o autor aborda os remédios em atos de concentração (*merger remedies*). No entanto, como já explicado anteriormente, várias das concepções mais gerais de remédios do controle preventivo podem também ser absorvidas pelo controle repressivo, pois a lógica e a funcionalidade em ambos os controles são as mesmas.

pela proibição de licitar, porém é um mercado diferente porque sujeito a regras diferentes daquelas aplicáveis aos certames públicos<sup>134</sup>.

Remédio estrutural típico é o desinvestimento, em que o condenado não dispõe mais de um determinado conjunto de ativos para exercer uma dada atividade empresarial. Observe-se que os efeitos da proibição de licitar são os mesmos dos consectários do desinvestimento, uma vez que o condenado proibido de licitar detém os ativos, mas não pode usá-los. A diferença é que a vedação licitatória é temporária, ou seja, passado certo tempo, o condenado voltará ao mercado enquanto o desinvestido não contará, a não ser por crescimento orgânico, com certos ativos ligados ao setor econômico objeto da infração. Claro que o preço de cartel pode se manter inalterado com a supressão de apenas um *player* na proibição de licitar, porém o mesmo risco existe na obrigação de venda de ativos respaldada pelo art. 38, inciso V, da Lei 12.529/11.

Só que o que confere a característica estrutural a um remédio é exatamente sua capacidade de romper estruturas, isto é, de derrubar um cartel em andamento, e não seu revestimento jurídico em, por exemplo, obrigação de fazer ou não fazer: é natural que remédios comportamentais tenham concomitantemente função estrutural se for capaz de elevar a rivalidade de um mercado em níveis de fato disruptivos. No limite, a própria venda de ativos pode deixar de ser um remédio estrutural se o mercado afetado quedar-se inerte com a manutenção dos vícios na arquitetura e nos incentivos sem qualquer alteração relevante no contexto pós-remédios.

Independentemente da conceituação adotada, a ideia aqui é explorar a proibição de licitar como uma das várias formas de disciplina de comportamentos sinalizadas ou exigidas nas decisões do Cade. Em qualquer das duas categorias de remédios, a proibição de licitar é capaz de criar um novo costume no mercado – e conseqüentemente uma nova regra – à qual os agentes econômicos vão se adaptar: os consumidores não terão essa opção de fornecedor e os concorrentes não terão essa firma como rival. Esse remédio pode parecer extremo e prejudicial ao consumidor a uma primeira vista. Todavia, não se pode esquecer que se está a excluir um cartelista, que não segue a cultura competitiva, causa efeitos negativos à

---

<sup>134</sup> Na hipótese de se vislumbrar um cenário em que o infrator não possa atuar em qualquer mercado, deveria haver a combinação entre a proibição de licitar e a proibição de exercício de comércio a fim de que ambas as formas de aquisição de bens e serviços sejam contempladas.

sociedade e não tem incentivos para proporcionar uma efetiva disputa por mercados e por clientes<sup>135</sup>.

Para desincentivar o surgimento de infrações ao caráter competitivo do certame, a aplicação de multa é uma forma de punição em que a empresa é financeiramente constrangida a desembolsar uma quantia para prestar contas à sociedade, concretizada em uma multa. O valor dessa multa deve ser parte integrante de uma sanção equivalente ou superior ao ganho obtido pelo infrator (WERDEN, 2009b), balizando a capacidade dissuasória da sanção. Só que a imputação de penalidade unicamente pecuniária tem se deparado com diversas críticas em razão da dificuldade de se estabelecer parâmetros de proporcionalidade e principalmente em virtude da incerteza quanto ao patamar ideal de desestímulo à reincidência que uma cifra monetária deverá conter (GINSBURG; WRIGHT, 2010; OCDE, 2002).

Uma alternativa possível – isolada ou cumulativamente com a multa – é a adoção de medidas adicionais para reaver a concorrência no setor investigado. A criação de concepções adicionais de controle para reconformar as regras pode ser uma saída efetiva para coibir novos cartéis em licitações. A proibição de contratação com a Administração Pública teria o condão de retomar a competitividade em certames que é constantemente reverberada no ordenamento jurídico brasileiro.

O automatismo de se “pensar” na proibição de licitar não pode ser o mesmo automatismo em se “aplicar” a proibição de licitar. É preciso no ganho de bem-estar da sociedade com e sem a presença do cartelista, ou seja, se o cartel tem o potencial de ser encerrado se o condenado for afastado temporariamente do mercado licitado. Quando é alta a probabilidade de reincidência ou quando há colusão residual, o benefício de proibir determinada empresa de licitar é maior que o custo de potencial redução de oferta resultante

---

<sup>135</sup> A título exemplificativo, destaca-se o caso BAA pós-remédios na Inglaterra. Após investigação da autoridade antitruste britânica, em 2009, o caso havia recebido remédios antitruste consistente na venda de três aeroportos (Gatwick, Edinburgh e Stansted). A autoridade publicou relatório em 16/05/2016 em que avaliou que os remédios alteraram positivamente o contexto concorrencial em suas respectivas áreas de atuação. Ademais, ela ainda recebeu informações de *stakeholders* de que esses desinvestimentos afetaram também o maior aeroporto do país (Heathrow), mesmo considerando que ele não estava entre os ativos alienados. Um dos fatores observados pela autoridade foi o desenvolvimento de novas estratégias comerciais nos aeroportos desinvestidos e em outros aeroportos afetados direta ou indiretamente pelo desinvestimento, além da alteração na estrutura das taxas cobradas das empresas aéreas e da melhoria do uso da capacidade instalada. Houve também aumento na circulação de passageiros, ampliação do número de rotas e elevação de eficiências nos aeroportos desinvestidos. Em um dos aeroportos desinvestidos já há indicadores de melhoria na qualidade do serviço, além de diversas outras características benéficas à concorrência e ao consumidor que, segundo alguns *stakeholders*, não seriam obtidas sem a venda dos ativos (COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, 2016).

da medida estrutural. Em outras palavras, quebrar a estabilidade do cartel e cessar a repetição dos atos ilícitos, nessas duas hipóteses, só são possíveis mediante a proibição de licitar, nos termos do art. 38 da Lei 12.529/11 (ESTEVES, 2017).

Por um lado, a jurisprudência do Cade não tem aplicado automaticamente a proibição de licitar em todos os casos em que a licitação foi objeto de infração anticompetitiva. Entretanto, ela tem sinalizado que esse remédio antitruste é natural em casos de cartel em licitação como medida eficaz para a cessação do cartel e tem se debruçado sobre as consequências dessa proibição no mercado, seja a título de capacidade ociosa, seja a título de possibilidade de absorção da demanda do infrator por outros atores econômicos. Por outro, o discurso de sinalização e de formulação de política pública parece, algumas vezes, se sobrepor à explicitação de elementos fáticos que enfatizassem a necessidade da intervenção no caso concreto, tal como pôde ser percebido no acórdão do cartel de órteses e próteses.

Essa cautela parece acertada na medida em que há a preocupação de não extirpar totalmente um mercado ao retirar do infrator o meio utilizado para praticar o ilícito. A cessação da conduta, na verdade, não pode representar a extinção do mercado em que ocorreu a prática anticompetitiva, razão pela qual a proibição de licitar deve se deparar com a existência de capacidade ociosa suficiente para suprir a demanda do infrator que não puder contratar com a Administração Pública. Em não havendo tal capacidade, é preciso averiguar se há condições de entrada para que outros *players* forneçam o bem outrora provido pelo infrator. Sem essas precauções, o remédio antitruste pode significar a aniquilação do mercado investigado.

A proibição de licitar é medida rescisória que pretende extrair do infrator a vantagem constituída em seu favor, ou seja, tal proibição tem por natureza a cassação dos efeitos nocivos provocados pela colusão na licitação. Ainda que esse tipo de medida seja favorável ao interesse público, ela não está sujeita ao princípio do *non bis in idem* e não pode deixar de ser fundamentada, proporcional, factível e circunscrita ao limite da lei (OSÓRIO, 2015, pp. 112-114). E o que inicialmente direcionará o cabimento e a aplicabilidade do remédio é o conjunto fático revelado pela instrução probatória (KOVACIC, 1998).

É claro que, diante da alteração de um cenário, o cartel estará pronto a responder a uma intervenção estatal até porque os infratores guardam um razoável grau de monitoramento mútuo para adaptar o acordo anticompetitivo a oscilações do mercado ou das disposições da

licitação (AYRES, 1987; HARRINGTON, 2006; HEEB et al., 2009; MARSHALL; MARX, 2012, pp. 230-232). Por isso, um remédio inapto a criar incentivos a fim de que o cartelista cesse a conduta pode dar ensejo a custos estatais adicionais para remodelar e atualizar a intervenção sempre que detectadas novas ações e efeitos decorrentes da continuidade do cartel. Nesse contexto, a autoridade julgadora tomará duas decisões consecutivas: o cabimento ou não da proibição de licitar e a suficiência dissuasória da extensão da vedação.

Sem os incentivos estatais apropriados, infelizmente os participantes de licitações tendem à colusão. As leis ditas naturais de oferta e demanda são bastante enviesadas quando se fala em compras governamentais, pois os particulares tendem a colaborar entre si quando o fornecedor é o erário. Não é fácil compatibilizar o interesse público e o interesse privado: muitas vezes é mais fácil deixar a atividade econômica inteiramente para o governo e receber as ordens passivamente (CROLEY, 2008, p. 20; STIGLITZ; GRIFFITH-JONES; OCAMPO, 2010, pp. 88-89).

O impacto negativo de infrações em compras públicas é altíssimo e digno de reprimenda. A sociedade deve deixar bastante claro o seu nível de (in)tolerância com cartéis e fraudes em licitações. E essa mensagem não é incompatível com a Constituição tampouco com os princípios democráticos nela contidos. É sim preciso respeitar a livre iniciativa da empresa, mas também é preciso que a própria empresa respeite a livre iniciativa das outras empresas. A livre iniciativa de uma única firma nunca poderá se sobrepor à livre concorrência: a livre iniciativa de uma empresa deve conviver com o ímpeto competitivo que todas as demais desejam imprimir em um mercado. Essa mútua preservação, além de constitucional, é benéfica às contas públicas, é benéfica ao interesse público, enfim, é benéfica à sociedade.

## **4.2 Remédios Que Ainda Precisam Ser Desenvolvidos**

Do art. 38 da Lei 12.529/11, já foram comentados os incisos II (proibição de contratação com a Administração) e parte do inciso V (venda e cisão de ativos)<sup>136</sup>. Ainda

---

<sup>136</sup> Os incisos I (publicação de extrato da decisão em jornal de grande circulação) e III (inscrição em cadastro negativo) não serão aqui comentados, como já ressaltado anteriormente, porque não surtem os efeitos esperados a título de dissuasão pela defasagem tecnológica que refletem. Quanto às recomendações a órgãos públicos inscrita no inciso IV, ela será excluída dessa seção por não se tratar de mandamento cogente. Por fim, é de se ressaltar que o inciso VII deixa a janela para que a autoridade customize qualquer outro remédio que entenda viável e apto a eliminar os efeitos nocivos à concorrência causados pela infração. Como as possibilidades para

neste último inciso, há outras previsões expressas à disposição da autoridade que ainda não foram exploradas pelo Cade em suas decisões e que provavelmente mereceriam algum tipo de discussão. Outrossim, merece algumas considerações o inciso VI (proibição de exercício de comércio), que tende a possuir alguma equivalência prática com o inciso II, porém com algumas nuances quando a natureza da obrigação não envolver compras públicas.

Um dos remédios que pode ser ventilado para grandes corporações consiste na transferência efetiva de controle societário a partir da exigência de que o infrator se afaste da gestão empresarial<sup>137</sup>. Os precedentes que o Cade tem até hoje dizem respeito à terceirização na administração corporativa, que tem efeitos parecidos com a transferência de controle, porém com peculiaridades decorrentes da legislação societária.

A transferência de controle, à semelhança de muitas outras vislumbradas pelo direito e denominadas de diferentes formas a depender do fato gerador, visaria a retirar do transgressor seu principal instrumento de violação da norma – o poder de controle – e, ao mesmo tempo, evitar a influência determinante do infrator sobre a empresa. Nesse contexto, a continuidade delitiva seria pouquíssimo provável – impedindo o exercício do tripé preponderância, permanência e uso do poder<sup>138</sup> – e forçaria a corporação a alterar sua cultura

---

preenchimento dessa abertura interpretativa são infinitas, optou-se por não abordá-las no presente trabalho por motivos de recorte temático.

<sup>137</sup> Art. 254-A da Lei 6.404/76. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

§ 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade.

§ 2º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o *caput*, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais.

§ 3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o *caput*.

§ 4º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários a opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle.

<sup>138</sup> Art. 116 da Lei 6.404/76. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que

organizacional para um novo modelo. É a reestruturação institucional que assegurará a perenidade da não infração<sup>139</sup>.

Importante lembrar que esse tipo de medida não caracterizaria automaticamente expropriação, já que o poder de controle pode ser precificado por ações – não só do bloco de controle, como também de valores e direitos mobiliários que tenham o potencial de ser convertidos em ações. E tais ações têm um valor monetário, que acabará sendo absorvido pelo detentor anterior do controle, seguindo, nesse particular, o mesmo raciocínio do desinvestimento determinado pela autoridade antitruste. A lógica de funcionamento e justificação é bem semelhante à da venda de ativos, rememore-se. Dessa forma, não há prejuízo patrimonial porque tal alienação é geralmente onerosa e representa um novo arranjo empresarial que privilegia boas práticas e extirpa vicissitudes do meio empresarial.

A outra face da transferência de controle é quando ela é utilizada como forma não pecuniária de penalidade propriamente dita, ou seja, quando a empresa não possui disponibilidade financeira imediata para o pagamento de multa, mas pode assegurar o pagamento ou convertê-lo em ações em favor do Poder Público. Para além da necessária justificativa da conveniência e oportunidade de incorporação desse ativo pela União, há a discussão da possibilidade ou não de expropriação do patrimônio do particular pelo Estado via transferência de controle. O apontado benefício dessa via é o atingimento direto dos

---

nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 243 da Lei 6.404/76. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§ 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

§ 3º A companhia aberta divulgará as informações adicionais, sobre coligadas e controladas, que forem exigidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

§ 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.

<sup>139</sup> “Logo, muitas das medidas eficazes contra a corrupção exigem modificações estruturais de mercados já viciados, tais como as já utilizadas pelo direito antitruste, como é o caso do desinvestimento ou da troca compulsória do controle de empresas envolvidas em atos de corrupção.

Aliás, é importante ressaltar que o desinvestimento ou a troca do controle não apenas podem ser instrumentos eficazes para assegurar a alteração estrutural do mercado afetado pela corrupção, promovendo a entrada de novos agentes e oxigenando o mercado com novas práticas, como ainda assegura a manutenção da empresa e o cumprimento da sua função social. Daí por que é salutar a inclusão expressa, dentre as sanções previstas na Lei Anticorrupção, da alienação compulsória de controle, tal como previsto no recente projeto de lei apresentado pelo então deputado Raul Jungmann” (FRAZÃO, 2016).

acionistas, que muitas vezes são os efetivos orquestradores da conduta a partir da empresa como sua *longa manus*, alcançando mais diretamente o indivíduo causador do cartel que a firma como um todo. Essa é uma janela apontada pela doutrina para casos de condenação por cartel que não dependeria da existência de receitas de vendas disponíveis à época da exigibilidade da multa, evitando que o Poder Público ficasse à mercê de maquiagens contábeis<sup>140</sup>. A mistura de penalidade pecuniária e não pecuniária concernente ao apenamento do controlador deve ser vista com parcimônia, já que os controladores que são punidos no momento do julgamento do cartel podem não ser os mesmos que cometeram o delito. Por sua vez, se os novos administradores deram prosseguimento às táticas ilícitas dos antigos, não há isenção ou imunidade temporal que os abrigue da persecução antitruste (BUCCIROSSI; SPAGNOLO, 2005).

No direito brasileiro, esse tipo de medida poderia abranger algum tipo de discussão sobre desconsideração da personalidade jurídica. No entanto, poderia sim ser considerada no contexto do art. 38 da mesma lei no que se refere a penalidades cuja dissuasão deve extrapolar o faturamento do infrator e considerar a empresa sob seu aspecto social. A própria OCDE tem afirmado desde 2002 que a aplicação de sanções ainda é uma questão aberta diante da necessidade de obtenção de um suficiente efeito dissuasório (OCDE, 2002). As sanções não pecuniárias retratam uma das formas que o Estado tem de forçar a reorganização de mercados, inclusive quando o interesse público conflita com o interesse particular sobre uma determinada forma de organização industrial (FLIGSTEIN, 2001, p. 13). Mas a alienação de controle como expropriação deve ainda ser muito amadurecida antes de ser efetivamente um remédio antitruste para avaliar se os custos sociais não seriam mais altos que os benefícios da implementação da medida.

---

<sup>140</sup> “Um possível caminho para aplicar multas mais elevadas sem tornar a firma financeiramente insolvente é força-la a pagar a multa com a venda de ações com direito de voto ao invés de deixa-la escolher como vai pagar tal multa. A lei pode estabelecer, por exemplo, que, se uma firma é condenada por fixação de preços, todas as suas ações serão expropriadas e vendidas no mercado e a receita dessas vendas seria usada para pagar danos e multa. Uma via análoga para multar acionistas, menos dramática e possivelmente mais fácil de implementar sob a perspectiva legal, poderia ser a diluição de participações acionárias. Por exemplo, a lei poderia estabelecer que, se uma firma é condenada por fixação de preços (ou por outro crime), o número das ações de uma firma triplica e as novas ações – 2/3 do total das ações da firma depois da condenação – são vendidas no mercado por meio de um leilão transparente.

(...) Um benefício adicional desse tipo de política é que, mesmo que as multas sejam altas, é possível que a capacidade das firmas de continuar produzindo e competindo não é prejudicada. As firmas financiam a maior parte de seus investimentos e de sua produção por meio de lucros acumulados e contração de dívidas e somente uma mínima parte por meio de capital próprio. Uma multa sobre acionistas, do tipo descrito acima, não afeta diretamente os ganhos da firma nem sua capacidade de endividamento e, ainda, tem um efeito mínimo sobre a capacidade da firma de investir e produzir” (BUCCIROSSI; SPAGNOLO, 2005, tradução livre).

É possível desenhar algum tipo de intervenção na firma para alcançar os controladores e garantir a continuidade empresarial. No entanto, esse mesmo tipo de intervenção pode se transformar em punição quando se perceber a participação desses controladores no cartel como tomadores das decisões estabelecidas no acordo ilícito. É que os cartéis são normalmente realizados ou tolerados por executivos de médio e alto escalão, o que nem sempre é de conhecimento dos acionistas minoritários, e ofendem os mecanismos de governança da empresa. Isso porque, se os retornos dessas decisões são positivos, não haveria estímulo econômico para que esses executivos cessassem as atividades decorrentes do arranjo anticoncorrencial. Além disso, esses ganhos adicionais seriam repartidos em maior volume aos que detêm maior participação acionária, ou seja, o sobrepreço alcançado pela participação em um cartel é lucrativo para o majoritário em um nível maior que para o minoritário em razão da proporção das cotas detidas por cada um.

Por esses motivos, trocar ou afastar integrantes da gerência de uma firma pode ser uma alternativa eficiente no que se refere não apenas à punição, como também à não continuidade de um cartel, isto é, à cessação da conduta. Isso reflete a importância de se pensar mecanismos que alinhem o interesse público quanto ao combate a cartéis e o interesse privado na prevenção de participação nesse tipo de conduta ilícita, o que pode ser sintetizado na seguinte dúvida: o *enforcement* público contra indivíduos é mais eficiente que um sistema interno de monitoramento e punição? (BUCCIROSSI; SPAGNOLO, 2005).

Nessa tarefa, o Estado pode incorrer em duas armadilhas. A primeira delas é não considerar os custos impostos à atividade sancionada. Na verdade, a sanção pode representar um aumento dos custos de transação de um determinado setor, o que será repassado ao consumidor como uma forma de socialização dos custos da sanção. Em outras palavras, quem será sancionado pode ser o consumidor, ao invés do agente participante do cartel. A segunda armadilha é a incerteza quanto à extensão do *enforcement* em razão da dificuldade de se escolher quais casos serão (ou deixarão de ser) investigados e aptos a receber a repressão estatal direta, em uma perspectiva mais ampla, e de mensurar os danos causados ao consumidor em um caso específico (STIGLER, 1974).

A proibição de exercício de comércio, estágio extremo da cessação parcial de atividade preconizada no inciso V, é mais um ponto de aprimoramento de remédios. E esse ponto não foi primeiramente explorado pelo Cade, mas sim pelo Poder Judiciário por força de

incidente proposto pelo Ministério Público Federal com pedido de extinção de entidade de classe que facilitou cartel.

Segundo a sentença, a investigação administrativa não havia reunido indícios suficientes para se concluir pela existência de um conluio e discussão judicial residuiu no contraponto entre liberdade de associação e a regularidade da atuação de associação responsabilizada por facilitação de concertação no mercado de transporte de veículos novos (“cegonheiros”). O juiz entendeu que a associação “foi criada única e exclusivamente com a finalidade de regulação do mercado de transportes em proveito das – poucas – empresas que a compõem”, invocado a permissão processual<sup>141</sup> e constitucional<sup>142</sup> de extinção de sociedades com fins ilícitos. Complementou a argumentação com a assertiva de que a associação condenada “agiu em ofensa aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, realizando atividade ilícita com efeitos danosos ao mercado e à sociedade de um modo geral, gerando prejuízo ao consumidor”<sup>143</sup>.

Inovação ou não, esse é um remédio que não está previsto nos exemplos do art. 38 da Lei 12.529/11, mas cujo espírito pode ser depreendido, com ligeiras adaptações, da proibição de exercício de comércio prevista no inciso VI do referido dispositivo. Pode ser considerada estrutural se visto o potencial de alterar, no curso prazo, a quantidade ofertada e de migrar, no longo prazo, tal oportunidade de angariar consumidores para os demais agentes estabelecidos, remanescendo a mesma dúvida sobre a categorização do remédio como comportamental ou estrutural exposta no subtópico 4.1.5. Aqui, a livre iniciativa – em que inscrito o exercício de

---

<sup>141</sup> Art. 670 do Código de Processo Civil. A sociedade civil com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público.

Art. 1.218 do Código de Processo Civil. Continuam em vigor até serem incorporados nas leis especiais os procedimentos regulados pelo Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, concernentes:

VII - à dissolução e liquidação das sociedades (arts. 655 a 674).

<sup>142</sup> Art. 5º da Constituição. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XVII - é plena a liberdade de associação para fins **lícitos**, vedada a de caráter paramilitar (com grifos na transcrição feita na sentença).

<sup>143</sup> Conforme sentença proferida em 11/03/2016 na Ação Civil Pública 2002.71.00.028699-1. Esse processo judicial foi aqui destacado porque foi um dos casos em que houve remédios antitruste não aplicados – ou sequer ventilados – pelo Cade no momento da avaliação da contenda em sede administrativa. Apesar de o objeto da presente pesquisa não ser a forma de decisão do Poder Judiciário, é importante destacar que as técnicas e os fundamentos de decisão variam de acordo com o julgador e de acordo com o que ele considera como efeitos anticompetitivos a serem corrigidos e com a restauração que ele entende cabível. Nesse sentido, ressalta-se o considerável grau de discricionariedade da disciplina de remédios antitruste e como o estabelecimento de mitigação de excessos é importante na formatação da intervenção do Estado no domínio econômico.

comércio – pode fazer as vezes de liberdade de associação a fim de conceber algum tipo de alteração de incentivos de infratores personalizados como entidades de classe – associações, sindicatos, federações e confederações, por exemplo.

A ponderação de garantias constitucionais é sempre um tema delicado, especialmente quando se trata de canais originalmente concebidos para canalizar vozes dispersas na sociedade. A garantia da liberdade de associação tem o mesmo patamar hierárquico que a defesa da livre concorrência, dilema com o qual se depara o aplicador do direito se a entidade de classe mascarar anseios ilegais. E como tais direitos não são absolutos, existe uma margem de atuação em que o Cade poderia atuar.

O exercício de direito de comércio não é um direito absoluto e passível de usufruto por todos. Claro que “comércio” aqui é adaptado ao Código Civil de 2002 para se referir à atividade empresarial, suplantando o antigo conceito de comerciante e de atos de comércio da legislação revogada. Os servidores públicos não podem gozar dessa prerrogativa por proibição legal expressa<sup>144</sup>, à semelhança de policiais federais<sup>145</sup> e de membros do Ministério Público<sup>146</sup>, por exemplo. O foco nesses diplomas é a prevalência do interesse público sobre o privado e a priorização da continuidade da prestação dos serviços públicos, conferindo condições para que o agente público se dedique integralmente à sociedade.

Muitas vezes é o tempo que amadurece o observador e o capacita a julgar uma dada solução como ruim e o incentiva a romper a resistência à mudança para criar algo novo (ROTH, 2016, pp. 253-254).

### **4.3 Mercados Que Podem Vir a Precisar de Remédios – Num Futuro Próximo**

Existem situações no antitruste que merecem uma reflexão mais aprofundada em termos de cessação da conduta e de restauração do processo competitivo, seja porque a multa é insuficiente para mudar a vontade do agente econômico, seja porque a dinâmica de mercado fragiliza a voluntariedade em favor da concorrência.

---

<sup>144</sup> Art. 117 da Lei 8.112/90. Ao servidor é proibido:

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário.

<sup>145</sup> Art. 43 da Lei 4.878/65. São transgressões disciplinares:

XIV - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, salvo como acionista, cotista ou comanditário.

<sup>146</sup> Art. 44 da Lei 8.625/93. Aos membros do Ministério Público se aplicam as seguintes vedações:

III - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista.

Algumas dessas situações já foram enfrentadas em casos concretos e exploradas por alguns remédios aplicados em diferentes casos. Outras arquiteturas monopolísticas, porém, ainda não foram apreciadas pelo Cade em termos de remédio capaz de reorientar estruturas de mercado, muito embora haja semelhantes casos colusivos em investigação pela autoridade. Como a intenção do trabalho é discutir os fundamentos dos remédios, mesmo para aqueles que ainda não foram aplicados ou pensados pelo Cade, é importante salientar alguns desconfortos jurídico-econômicos que se avizinham na discussão.

Um remédio que precisa sair do forno deve realinhar os desincentivos para o cometimento de cartéis transnacionais que produzam efeitos no Brasil. Nesses casos, a aplicação da multa é inócua se a empresa não tiver ativos sediados em território nacional porque a penalidade pecuniária será de difícil exigibilidade em caso de não pagamento voluntário. A provocação judicial para a constrição patrimonial dos condenados via processo de execução (atualmente chamado de cumprimento de sentença) não encontrará bens para penhora e conseqüentemente dependerá de cooperação internacional para que o poder dissuasório da multa seja plenamente atendido. Há aqui, então, duas dificuldades: a cooperação e o aspecto internacional em si mesmo.

No primeiro aspecto, o aumento de mecanismos internacionais de cooperação sem dúvida incrementaria em proporções consideráveis a dissuasão a cartéis: a celeridade no processamento de colusões extraterritoriais e a troca de informação entre autoridades de diferentes países sem dúvida faria a diferença na persecução desses ilícitos e fortaleceria os regimes concorrenciais dos cooperadores (SANTOS, 2016, pp. 156-161). Acontece que o insulamento das autoridades tem alongado a persecução e diminuído o potencial de reduzir a assimetria de informação em casos de cartéis transnacionais.

Uma das razões desse isolamento reside na legislação interna. As soberanias dos países geralmente são inatingíveis de sorte que a execução de penalidades em um determinado país depende de tratados para formalizar a boa vontade mútua e assegurar a eficácia de cartas rogatórias. Como a execução de remédios, mesmo sem serem pena, também perpassa pelo mesmo trâmite das sanções no que toca à autoexecutoriedade, à legitimidade e à funcionalidade, a dificuldade de execução além-fronteiras remanesceria também para os remédios antitruste.

As investigações de cartéis transnacionais passam por óbices já na sua origem com a dificuldade de chamamento ao processo de indivíduos e empresas sediados em solo estrangeiro, porém que tenham cometido ilícitos puníveis pela lei brasileira. A legislação de alguns países impede a divulgação de informações pessoais de endereço sem a autorização do indivíduo, v.g. China e Coreia do Sul, ou estabelecem leis de bloqueio que vedam integralmente qualquer liberação de informação, ainda que consentida. Se o próprio endereço para notificação do investigado não é liberado, quiçá a realização de procedimentos executórios que tenham algum tipo de ingerência na esfera patrimonial de cidadãos de outros países. Ao fim, algumas situações de demora ou de impossibilidade de prosseguimento das investigações acabam dependendo de cortesia internacional (*comity*) (SANTOS, 2016, pp. 164-178).

A multa, portanto, por mais elevada e dissuasória que seja, não alcançará o infrator porque não poderá dele ser exigida. O remédio não terá destino diferente que não a espera pelas vias diplomáticas para produzir seus efeitos, se superado o requisito da territorialidade para determinação de certos tipos de remédios. Já dizia Rui Barbosa que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade” (BARBOSA, 1999, p. 40) e, nessa mesma toada, um remédio demorado nada remedia porque nada mais tem a remediar. Os fatos já podem ter mudado, o produto pode ter se tornado obsoleto, o consumidor pode ter encontrado um substituto mais eficiente, enfim, elementos supervenientes podem impactar na atualidade dos remédios e conseqüentemente na sua eficácia.

Nesse contexto, o cartelista não terá qualquer estímulo de alterar seu comportamento em virtude da impunidade que lhe é assegurada por barreiras diplomáticas. Eis, então, uma oportunidade de se pensar em medidas para evitar que o transgressor dê continuidade às práticas lesivas à livre concorrência, entre as quais proibir o exercício de comércio no Brasil ou de detenção de participações societárias em empresas sediadas em território nacional. Novamente, essa é uma medida que retira do infrator seu principal instrumento de prática do ilícito e não depende de terceiros para produzir efeitos:

A indução de comportamento na direção do interesse público em um complexo setor de atividades depende de visão abrangente sobre o passado do setor e sobre a sua forma específica de ser, algo que somente possível de se exercitar por estruturas

especializadas e estruturadas para a função de acompanhamento *pari passu* das alterações conjunturais (ARANHA, 2014, p. 42).

Outro fator que abala a eficácia do alcance internacional da política de combate a cartéis é a ausência de confiança. A falta de proximidade e diálogo é uma constante entre técnicos e membros da autoridade dos países processantes. Os acordos de cooperação ainda preveem elementos pouco úteis às investigações e têm alguma dificuldade de positivar a cultura de concorrência e confidencialidade de seus signatários. Esse ruído de comunicação internacional tem sido bastante útil aos cartelistas, que se aproveitam dessa falta de alinhamento para aprimorar suas estratégias colusivas<sup>147</sup>.

Em mercados que contêm inovação, discussões de remédios se tornam ainda mais atuais e exuberantes porque envolvem estruturas que não possuem paralelos com os conceitos clássicos relacionados a oferta e demanda. A inovação dos últimos anos tem trazido cenários de mercado pouco previsíveis e tem contribuído para o crescimento econômico das nações, não obstante os utensílios tecnológicos terem rapidamente se alastrado no dia-a-dia do consumidor. Além disso, o processamento do grande aglomerado de dados tem sido crucial para a tomada de decisões no âmbito dos negócios. Ademais, os custos de entrada e implementação, geralmente afundados, representam praticamente todo o negócio em razão das elevadas economias de escala caracterizadoras desses mercados. Os custos marginais deles são muito próximos de zero, pois não seria dispendioso disponibilizar a tecnologia para um cliente adicional em virtude dos efeitos de rede potencializados pelo avanço da internet e das comunicações.

A importância da inovação é a contestabilidade – ou a falta de contestabilidade – do mercado trazida com ela, de sorte que os agentes precisam investir em se adequar aos novos padrões de produto ou produção a fim de se manterem competitivos em um dado mercado, trazendo-lhes mais custos e menos rentabilidade (ao menos em um primeiro momento). Os mercados com inovação, portanto, acabam recebendo uma arquitetura única, adaptável e com

---

<sup>147</sup> Pode-se considerar que a ausência de mecanismos de cooperação bilaterais possibilita a adoção de cartéis *à la carte* pelas empresas. Significa dizer que as empresas podem se valer da ausência de mecanismos de persecução como estratégia de sofisticação para o cometimento de uma conduta cartelizada em um determinado território, o que deixa os países, em que não haja legislação antitruste, uma posição muito delicada, pois nem sempre há incentivos por parte de países que possuem legislação antitruste mais avançada de estabelecer instrumentos jurídicos de cooperação para com esses países (SANTOS, 2016, pp. 164-165).

elevado potencial de criação de valor<sup>148</sup>. Consequentemente, o potencial de desestabilização de estruturas decorrente da inovação também é formidável.

Os mercados são criados e extintos por causa da inovação e também independentemente da inovação. Algumas tecnologias são sim sobrepostas a outras e, com o tempo, um produto sai do mercado para dar lugar a outro. No entanto, há outras tecnologias que simplesmente constroem novos nichos sem essa necessária substituição: é o caso da não extinção do comércio de livros usados com o advento do *e-book*, por exemplo. Por um lado, a internet acabou transformando alguns mercados tipicamente regionais em mercados globais, permitindo que produtos com idênticas funcionalidades tenham seu espaço (MCMILLAN, 2002, cap. 2). Por outro lado, a internet pode ser fonte de manipulação de mercado por meio de uma competição velada para fins de alavancar outros mercados (HAUCAP; HEIMESHOFF, 2014; RATLIFF; RUBINFELD, 2014).

O volume patentário tem sido crescente diante de constantes esforços de pesquisa e desenvolvimento na sociedade contemporânea. O afastamento do *free riding* e a proteção do investimento nesses recursos são pontos fortes de estudo na seara antitruste no sentido de aprender como a propriedade intelectual pode ser artificialmente imposta como barreira à entrada em mercados ou como criação de dificuldades a concorrentes já estabelecidos. O

---

<sup>148</sup> “Definimos uma inovação RBM [modelo varejista de negócio – *retail business model*] como uma mudança que vai além da prática atual de um ou mais elementos em um modelo de gestão de revenda (i.e., formato de revenda, atividades e governança) e suas interdependências, modificando a lógica organizacional do revendedor para a criação de valor e a apropriação. Primeiro, essa definição implica na conclusão de que inovações em modelos de negócios de revendedores são mudanças em todo o sistema: mesmo que uma mudança possa influenciar em apenas um elemento do modelo de negócios, ela também inicia mudanças em outras partes do sistema. De fato, uma mudança isolada em um dos elementos do modelo de negócios que não afeta os outros elementos pode ser uma inovação de revenda, mas não seria considerada uma inovação de RBM. Em segundo lugar, o aspecto fundamental da inovação do modelo de negócios é que se pretende alterar materialmente a criação de valor da firma ou a lógica de apropriação. Ademais, focar nas mudanças potenciais à criação de valor e/ou à lógica de apropriação é uma lente crítica para examinar e classificar a inovação no modelo de negócios. Tal foco ajuda gestores a estabelecer expectativas de receita e avaliar a performance da firma pela implementação da inovação no modelo de negócios. Em terceiro lugar, tomamos a perspectiva de que, para uma mudança ser qualificada como inovação no modelo de negócios, tal mudança deve ser um método de condução de negócios que ainda não foi implementado na prática no momento de introdução da mudança. Em outras palavras, tal inovação embute formados “novos para o mundo”, atividades, mecanismos de governança e as interdependências entre tais mecanismos.

(...) Os exemplos acima descrevem como revendedores tem tradicionalmente melhorado a eficiência de suas operações atuais sem mudar significativamente seus modelos de negócios. Alguns revendedores, no entanto, encontraram formas de aumentar a eficiência ao repensar completamente suas operações, com consequências para todos os elementos do modelo de negócios. Esses revendedores tomaram o risco calculado de apresentar um novo paradigma a seus consumidores, um em que a variedade do produto, a estratégia de precificação ou até mesmo o formato da loja podem ser completamente diferentes das atuais práticas familiares aos consumidores” (SORESCU et al., 2011, tradução livre).

fomento à inovação, portanto, pode ser uma ameaça a colusões, que lutam contra a desestabilização causada pela possibilidade de criação de bens substitutos àqueles que são objeto do cartel<sup>149</sup>. Nesse contexto, a autoridade deve prestar atenção a esses mercados e adequar incentivos para que a facilitação da entrada de novos produtos seja mais uma ferramenta de dissuasão de cartéis.

O incentivo à inovação pode ser manipulado por cartéis para lidar com rendimentos decrescentes ou retardar a comercialização de produtos mais modernos com uma estratégia de obsolescência planejada (*planned obsolescence*)<sup>150</sup>, assunto este que voltou recentemente à tona com a polêmica da diminuição intencional da velocidade de *smartphones* em atualizações de *software*<sup>151</sup>. O primeiro cartel em que a obsolescência foi uma estratégia efetivamente pensada de que se tem notícia é datado da década de 20 e tinha escopo mundial para o controle de fabricação de lâmpadas elétricas menos duráveis. O cartel impedia a comercialização de lâmpadas com mais horas de vida e o controle das patentes pelos membros da colusão foi crucial para que a não entrada da nova tecnologia desse certo (ESTADOS UNIDOS, 1949). Esse tipo de atuação coordenada tem por escopo a criação de demanda de substituição dos produtos, garantindo um mercado cativo e evitando a superação do produto dos cartelistas por outros mais eficientes. Dado esse contexto, seria difícil vislumbrar um remédio que restaurasse a situação pré-cartel, pois o *status quo ante* não é de simples reversão.

Ocorre que a mera aplicação de multa, nesse caso, apenas recortaria parte dos ganhos do cartel, mantendo a lesão de forma perene na sociedade. Muitos consumidores não tiveram

---

<sup>149</sup> “Concorrência e inovação são altamente sensíveis à estrutura de mercado. Mercados tendem a forçar os preços a patamares próximos ao custo quando tais mercados possuem um grande número de vendedores, mas economias de escala podem limitar o quão pequena uma firma eficiente pode ser. Uma vasta literatura discute a relação entre estrutura de mercado e competitividade de mercado ou a relevância da estrutura na avaliação de práticas competitivas. Hoje o consenso é relativamente forte, mas no passado demos à estrutura de mercado mais importância que ela merecia. No entanto, questionamentos estruturais ainda são essenciais para identificar mercados capazes de serem monopolizados, firmas dominantes, restrições verticais com potencial anticompetitivo, *joint ventures* anticompetitivas de concorrentes, operações que podem aumentar preços ou mercados particularmente suscetíveis a colusão” (HOVENKAMP, 2013, tradução livre).

<sup>150</sup> Adota-se o conceito de obsolescência planejada como o complexo de técnicas utilizadas para limitar artificialmente a durabilidade de um bem manufaturado com a finalidade de estimular o consumo repetitivo (SLADE, 2006, p. 5).

<sup>151</sup> No final de 2017, reportagens no Brasil e no mundo noticiaram estratégia da empresa Apple de desacelerar telefones antigos para incentivar o consumidor a comprar novos modelos mais rapidamente. Segundo a empresa, a lentidão devia-se a pequenos erros de software e ao envelhecimento de baterias. Tal estratégia ensejou, inclusive, um pedido público de desculpas da empresa e a concessão de descontos aos clientes para comprarem novas baterias (EFE, 2017; FOXX, 2017).

a chance de escolher um produto mais eficiente e mais barato no longo prazo porque fornecedores de produtos substitutos atuaram para retardar a circulação de lâmpadas mais duráveis no mercado. E como o produto já está ultrapassado, a cessação da conduta ocorreu por um fato consumado e não pela vontade do cartelista de colaborar com a pacificação social. Além disso, ele terá a oportunidade de fornecer exatamente o produto contra o qual ele se opôs.

A tecnologia traz desafios à economia e às políticas públicas, quebrando paradigmas antigos e trazendo uma nova roupagem a típicos acordos entre concorrentes característico dos cartéis e ao falseamento da competição com modernos instrumentos de propriedade intelectual e inteligência artificial, por exemplo. A criação de monopólios tem sido freada pela tecnologia e a economia se beneficia da inovação quando alteram estruturas classicamente sedimentadas ou criam novos mercados – tais como os produtos da Apple ou a arquitetura aberta da Intel e da Microsoft (FLIGSTEIN, 2001, pp. 72-74 e 223; SORESCU et al., 2011). Por isso, usar remédios tradicionais para estruturas de mercado não tradicionais seria um contrassenso e, ademais, “a política pública setorial depende, portanto, do conhecimento setorial para produzir regramentos viáveis” (ARANHA, 2014, p. 42).

A possibilidade de “robôs” ditarem e uniformizarem preços com vistas à clássica maximização de utilidade do agente econômico já é uma realidade e está sendo explorada por estudiosos e empresários (EZRACHI; STUCKE, 2015; THE ECONOMIST, 2017, FINANCIAL TIMES, 2017; PRILUCK, 2015). Os mercados e negócios *data-driven* também tem ganhado cada vez mais espaço na economia – e também nos abusos de posição dominante (STUCKE; GRUNES, 2016, pontos 1.02 e 1.03).

Como o antitruste responderá quando a decisão não for mais tomada por humanos e sim por máquinas?<sup>152</sup> O antitruste possui ferramentas para lidar com problemas de *big data*?

---

<sup>152</sup> “Ferramentas de *software* já existem para auxiliar firmas a otimizar seus preços para alcançar níveis de venda, volume, lucro e objetivos de preço. Modelos de soluções de *software* cada vez mais sofisticados e projeções de interdependência entre oferta e demanda para prever preços de mercado para commodities e, por sua vez, propõem – e executam – estratégias de precificação. Ao mesmo tempo, o campo nascente de otimização da cadeia de demanda – o lado negativo do campo mais familiar de gestão da cadeia de suprimentos – está tentando utilizar *softwares* e algoritmos matemáticos para gerir proativamente o impulso da demanda do consumidor e seus efeitos na firma e nos fornecedores.

Firmas, agora, já cedem decisões de precificação a ferramentas de *software* repletas de algoritmos que monitoram oferta e demanda. Vendedores-robô não são mais usados para vender serviços e produtos intangíveis.

A capacidade das máquinas de aprender as preferências do consumidor praticamente a cada segundo, e até mesmo individualizá-las, suscita um novo desafio de combate a cartéis e alerta a comunidade de defesa da concorrência quanto à necessidade de releitura de antigos conceitos e instrumentos de *enforcement* (MEHRA, 2016). Por um lado, as atuais ferramentas do antitruste não são suficientes para compreender os negócios orientados por *big data* muitas vezes porque a análise de precificação ainda é uma cultura muito forte na política de defesa da concorrência (STUCKE; GRUNES, 2016, pp. 4-5, 109-110, 124-125 e 232-255). Por outro lado, ignorar o impacto do *big data* nos mercados em que ele existe causa ainda mais dano que a conduta por si só causaria (STUCKE; GRUNES, 2016, pp. 251-254). E, novamente, a interdisciplinaridade deve ser resgatada a fim de que os vários lados do problema sejam identificados e apreciados, inclusive aqueles relacionados a características não ligadas a preço (STUCKE; GRUNES, 2016, pp. 113-115).

A discussão de remédios no setor de tecnologia e algoritmos já começou, apesar de enfrentar óbices práticos e jurídicos desde seu início. Primeiramente, é difícil se conseguir um grau satisfatório de neutralidade nas buscas e nas respostas das buscas ao aprendizado das preferências do consumidor. Em segundo lugar, a adequação da regulação de algoritmos aos regimes constitucionais dos diversos países ainda está em construção, seja pelo viés da proteção do segredo de negócio inserido no próprio algoritmo, seja pelo viés da compreensão dos impactos anticompetitivos dessa tecnologia disruptiva, se existentes (CANDEUB, 2014). Além disso, a capacidade de aprendizado dos algoritmos é um considerável direcionador de preferências, o que influencia na estrutura do mercado e na captação de potenciais consumidores (STUCKE; GRUNES, 2016, pp. 23-28).

Ao lado da própria cessação da conduta ou da mitigação de falhas de mercado causadas por algoritmos está a presunção de que a responsabilização é também um nicho a ser explorado. A uma, porque a avaliação tradicional do requisito da culpa pode passar por revisão, tendo em vista que o algoritmo, de fato, trabalha para alguém e a pergunta remanescente é qual a extensão da supervisão devida por esse alguém. Discute-se até que ponto o controle da ação humana é automático e involuntário e até que ponto é consciente e deliberado, balança em que a dimensão da culpabilidade tende a oscilar. A duas, a

---

Tais robôs são cada vez mais usados para vender produtos do mundo físico, tais como cereais e máquinas fotográficas, em lojas virtuais e em conjunto com lojas físicas” (MEHRA, 2016).

responsabilização pelo autoaprendizado desses algoritmos também é uma questão legal a ser enfrentada diante de um cenário em que o agente econômico passa a assumir os riscos e os consectários dos efeitos produzidos pela inovação.

A clássica concepção de que as preferências do consumidor podem variar com a introdução de produtos com inovação a eles agregada seria revisitada, já que tais algoritmos seriam capazes de absorver essas oscilações e apresentar uma pronta resposta. Além disso, a “tentativa e erro” natural nos mercados para buscar o equilíbrio entre oferta e demanda também poderia ser diminuída pela inteligência artificial. As tendências comportamentais tradicionais relacionadas a hábitos e custos podem quebrar as presunções econômicas tradicionais sobre racionalidade e utilidade.

Está-se aqui diante de divergência considerável na formação de decisões. No paradigma econômico clássico de maximização de utilidade, o bem-estar do agente econômico seria o objetivo a ser perseguido com base na decisão mais racional possível. Ocorre que a economia comportamental trouxe evidências de que nem sempre todos os custos existentes são envolvidos nas decisões dos agentes e, portanto, a análise de custo-benefício não seria plena. Por sua vez, a inteligência artificial teria o condão de reduzir essa assimetria de informações e ponderar os custos de oportunidade em um patamar tal que a precificação a ser formada pelo algoritmo seria a mais racional possível a partir dos dados disponíveis de oferta e demanda. Nesse sentido, a sensibilidade empresarial daria lugar ao cálculo de riscos realizado pela tecnologia.

A regulação do Estado ainda não está plenamente preparada para o impacto dessas novas tecnologias no mundo real – e pode ser que nunca esteja – e não sinaliza corretamente como as ferramentas de busca podem se comportar de maneira anticompetitiva. Vale aqui o alerta de Ana Frazão no sentido de que “a discussão sobre inovação requer necessariamente uma adaptação das premissas e mesmo da metodologia da análise antitruste tradicional, a fim de que uma série de aspectos nem sempre quantificáveis ou suscetíveis de mensuração possam ser considerados” (FRAZÃO, 2017, p. 59).

Por um lado, práticas anticoncorrenciais estão presentes na organicidade topológica dos resultados de busca na rede mundial de computadores, o que tem o potencial de excluir ou prejudicar agentes econômicos. Por outro lado, a lealdade do consumidor a poucas ferramentas de busca confere a grandes portais de internet poder para alterar o equilíbrio de

mercado em cadeias produtivas que sequer fazem parte do portfólio de bens por elas ofertados. Esses tipos de distorções mereceriam uma atenção mais crítica a título de intervenção no domínio econômico, porém, a miríade de consequências jurídicas decorrentes da aplicação de remédios nesses setores de tecnologia ainda é uma barreira significativa ao desenho e à implementação de medidas pró-competitivas mais consistentes (CANDEUB, 2014).

Aparentemente, a ingerência estatal em mercados relacionados a tecnologia pode estar com os dias contados. A nova economia não precisará da intervenção estatal para regular mercados, escolher tecnologias a serem implantadas ou fazer investimentos. Mercados com retornos crescentes de escala deixam para trás cálculos de custo-benefício atrelados a custo marginal e passam a contar com a corrida pelo *first move*, ou seja, pela fidelidade do consumidor com a tecnologia e conseqüentemente com uma gama de produtos a ela relacionados.

Quando a firma consegue sua própria estabilidade, dificilmente precisará recorrer a meios externos – tais como cartéis – para obter estabilidade. Nem é preciso dizer que a incerteza, nesses casos, aumenta exponencialmente porque não se pode prever exatamente quando e como uma inovação ingressará na economia (FLIGSTEIN, 2001, pp. 70 e 223-227). Essa mudança cultural afetará também a formação de cartéis, a persecução da autoridade antitruste e o modo pelo qual o Poder Público futuramente olhará para os mercados.

#### **4.4 Conclusão**

As reflexões trazidas neste capítulo serviram para demonstrar que a ingerência na estrutura de mercado não é realizada unicamente pela venda de ativos, apesar de o desinvestimento ser “o” remédio estrutural por excelência.

A primeira ideia do capítulo foi discutir os remédios trazidos pelas decisões do Cade, em que se notou que o Poder Público deve ter atenção em todas as etapas de desenho e implementação de remédios. Nos remédios já aplicados, viu-se que a motivação é a chave para aumentar a certeza da efetividade do remédio e que a compreensão do funcionamento do cartel é importantíssimo para se escolher o meio dissuasório menos custoso à sociedade. Os incentivos de cada agente econômico são a espinha dorsal para quebrar o ciclo vicioso do cartel.

O passado serve para aperfeiçoar o presente e direcionar o futuro, inclusive no que se refere à sinalização inscrita nos remédios antitruste em cartéis. Existem muitos tipos de conduta que são constantemente objeto de apuração pelo Cade, mas que ainda não ganharam o desestímulo correto para que outras congêneres saiam da agenda de investigações do Cade.

A segunda ideia do capítulo foi sugerir temas que rondam as investigações do Cade, mas que ainda não foram expressamente enfrentados no sentido da necessidade ou não de remédios. Em relação a assuntos futuros, há mercados emergentes que já se revelam problemáticos em termos de garantia da livre concorrência porque os incentivos que nascem com eles parecem viciados desde a origem. A contestabilidade em setores sujeitos a inovação requer padrões de análise distintos daqueles utilizados pelos cartéis clássicos porque a formatação de vontades e de transações é diferenciada. Nesse sentido, remédios triviais podem não ser efetivos para mercados cujos funcionamento e propensão a colusão não são similares a outros tradicionalmente submetidos ao escrutínio do Cade.

A terceira ideia do capítulo, por sua vez, trouxe a lume os muitos desafios que ainda estão para ser apresentados ao Cade em sede de controle repressivo e, conseqüentemente, de desenho de remédios antitruste. A funcionalidade de bens e serviços tem sido alterada dia e noite com saltos tecnológicos cada vez maiores e mais relevantes. A configuração dos mercados tem sido alterada pela internet, que reinventa dinâmicas de mercado que pareciam esquecidas ou obsoletas. E é para lidar com esses problemas que a compreensão da funcionalidade pode ser mais útil que a mera repetição de soluções já adotadas em outros casos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A visão maniqueísta de que a intervenção do Estado resulta sempre em limitação de direitos é perfunctória e irreal. O Estado não é um ator isolado e plenipotenciário do bem comum: ele atua com e ao lado do mercado a fim de sustentar a igualdade de condições que fundamenta a própria concorrência. E, em defesa dessa concorrência, a simbiose entre Estado e mercados não pode ser ignorada ou suplantada por conceitos simplistas e polarizados.

A via de dois lados que liga Estado e mercados é pressuposto inegável ao mundo econômico e constitui uma fabulosa retroalimentação regulatória. Regras são criadas, regras são excluídas e regras dão também espaço a novas regras. Atores econômicos aproveitam-se desse ciclo para lidar com estruturas mais estáveis e com menos perdas. E dessas regras nascem os remédios, muito utilizados na defesa da concorrência como intervenção pontual para corrigir falhas específicas com que nem sempre o mercado, sozinho, é capaz de lidar. Mais que uma nomenclatura na seara antitruste, os remédios se destinam a curar ou a aliviar um “mal” que não sara.

A assunção de remédios como medidas corretivas e restaurativas retira da multa o pesado fardo de, sozinha, ter de abraçar totalmente o efeito dissuasório da política de defesa da concorrência. Os remédios assumem os comportamentos individuais e corporativos como basilares para redefinir prioridades e ressignificar trocas sociais.

A disciplina de comportamentos é um aspecto regulatório do direito da concorrência. E, como tal, refere-se à posição do Estado em auxiliar os mercados a se aproximar de sua máxima eficiência, corrigindo o passado, evitando a reincidência e contribuindo para a pacificação social. Para essa atividade, os remédios antitruste devem ser motivados a fim de conferir a devida transparência e propiciar o controle social das intervenções ora realizadas ou realizáveis.

Ocorre que analisar infrações unicamente pelo parâmetro da maximização da utilidade e da eficiência econômica pode ser uma armadilha incontornável. No caso dos cartéis, que são ilícitos mais duradouros, há maior paciência dos infratores em aguardar uma janela de oportunidades para voltar à ativa. Por isso, ignorar o passado de cada colusão é um equívoco que não pode ser cometido, pois o parâmetro de fidelidade conjunta pode resistir ao tempo e a estratégias imediatistas.

Modelos econômicos ditos perfeitos deixam de lado tanto a história do cartel quanto os sinais que ela emite em relação a incentivos e expectativas alinhadas entre concorrentes. E esse legado não é meramente retórico, pois contribui para compreender como a infração chegou naquele ponto e, por conseguinte, como ela pode ser desconstruída. Nesse sentido, a colusão mais robusta é aquela que alia diretivas econômicas ao aspecto sociológico da colusão: os lucros monopolísticos podem ter menos valor que os laços formados entre os cartelistas em prol da não agressão.

O Poder Público desenha os remédios antitruste para modelar o mercado com intervenções preponderantemente comportamentais ou preponderantemente estruturais, muitas vezes até em um misto dessas duas vertentes. Apesar do grande esforço de conceber e justificar os remédios em um determinado caso concreto, não há “fórmula mágica” para se definir qual e como seria a melhor atuação do Estado na correção das falhas. Por pressuposto lógico, não há como se antever a efetividade do remédio sem que ele produza efeitos: há a possibilidade de prevê-la, todavia.

Em outras palavras, não existe uma “receita” para se fabricar remédios e a repetição pura e simples da solução de outros casos similares não atende às especificidades materiais e temporais de cada hipótese. Nesse sentido, os remédios devem seguir princípios gerais de desenho e justificação que os legitime e que permita que qualquer um reconheça que tais remédios atenderam plenamente aos ditames constitucionais. Tendo a proporcionalidade como estrela-guia e o nexos causal demonstrado, os remédios devem ser claros, transparentes, factíveis, realizáveis, mais benéficos que socialmente custosos e não podem repassar o problema de um mercado para o outro.

A política antitruste, assim como qualquer outra política pública, está sujeita a erros e acertos de seu formulador – até porque não se sabe ao certo o resultado da política tampouco o resultado da ausência da política. Isso não é um mérito ou demérito e sim o resultado da aplicação e interpretação da lei, assim como da ampla gama de resultados dela decorrentes. Os remédios antitruste são parte dessa política e também estão sujeitos, ainda que marginalmente, a imprecisões: afinal, mercados são imperfeições criadas pelo ser humano, também imperfeito. Contudo, são esses erros e acertos que aquilatam o debate e aperfeiçoam a política, construindo conceitos e análises cada vez melhores e mais condizentes com a realidade.

Acertos e desacertos erigem situações de avaliação e crítica da política de combate a cartéis, construindo novos caminhos, jurisprudenciais e legislativos, e deixando de lado as vias menos exitosas. Esse sistema de retroalimentação de concepções de controle e de sistemas de governança deve se perpetuar inclusive para a modelagem de mercados e das regras desses mercados. Afinal, é assim que a humanidade evolui. Foi assim, por exemplo, com a implementação do controle preventivo em 2011, em que se exigiu das empresas que fosse dada a autorização pelo Cade antes da consumação da operação. Esse *loop* contínuo de respostas a novas demandas e novas oportunidades é exatamente como a arquitetura de mercados deveria trabalhar em prol da melhoria dos próprios mercados:

A lógica subjacente ao nosso modelo pode ser exposta de modo simples: quando problemas e novas circunstâncias surgirem, firmas e outros atores do mercado pressionarão organizações governamentais, incluindo legisladores e tribunais, por regras para governar mercados. Tendo em vista que essas organizações respondem a demandas, novas oportunidades para expandir mercados emergirão. Se atores do mercado adaptarem suas atividades para explorar essas novas oportunidades, então o *loop* de *feedback* está completo e um novo ciclo começará. Um mecanismo pelo qual o “market-as-field” e o “political domain-as-field” é dinamicamente constituído, com o tempo, através da interligação entre esses e outros *loops* de *feedback* (FLIGSTEIN; SWEET, 2002, tradução livre).

Ao exercer o papel de regulador, o Cade age em campo cinzento, tendo de preservar o princípio constitucional da livre concorrência em meio a um mar de informações assimétricas. Diante dessa incompletude informacional, a decisão final corre sim riscos de não ser plenamente acertada e também conta com o potencial de não estar integralmente equivocada. Outra razão para tanto é a imperfeição das regulações, que não possui fórmula explícita e específica para atender aos problemas reais e conciliar os direitos de propriedade e as relações de mercado. Parte do problema tem de ser resolvido pelo próprio mercado a partir da sinalização do Cade e da janela de oportunidades que a decisão antitruste abrirá assim que exarada. Essa solução passa pela reciclagem das regras existentes e pela incorporação de novas regras resultante do preenchimento de lacunas a respeito de novos contextos e novos horizontes.

Discutiu-se como a punição como único instrumento de combate a cartéis é um parâmetro obsoleto de disciplina de comportamentos e como a persuasão pode ser um instrumento interessante de construção de consensos e de política pública. A dissuasão pela via exclusiva da multa perdeu muito espaço para a percepção de como os custos de transação podem estar envolvidos em uma interação concorrencial. Esses custos elevam a já alta

incerteza arraigada nas relações interpessoais, prejudicando a previsibilidade dos atos empresariais lícitos e abalando estruturas e estratégias sólidas e duradouras.

A punição nem sempre é vista pelo empresário como custo de oportunidade suficiente para justificar a alteração de comportamento em prol do adimplemento da lei. Muitas vezes, a própria punição é precificada e incorporada no custo de funcionamento de um cartel, isto é, o sobrepreço eventualmente estabelecido para aquela prática anticompetitiva já conta com o pagamento da multa que adviria de uma possível detecção da conduta pelo Poder Público. Quando a infração é cometida, a via legal e a via ilegal são ponderadas pelo agente para escolher qual caminho lhe é mais rentável e qual o risco ele desejará assumir, considerando também a cultura que circunda o infrator. A persuasão pela via dos remédios traz um novo panorama dissuasório quando embute alterações estruturais necessárias à cessação da conduta e ao retorno do *status quo ante*, desde que competitivo. A premissa de que o infrator não pode permanecer com o objeto do ilícito traz novos elementos a eventual análise de custo e benefício de se adotar ou não um determinado comportamento: a assimetria de informações pode militar tanto contra o Poder Público quanto contra o particular na medida em que o infrator não consegue prever com razoável segurança qual seria o remédio suficiente para cessar da conduta, sob a perspectiva estatal e com base em informações de que o particular não dispõe.

Historicamente, os remédios têm maior tradição na apreciação de atos de concentração. O controle repressivo ganhou mais atenção graças ao surgimento de cartéis mais duradouros, institucionalizados ou aptos a arraigar sua estrutura tão profundamente em um determinado mercado que qualquer multa aplicada não seria capaz de parar a conduta. Entendeu-se, então, que o segredo de uma política eficiente de combate a cartéis passava pela compreensão de como funcionam os incentivos de se continuar coludindo. O conhecimento desses elementos reduziria a assimetria de informações e, acima de tudo, ajudaria a desenhar um remédio que afetasse, de fato, o empresário naquilo que lhe é mais caro, que é a estrutura ilicitamente construída pelo cartel.

Aproveitou-se a oportunidade para sistematizar os princípios que devem reger o desenho e a implementação de remédios e a ausência de exigência legal de vinculação dos remédios a apenas casos em que houve cominação de multa por ilícito anticompetitivo. Abordou-se como a clareza e a viabilidade das medidas não-pecuniárias são essenciais para

efetividade da intervenção estatal na busca da correção da conduta e do restabelecimento do processo competitivo. Discutiu-se como o nexos de causalidade está atrelado à difusão dos efeitos pró-competitivos dos remédios e como a intervenção em um caso pode servir de exemplo para dissuadir outros cartéis que estejam em andamento ou em formação. Enfatizou-se que os remédios antitruste não seguem uma fórmula única e perfeita para todos os casos e não se deixou de lado o papel da proporcionalidade em busca de evitar excessos e garantir o espírito competitivo defendido na Constituição Federal de 1988. Afinal, o pano de fundo de todo o trabalho é o de que não há princípios absolutos e, por isso, a livre iniciativa de um agente deve sim ser restringida pela livre iniciativa de outro agente para garantia da livre concorrência.

Todos os cartéis precisam de remédios?

Não, com base na postura assumida no presente trabalho. Os casos de remédios precisam ser elegíveis a uma dissuasão diferenciada, o que deve ser devidamente justificado na decisão que os adote a título de flagrante gravidade e interesse público.

O Cade apontou alguns casos de cartel para aplicação de remédios entre os vários cartéis já condenados na vigência da Lei 12.529/11. Os remédios antitruste também foram aplicados em alguns acordos de investigação de cartel, o que tendeu a seguir a mesma lógica do desenho de remédios das decisões de condenação. O recado central emitido por esse conjunto de precedentes é que o infrator não poderá continuar gozando do produto objeto do ilícito, não significando, todavia, que o Estado vá confiscar tal objeto. A ideia do desfazimento é rechaçar o sentimento reinante de que “o crime compensa” e mudar o olhar do empresário para as situações detectadas pelo Cade, incentivando uma colaboração, ainda que apenas com a mudança de regras internas de atividade.

A medida estrutural tendente a desestabilizar cartéis conta com a alteração das regras formais e informais construídas pela colusão e pelos demais agentes econômicos que não fazem parte da conduta ilícita. Os direitos de propriedade, os esquemas de governança, as regras de intercâmbio e as concepções de controle modelam as arenas de interrelação entre compradores e vendedores e, quando esses quatro elementos são ditados por um cartel, a chance de eles serem desfeitos apenas com o poder da multa é bastante reduzida.

Estratégias de concorrência dificilmente são queridas por agentes econômicos: fomentar a concorrência é aumentar seus custos de tempo, esforço e dinheiro no processo de fazer negócios com a localização de potenciais clientes, melhoria da qualidade do bem transacionado, monitoramento de estratégias independentes, solução de disputas com concorrentes ou clientes, construção de elos de confiança e reputação, entre vários outros elementos da vida comercial. Menos desejável ainda é a constatação de que a balança de poder esteja em seu desfavor. Lidar com a competição pode ser mais valoroso que ser vítima da falta dela e é com base nessa brecha que a autoridade antitruste pode começar a desbravar horizontes frutíferos.

Ainda existem remédios por vir e mercados com problemas que precisam de soluções criativas alheias à penalidade pecuniária. O art. 38 da Lei 12.529/11 está longe de ter sido utilizado em sua integralidade e a criatividade humana permite utilizar a natureza exemplificativa do dispositivo para criar soluções customizadas e que não haviam sido vislumbradas pelo legislador na formulação da política genérica de defesa da concorrência. O dinamismo da atividade empresarial e a velocidade de chegada de inovações trazem desafios de atualização e arquitetura de mercados pouco antes vistos, o que leva o julgador a avaliar se já existem ferramentas disponíveis para lidar com os novos problemas antitruste do século XXI.

Apesar disso, o trabalho conseguiu mapear alguns possíveis horizontes de decisão para a aplicação de remédios, seja pelo alerta sobre a compreensão da conduta ilícita, seja pela enumeração de princípios para que tais remédios tenham funcionalidade e aderência ao ordenamento jurídico brasileiro. A ideia ora difundida, então, suplanta diretrizes arrecadatórias da política de defesa da concorrência e preza pela visão geral do mercado em busca de possíveis intervenções positivas no domínio econômico. Ademais, o presente trabalho trouxe propostas para uma política de defesa da concorrência centrada não só na multa aplicada pela autoridade antitruste, como também na restauração do processo competitivo e, por conseguinte, nos possíveis benefícios que podem ser trazidos à sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADUDELLE, R. M.; CAIN, L. P. The Consent Decree in the Meatpacking Industry, 1920-1956. **Business History Review**, v. 55, n. 3, 1981.
- ALEXIADIS, P.; SEPENDA, E. Structural Remedies Under European Union Antitrust Rules. **Concurrences - Revue des droits de la concurrence (Competition Law Journal)**, v. 2, 2013.
- ALMEIDA, P. R. DE. **Teoria da Jabuticaba: Estudos de Casos**. Disponível em: <[http://diplomattizando.blogspot.com.br/search/label/Teoria da Jabuticaba](http://diplomattizando.blogspot.com.br/search/label/Teoria%20da%20Jabuticaba)>. Acesso em: 13 out. 2017.
- ANDERS, E. C.; MISALE, G. T. C. **Remédios Antitruste: Qual a Dosagem?** Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/5111610/remedios-antitruste-qual-dosagem>>. Acesso em: 1 nov. 2017.
- ANDRADE, D. T. DE;; RODRIGUES, E. F. A Importância do Compliance na Detecção e Combate aos Cartéis. In: RODAS, JOÃO GRANDINO; CARVALHO, V. M. DE (Ed.). **Compliance e Concorrência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.
- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**. 2. ed. Coleford: Laccademia Publishing, 2014.
- AREEDA, P. E.; HOVENKAMP, H. **Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application**. The Hague: Wolters Kluwer, 1978.
- AYRES, I. How Cartels Punish: A Structural Theory of Self-Enforcing Collusion. **Columbia Law Review**, v. 87, 1987.
- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- BAGERI, V.; KATSOULACOS, Y.; SPAGNOLO, G. The Distortive Effects of Antitrust Fines Based on Revenue. **Economic Journal**, v. 123, n. 572, 2013.
- BALEEIRO, A. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BECCARIA, C. **Dos Delitos e Das Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BECKER, A. A. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- BLOCHER, J. Institutions in the Marketplace of Ideas. **Duke Law Journal**, v. 57, n. 4, 2008.
- BOBBIO, N. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.
- BOWLES, S. **Microeconomics: Behavior, Institutions and Evolution**. New York: Princeton University Press, 2004.
- BRAGA, T. C. A. Multas São Suficientes Para Evitar Novos Cartéis? Reflexões Sobre Remédios Antitruste e Penas no Direito Concorrencial. In: FRAZÃO, A. (Ed.). **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: Faculdade de Direito-UnB, 2017.
- BRAITHWAITE, J. **To Punish or To Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety**.

Albany: State University of New York Press, 1985.

BRANCHER, P. Joint Ventures e os Limites da Colaboração entre Concorrentes. In: ZANOTTA, P.; BRANCHER, P. (Eds.). . **Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência**. São Paulo: Atlas, 2010.

BRUNA, S. V. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**. São Paulo: RT, 2001a.

BRUNA, S. V. Programas de “Compliance” Antitruste: Por Que Cumprir a Lei é Bom Negócio. **Revista de Direito Econômico**, v. 32, 2001b.

BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G. Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers Still Go To Prison? **Lear Research Paper**, v. 5, n. 1, 2005.

CADE. **Processo Administrativo 08012.001826/2003-10**, 2007.

CADE. **Processo Administrativo 08012.009611/2008-51**, 2014a.

CADE. **Processo Administrativo 08012.006199/2009-07**, 2014b.

CADE. **Processo Administrativo 08012.008507/2004-16**, 2014c.

CADE. **Processo Administrativo 08012.011142/2006-49**, 2014d.

CADE. **Requerimento 08700.000141/2015-31**, 2015a.

CADE. **Requerimento 08700.010674/2014-40**, 2015b.

CADE. **Requerimento 08700.010675/2014-95**, 2015c.

CADE. **Requerimento 08700.010676/2014-30**, 2015d.

CADE. **Requerimento 08700.010677/2014-84**, 2015e.

CADE. **Requerimento 08700.010678/2014-29**, 2015f.

CADE. **Requerimento 08700.010679/2014-73**, 2015g.

CADE. **Requerimento 08700.011545/2014-70**, 2015h.

CADE. **Requerimento 08700.011562/2014-07**, 2015i.

CADE. **Requerimento 08700.011546/2014-14**, 2015j.

CADE. **Processo Administrativo 08012.004430/2002-43**, 2015k.

CADE. **Embargos de Declaração no Processo Administrativo 08012.010932/2007-18**, 2015l.

CADE. **Processo Administrativo 08012.010932/2007-18**, 2015m.

CADE. **Processo Administrativo 08012.008850/2008-94**, 2015n.

CADE. **Processo Administrativo 08012.001273/2010-24**, 2015o.

- CADE. **Processo Administrativo 08012.002706/2009-25**, 2015p.
- CADE. **Medida Preventiva no Inquérito Administrativo 08012.008859/2009-86**, 2016a.
- CADE. **Inquérito Administrativo 08012.008859/2009-86**, 2016b.
- CADE. **Requerimento 08700.004602/2016-26**, 2017.
- CANDEUB, A. Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust. **Journal of Law and Policy for the Information Society**, v. 9, n. 3, 2014.
- CARLTON, D. W. Does Antitrust Need to be Modernized? **The Journal of Economic Perspectives**, v. 21, n. 3, 2007.
- CARVALHO, V. M. DE. Poder Econômico e Defesa da Concorrência: Reflexões sobre a Realidade Brasileira. **Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência**, v. 7, 2011.
- CARVALHO, V. M. DE. **Compliance - Concorrência, Efetividade e Transparência**. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/coluna-do-vinicius/compliance-concorrenca-efetividade-e-transparencia-01102015>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CJF. **Especialização de Varas Federais em Direito da Concorrência e Comércio Internacional é Aprovada**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/maio/especializacao-de-varas-federais-em-direito-da-concorrenca-e-comercio-internacional-e-aprovada>>. Acesso em: 7 dez. 2017.
- COASE, R. H. The Nature of the Firm. In: BUCKLEY, P. J.; MICHIE, J. (Eds.). **Firms, Organizations and Contracts**. New York: Oxford University Press, 1996.
- COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COELHO, S. C. N. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- COLEMAN, J. **Markets, Morals, and The Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- COMBE, E.; MONNIER, C. Fines Against Hard Core Cartels in Europe: the Myth of Overenforcement. **Antitrust Bulletin**, v. 56, n. 2, 2011.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Case Comp 39.388**. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39388/39388\\_2796\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39388/39388_2796_3.pdf)>.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Case Comp 39.389**. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39388/39388\\_2796\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39388/39388_2796_3.pdf)>.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Case Comp 39.402**. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_39402](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39402)>.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Case Comp 39.315**. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_39315](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39315)>.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. **BAA Airports Market Investigation**. Disponível em: <<https://www.gov.uk/cma-cases/baa-airports-market-investigation-cc>>.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. **CMA Report Shows Benefits of BAA Break-Up**. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/news/cma-report-shows-benefits-of-baa-break-up>>.

COMPETITION COMMISSION. **Aggregates, Cement and Ready-Mix Concrete Market Investigation**. Disponível em: <<https://www.gov.uk/cma-cases/aggregates-cement-and-ready-mix-concrete-market-investigation>>.

CONGRESSO EM FOCO. Preço da Gasolina em Brasília Despenca Após Fim do Cartel. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/preco-da-gasolina-em-brasilia-despenca-apos-fim-do-cartel/>>. Acesso em: 24 out. 2016.

CONNOR, J. M. “Our Customers Are Our Enemies ”: the Lysine Cartel of 1992 – 1995. **Review of Industrial Organization**, v. 18, 2001.

CONNOR, J. M.; LANDE, R. H. The Size of Cartel Overcharges: Implications for U.S. and EU Fining Policies. **The Antitrust Bulletin**, v. 51, n. 4, 2006.

CONSIDERA, C. M. **Uma Breve História da Defesa da Concorrência**. Disponível em: <[http://www.uff.br/econ/download/tds/UFF\\_TD178.pdf](http://www.uff.br/econ/download/tds/UFF_TD178.pdf)>. Acesso em: 1 dez. 2017.

COSTA, F. N. DA. Gente, Perdoai, os Economistas Não Sabem o Que Dizem.... **Noção de Nação**, 26 set. 2016.

CRANDALL, R. W. **The AT&T Divestiture: Was It Necessary? Was It a Success?** Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/att-divestiture-was-it-necessary-was-it-success>>. Acesso em: 6 nov. 2017.

CROLEY, S. P. **Regulation and Public Interests**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

CROWE, J.; JEDLICKOVÁ, B. What’s Wrong With Cartels? **Federal Law Review**, v. 44, 2016.

CRUZ, G. S. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DAM, K. W. **The Law-Growth Nexus: the Rule of Law and Economic Development**. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

DAVIES, S.; LYONS, B. **Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition**. Northampton: Edward Elgar, 2008.

DI PIETRO, M. S. Z. Limites da Função Reguladora das Agências Diante do Princípio da Legalidade. In: **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DOMINGUES, J. O.; GABAN, E. M. **Antitrust Law in Brazil: Fighting Cartels**. The Hague: Kluwer Law International, 2011.

EASTERBROOK, F. H. The Limits of Antitrust. **Texas Law Review**, v. 63, n. 1, 1984.

EFE. **Apple Pede Desculpas pelo “Mal-Entendido” dos iPhones Mais Lentos.** Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/29/tecnologia/1514505992\\_287703.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/29/tecnologia/1514505992_287703.html)>. Acesso em: 30 dez. 2017.

EPSTEIN, R. A. **Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice: Why Less is More.** Washington: The AEI Press, 2007.

ESTADOS UNIDOS. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States 221 U.S. 1.** Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/case.html>>. Acesso em: 1 nov. 2017a.

ESTADOS UNIDOS. **United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911).** Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/106/case.html>>. Acesso em: 1 out. 2017b.

ESTADOS UNIDOS. **United States v. Paramount Pictures, Inc. 334 U.S. 131.** Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/334/131/case.html>>. Acesso em: 30 maio. 2017.

ESTADOS UNIDOS. **United States v. General Electric Co., 82 F. Supp. 753 (D.N.J. 1949).** Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/82/753/1755675/>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

ESTEVES, L. A. **Proibição Temporária da Participação de Cartelistas em Licitações Públicas: Custos e Benefícios Esperados na Aplicação da Penalidade.** Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/proibicao-temporaria-da-participacao-de-cartelistas-em-luiz-esteves/>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. **Artificial Intelligence and Collusion: When Computers Inhibit Competition:** Legal Studies Research Paper Series. Knoxville: [s.n.]. Disponível em: <<https://illinoislawreview.org/wp-content/uploads/2017/10/Ezrachi-Stucke.pdf>>.

FINANCIAL TIMES. Usando Algoritmos, Inteligência Artificial Deve Formar Cartel do Futuro. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/01/1849859-usando-algoritmos-inteligencia-artificial-deve-formar-cartel-do-futuro.shtml?cmpid=compli>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

FLIGSTEIN, N. **The Architecture of Markets: an Economic Sociology of Twenty-First Century Capitalist Societies.** New Jersey: Princeton University Press, 2001.

FLIGSTEIN, N. **The Transformation of Corporate Control.** Cambridge: Harvard University Press, 1990.

FLIGSTEIN, N.; SWEET, A. S. Constructing Politics and Markets: An Institutional Account of European Integration. **American Journal of Sociology**, v. 107, n. 5, 2002.

FONSECA, J. B. L. DA. Acordo Restritivo da Concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 23, n. 1, 2017.

FORGIONI, P. A. **Os Fundamentos do Antitruste.** 9. ed. São Paulo: RT, 2016.

FOXX, C. **Apple Confirma Suspeita de Donos de iPhones sobre Lentidão de Aparelhos Mais Antigos.** Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-42443264>>. Acesso

em: 22 dez. 2017.

FRAZÃO, A. Joint Ventures Contratuais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 207, 2012.

FRAZÃO, A. A Necessária Constitucionalização do Direito da Concorrência. In: CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. (Eds.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: RT, 2014.

FRAZÃO, A. **Arquitetura da Corrupção e as Relações de Mercado**. Disponível em: <<http://anafraza.com.br/files/downloads/arquitetura-da-corrupcao-e-as-relacoes-de-mercado.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

FRAZÃO, A. **Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017a.

FRAZÃO, A. **O Papel do Estado Diante dos Programas de Compliance**. Disponível em: <<http://www1.valor.com.br/opiniao/5240679/o-papel-do-estado-diante-dos-programas-de-compliance>>. Acesso em: 29 dez. 2017b.

FREZAL, S. On Optimal Cartel Deterrence Policies. **International Journal of Industrial Organization**, v. 24, n. 6, 2006.

FURLAN, F. DE M. **Ato de Concentração 08012.002467/2008-22**, 2010.

GINSBURG, D. H.; WRIGHT, J. D. Antitrust Sanctions. **Competition Policy International**, v. 6, n. 2, 2010.

GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HAMMOND, S. D. **Caught in the Act: Inside an Internacional Cartel**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/caught-act-inside-international-cartel>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

HARRINGTON, J. E. How Do Cartels Operate? **Foundations and Trends in Microeconomics**, v. 2, n. 1, 2006.

HAUCAP, J.; HEIMESHOF, U. Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization? **International Economics and Economic Policy**, v. 11, n. 1–2, 2014.

HEEB, R. D. et al. Cartels as Two-Stage Mechanisms: Implications for the Analysis of Dominant-Firm Conduct. **Chicago Journal of International Law**, v. 10, n. 1, 2009.

HELLSTRÖM, P.; MAIER-RIGAUD, F. P.; BULST, F. W. Remedies in European Antitrust Law. **Antitrust Law Journal**, v. 76, n. 1, 2009.

HJELMENG, E. Competition Law Remedies: Striving for Coherence or Finding New Ways? **Common Market Law Review**, v. 50, n. 4, 2013.

HOVENKAMP, H. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice**. 4. ed. EUA: Thomson Reuters, 2011.

HOVENKAMP, H. J. Competition for Innovation. **U Iowa Legal Studies Research Paper**, v. 26, n. 13, 2013.

HOVENKAMP, H.; LESLIE, C. R. The Firm as Cartel Manager. **Vanderbilt Law Review**, v. 64, n. 3, 2011.

ICN. **Merger Remedies Guide**. Disponível em:

<<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

JEREZ, H. V. **Competition Law Enforcement and Compliance Across the World: A Comparative Review**. The Hague: Kluwer Law International, 2015.

JORDÃO, E. F. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KAPLOW, L. **Competition Policy and Price Fixing**. New Jersey: Princeton University Press, 2013.

KAY, J. **Other People's Money: The Real Business of Finance**. New York: Public Affairs, 2015.

KEOHANE, R. O. International Institutions: Two Approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, 1988.

KNIGHT, F. H. **Risk, Uncertainty and Profit**. Boston: Houghton Mifflin Company: The Riverside Press Cambridge, 1921.

KOJIKOVSKI, G. Os 15 Anos de Vaivém Entre Cade, Garoto e Nestlé. **Exame**, 24 nov. 2017.

KOVACIC, W. E. Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct. **Connecticut Law Review**, v. 31, 1998.

LANGLOIS, R. N. Rule-Following, Expertise, and Rationality: a New Behavioral Economics? In: DENNIS, K. (Ed.). **Rationality in Economics: Alternative Perspectives**. New York: Springer Science+Business Media, LLC, 1998.

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

LORENZETTI, R. L. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LUBAMBO, M. Vertical Restraints Facilitating Horizontal Collusion: “Stretching” Agreements in a Comparative Approach. **UCL Journal of Law and Jurisprudence**, v. 4, 2015.

MARANHÃO, J. S. A.; FREIRE, M. G.; QUEIROGA FILHO, M. A Pena de Desconstituição de Ativos em Processos de Conduta na Lei 12529/11 e na Jurisprudência do CADE. In: RODAS, J. G. (Ed.). **Direito Concorrencial: Avanços e Perspectivas**. São Paulo: Cedes e Prismas, no prelo.

MARCHESINI, L. Intervenção em Postos Derruba Inflação no DF. **Valor Econômico**, 26 set. 2016.

- MARITI, P.; SMILEY, R. H. Co-Operative Agreements and the Organization of Industry. In: BUCKLEY, P. J.; MICHIE, J. (Eds.). . **Firms, Organizations and Contracts**. New York: Oxford University Press, 1996.
- MARSHALL, R. C.; MARX, L. M. The Vulnerability of Auctions to Bidder Collusion. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 124, n. 2, 2009.
- MARSHALL, R. C.; MARX, L. M. **The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings**. Cambridge: MIT Press, 2012.
- MARTINEZ, A. P. **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.
- MATTIOLI, E. Hub and Spoke: Towards a Belgian Precedent ? **Journal of European Competition Law & Practice Advanc Access**, 2016.
- MATTOS, C. Remédios em Atos de Concentração: a Experiência Internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, A. F. DE; RUIZ, R. M. (Eds.). . **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.
- MCMILLAN, J. **Reinventing the Bazaar: A Natural History of Markets**. New York: W. W. Norton & Company, 2002.
- MEHRA, S. K. Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms. **Minnesota Law Review**, v. 100, 2016.
- MELLO, M. T. L.; ESTEVES, H. L. B. **Direito e Economia na Noção de “Direitos de Propriedade”**. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto1111.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017.
- MILHAPUT, C. J.; PISTOR, K. **Law & Capitalism: What Corporate Crisis Reveal About Legal Systems Around the World**. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.
- MILLER, D. A. Robust Collusion with Private Information. **Review of Economic Studies**, v. 79, n. 2, 2012.
- MINSKY, H. P. **Stabilizing an Unstable Economy**. New York: McGraw Hill Professional, 2008.
- MIRROW, K. R. **A Ditadura dos Cartéis: Anatomia de um Subdesenvolvimento**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.
- MOREIRA, R. S. **Tributação Extrafiscal e Meio Ambiente: Rumo à Concepção de Tributo Ambiental**. Disponível em [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_2/rafael\\_moreira.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/rafael_moreira.pdf). Acesso em 02 fev. 2018.
- MOREIRA NETO, D. de F. **Mutações do Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, 2000.
- MOTTA, M. **Competition Policy: Theory and Practice**. New York: Cambridge University Press, 2004.

**MPF.** Entenda o Caso. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 31 maio. 2017.

MUELLER, D. C. Public Choice: An Introduction. In: ROWLEY, C. K.; SCHNEIDER, F. (Eds.). . **The Encyclopedia of Public Choice**. New York: Kluwer Academic Publishers, 2004.

MURPHY, J. Essential Elements of Compliance Programs: Cartels. In: RODAS, JOÃO GRANDINO; CARVALHO, V. M. DE (Ed.). . **Compliance e Concorrência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

NORTH, D. C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, v. 84, n. 3, 1994.

NORTH, D. C. **Understanding the Process of Economic Change**. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

NUNES, J. A. M. Separação de Poderes, Legitimação do Poder Judiciário e Consequencialismo. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 22, n. 11, 2010.

OCDE. **Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 10 maio. 2016.

OCDE. **Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>>. Acesso em: 25 maio. 2017.

ODUDU, O. Indirect Information Exchange: the Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion. **European Competition Journal**, v. 7, n. 2, 2011.

OLIVEIRA, A. F. DE. Remédios Antitruste e o Ordenamento Jurídico Brasileiro: Primeiras Reflexões. In: OLIVEIRA, A. F. DE; RUIZ, R. M. (Eds.). . **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.

OLIVEIRA JÚNIOR, M. DE; LUIS, A. S. O. Remédios Estruturais em Casos de Cartéis: Análise Funcional e Fundamentos Econômicos para sua Aplicação. In: **A Lei 12.529/11 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.

ORBACH, B. Hub-and-Spoke Conspiracies. **The Antitrust Source**, n. Abril, 2016.

OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

PAGOTTO, L. U. C. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas e seu Impacto sobre a Defesa da Concorrência. In: ZANOTTA, P.; BRANCHER, P. (Eds.). . **Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência**. São Paulo: Atlas, 2010.

PFEFFER, J.; NOWAK, P. Joint Ventures and Interorganizational Interdependence. In: BUCKLEY, P. J.; MICHIE, J. (Eds.). . **Firms, Organizations and Contracts**. New York: Oxford University Press, 1996.

PINHEIRO, C. T. P. Criando uma Cultura de Compliance Antitruste. In: RODAS, JOÃO GRANDINO; CARVALHO, V. M. DE (Ed.). . **Compliance e Concorrência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

POSNER, R. A. Theories of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 5, n. 2, 1974.

POSSAS, M. L.; PONDÉ, J. L. **Remédios Estruturais em Casos de Cartel: Critérios para a Análise dos Efeitos Líquidos da Imposição de Obrigações de Desinvestimento.**

Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/index.php/index-publicacoes/textos-para-discussao>>.

Acesso em: 6 nov. 2017.

**THE ECONOMIST.** Price-Bots Can Collude Against Consumers. Disponível em <<https://www.economist.com/news/finance-and-economics/21721648-trustbusters-might-have-fight-algorithms-algorithms-price-bots-can-collude>>. Acesso em: 6 maio. 2017.

PRILUCK, J. When Bots Collude. **The New Yorker**, 25 abr. 2015.

RATLIFF, J. D.; RUBINFELD, D. L. Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability? **Journal of Competition Law and Economics**, v. 10, n. 3, 2014.

ROBERTS, N. E. Cartels and Joint Ventures. **Antitrust Bulletin**, v. 57, 1988.

RODRIGUES, E. F. **O Direito Societário e a Estruturação do Poder Econômico.** São Paulo: Singular, 2016a.

RODRIGUES, L. Sem Cartel, Preço da Gasolina no DF Despenca. **Estadão**, 11 dez. 2016b.

ROTH, A. E. **Como Funcionam os Mercados.** São Paulo: Portfolio Penguin, 2016.

ROWLEY, C. K. Public Choice and Constitutional Political Economy. In: ROWLEY, C. K.; SCHNEIDER, F. (Eds.). . **The Encyclopedia of Public Choice.** New York: Kluwer Academic Publishers, 2004.

SANDEL, M. J. **O Que o Dinheiro Não Compra.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANTOS, K. M. M. **Cartéis Transnacionais: A Transnacionalização das Decisões do Direito Concorrencial e as Ações de Reparação de Danos em Defesa da Concorrência.** Curitiba: Juruá, 2016.

SCHUARTZ, L. F. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, 2009.

SCHWALBE, U. Leniency Programmes and the Structure of Cartels – Remarks from an Economic Perspective. In: HÜSCHEL RATH, K.; SCHWEITZER, H. (Eds.). . **Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe: Legal and Economic Perspectives.** New York: Springer, 2014.

SLADE, G. **Made to Break: Technology and Obsolescence in America.** Cambridge: Harvard University Press, 2006.

SOKOL, D. Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age. **Berkeley Business Law Journal**, v. 4, n. 1, 2007.

SOKOL, D. Cartels, Corporate Compliance, and What Practitioners Really Think About Enforcement. **Antitrust Bulletin**, v. 78, n. 1, 2012.

- SORESCU, A. et al. Innovations in Retail Business Models. **Journal of Retailing**, v. 87, 2011.
- SOUZA, A. E. L. A Relação entre Governança Corporativa e Antitruste: Incentivos ao Comportamento Colusivo. **Revista do IBRAC**, v. 22, n. 1, 2016.
- STEINER, C.; HÜSCHEL RATH, K.; WEIGAND, J. Merger Remedies Involving Restructuring Costs in a Cournot Framework. **Empirica**, v. 38, n. 3, 2011.
- STIGLER, G. J. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, 1971.
- STIGLER, G. J. The Optimum Enforcement of Laws. **Essays in the Economics of Crime and Punishment**, v. I, 1974.
- STIGLER, G. J. **The Citizen and the State: Essays on Regulation**. Chicago: The University of Chicago Press, 1975.
- STIGLITZ, J. E. **Economics of the Public Sector**. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- STIGLITZ, J. E. Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation. In: BALLEISEN, E.; MOSS, D. (Eds.). . **Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation**. New York: Cambridge University Press, 2009.
- STIGLITZ, J. E.; GRIFFITH-JONES, S.; OCAMPO, J. A. **Time for a Visible Hand: Lessons From the 2008 World Financial Crisis**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- STUCKE, M. E. Reconsidering Antitrust's Goals. **Boston College Law Review**, v. 53, n. 2, 2012.
- STUCKE, M.; GRUNES, A. **Big Data and Competition Policy**. New York: Oxford University Press, 2016.
- SUNSTEIN, C. R. **Free Markets and Social Justice**. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- SUNSTEIN, C. R. **Simpler: the Future of Government**. New York: Simon & Schuster, 2013.
- SUNSTEIN, C. R.; SCHKADE, D. A.; KAHNEMANN, D. Do People Want Optimal Deterrence? In: SUNSTEIN, C. R. et al. (Eds.). . **Punitive Damages: How Juries Decide**. Chicago: University of Chicago Press, 2002.
- TELSER, L. G. **Competition, Collusion, and Game Theory**. Aldine: Macmillan Press Ltd., 1971.
- TORRES, R. L. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- UTTON, M. A. **Market Dominance and Antitrust Policy**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc., 2003.
- VARIAN, H. R. **Microeconomia: Princípios Básicos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- VISCUSI, W. K.; HARRINGTON JR., J. E.; VERNON, J. M. **Economics of Regulation and**

**Antitrust**. 4. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005.

WALLER, S. W. The Incoherence of Punishment in Antitrust. **Chicago-Kent Law Review**, v. 78, n. 1, 2003.

WALLER, S. W. The Past, Present, and Future of Monopolization Remedies. **Antitrust Law Journal**, v. 76, n. 1, 2009.

WANG, W. Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control. **World Competition**, v. 34, n. 4, 2011.

WEISHAAR, S. E. **Cartels, Competition and Public Procurement: Law and Economics Approaches to Bid Rigging**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, Inc., 2013.

WERDEN, G. J. Remedies for Exclusionary Conduct Should Protect and Preserve the Competitive Process. **Antitrust Law Journal**, v. 76, n. 1, 2009a.

WERDEN, G. J. Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime. **European Competition Journal**, v. 5, n. 1, 2009b.

WHISH, R.; BAILEY, D. **Competition Law**. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

WHITE, H. C. Where Do Markets Come From? **The American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, 1981.

WITTMAN, D. The End of Special Interests Theory and the Beginning of a More Positive View of Democratic Politics. In: BALLEISEN, E.; MOSS, D. (Eds.). . **Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation**. New York: Cambridge University Press, 2009.