

POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: TEMAS E DEBATES CONTEMPORÂNEOS  
(DCO5912-1)

Adriana Cardoso de Moraes Cansian  
Ana Gabriela da Costa Carvalho Forsman  
Lucas Atihe

ARTIGO DE REAÇÃO AO DEBATE TEÓRICO SOBRE A GEOPOLÍTICA DO ANTITRUSTE E SEUS RESPECTIVOS PONTOS DE CONVERGÊNCIA

Frente à expressão global do mercado, é eminente a análise de aspectos comuns - sejam positivos ou negativos - nas práticas do antitruste exercido pelas diversas agências reguladoras. A partir dos textos analisados infra, serão apontados alguns pontos de convergência entre o debate teórico do antitruste em escala global.

Texto 1 - *Monopolists without borders: The institutional challenge of international antitrust in a Global Gilded Age. Daniel Sokol.*

A obra *Monopolists without borders: The institutional challenge of international antitrust in a Global Gilded Age* de Daniel Sokol tem como objetivo precípuo propor uma análise comparativa entre as instituições domésticas e internacionais que compõem o sistema antitruste internacional e, segundo o autor, este exercício de redefinição sustenta-se em dois principais motivos, quais sejam: o primeiro, as inúmeras mudanças pelas quais as instituições passaram nos últimos quinze anos em virtude da crescente internacionalização antitruste e, secundariamente, porque grande parte da literatura acadêmica defende soluções em apenas uma ou duas alternativas institucionais possíveis, o que nesta obra fica evidenciado como uma tentativa ultrapassada e, sobretudo, ineficaz com relação à tentativa de melhorar o bem-estar social.

Sobreleva, ainda, neste artigo um estudo aprofundado de como uma área do direito regulador responde ao processo de globalização e evidencia a incapacidade de instituições domésticas de lidarem com tal perspectiva do ponto de vista concorrencial, reforçando a importância do trabalho conjunto de instituições domésticas e internacionais na redução de condutas anticompetitivas.

Especialmente, os capítulos III e IV, sobre os quais este seminário se debruça com mais acuidade, tratam dos principais pontos elencados nas análises de antitruste internacional, sendo eles: fusões, cartéis e acesso a mercados e quais as ferramentas teóricas das quais os organismos reguladores podem lançar mão na busca de remédios e políticas que minimizem custos de transação e maximizem os benefícios sociais.

Por fim, ressalta-se o *soft law* com enfoque, tanto transgovernamental, como transnacional como um modelo administrativo mais produtivo e eficaz, em particular o International Competition Network (“ICN”). Tais instituições, além de possuírem custos mais baixos que as suas alternativas, são mais

eficazes para superar os problemas do antitruste internacional que as instituições puramente domésticas. Neste sentido, a análise do custo-benefício é fundamental para a escolha da melhor opção internacional.

Finalmente, salienta-se que questões antitruste de natureza internacional são, em essência, complexas e por isso as melhores instituições para abordá-las são as internacionais que, ao fim e ao cabo, desempenham melhor suas funções à medida que entram em cooperação com as instituições puramente domésticas.

Há perdas e ganhos em ambas as opções, tanto nas instituições domésticas, quanto nas internacionais, visto que a problemática antitruste ganhou contornos muito expressivos com o processo de globalização e suas necessárias intercorrências no cenários político, econômico e comercial.

O momento atual é de um arranjo institucional na forma de cooperação entre os dois principais modelos de instituição com vistas a garantir a adoção de melhores práticas e de condutas regulatórias que, em última análise, favoreçam o consumidor e não inviabilize a dinâmica do mercado pautado num sistema econômico global saudável.

## Texto 2 - *Regulatory Leveraging: Problem or Solution? William E. Kovacic and David A. Hyman*

O Segundo texto, de autoria de William E. Kovacic e David A. Hyman, analisa, em essência, se a utilização por agências reguladoras de concorrência de instrumentos que impliquem em potencialização de vantagens (*leveraging*) regulatórias – como, por exemplo, cumulação de mecanismos de defesa à concorrência com proteção ao consumidor, segurança na proteção de dados, regulação dos preços de mercado, etc – consistiria num “problema incômodo”, ou em uma “solução conveniente”.

O conceito de *leveraging* é descrito como a exploração de posição de poder por uma parte, visando a obtenção de vantagem sobre a parte contrária.

No setor privado, a utilização desse tipo de vantagem é comum. Ocorre, por exemplo, quando uma empresa possui grande influência em determinado setor de mercado, por conta da venda do Produto A, aproveita para aumentar as vendas do Produto B, por meio da venda casada desses produtos, ou mesmo utilizar essa força de mercado para excluir a entrada de novos concorrentes.

Já no setor público, a referida vantagem deriva do fato das agências reguladoras ocuparem posições que as tornam barreiras (*gates*) à determinados atos negociais. Ao tornar-se uma barreira (*gatekeeper*), determinada agência tem em mãos uma situação na qual pode se aproveitar para realizar exigências relativas a outros setores, que sequer se relacionam com o objeto principal em discussão, para empresas

que desejam sua cooperação para superar estas barreiras.<sup>1</sup> No caso das agências reguladoras da concorrência, destaca-se a barreira para aprovação de fusões e aquisições.

Os benefícios da utilização dessa vantagem posicional são: (i) eficiência, uma vez que gera acordos mais abrangentes, resolvendo mais de um problema de uma só vez; (ii) pode constituir uma forma de salvaguardar o interesse público, de forma mais flexível, sem a necessidade de atuação direta do congresso por meio da criação de novas leis (ainda que hajam limitações, tendo em vista que o ente regulado pode, simplesmente, desistir da fusão/aquisição).

*Contrario sensu*, a utilização destas vantagens posicionais pode afetar de forma negativa as tomadas de decisões dos entes regulatórios, levando a decisões mais nebulosas (ou menos transparentes), uma vez que permite que interesses escusos motivem suas decisões, bem como diminui a segurança jurídica, ao basear suas decisões em critérios que vão além da legislação antitruste (afetando inclusive as próprias fusões/aquisições, que ficariam sujeitas ao cumprimento de particularidades imprevisíveis).

Assim, ainda que a utilização dessa vantagem posicional seja atrativa ao ente regulador e, por vezes, a única forma de resolver determinado problema, é necessária a criação de um sistema sólido – transparente, consideravelmente regulado, menos “*gates*” (porém mais estruturados), com estipulação clara de competências por outras agências regulatórias, etc - que minimize seus riscos e custos para que a própria utilização dessa vantagem não se torne um problema em si, ao invés de solução.

### Texto 3 - *Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement. OECD.*

A cooperação entre autoridades antitrustes de jurisdições distintas no que tange ao controle de estruturas e à repressão de condutas anticompetitivas têm sido cada vez mais fomentada em razão de seus benefícios. A cooperação gera a otimização de investigações por meio do uso de provas emprestadas, redução de

---

<sup>1</sup> Para exemplificar quatro situações nas quais seria possível a obtenção de vantagem regulatória, os autores utilizaram os seguintes casos concretos:

(I) Em 2012, a FTC se aproveitou da aquisição pela Bosch da SPX, para resolver duas situações distintas. Com a referida aquisição, a Bosch passaria a dominar considerável faixa do mercado de reparo de ar-condicionado automotivos (chegando quase à situação de monopólio). Então, ficou acordado que a Bosch: (i) iria se desfazer de parte desse monopólio, comprometendo-se a realizar concessões/licenciamentos a terceiros; (ii) iria retirar queixas relativas à supostos abuso de poder econômico da SPX, que se aproveitava de patentes de produtos estratégicos para o segmento de mercado no qual se inseria, supostamente fazendo exigências irrazoáveis para licenciamento destas patentes. (II) No momento em que o Google tentou a aquisição das empresas DoubleClick e AdMob, (em 2007 e 2010, respectivamente), a FTC se deparou com o seguinte impasse: deveria se aproveitar da vantagem obtida pela necessidade de aprovação destas aquisições para explorar – a partir daí, fazer exigências de ordem regulatória – sobre a política de proteção de dados do Google (uma vez que nos EUA, essa competência regulatória também é da FTC. A conclusão foi de que tal ato seria inadequado, pois fugiria à função primária da FTC (análise da possibilidade de fusões/aquisições, sob o ponto de vista do antitruste), bem como repercutiria de forma desigual no mercado de anúncios online, já que nela atuam diversas outras empresas. (III) Em 2014, o Supervisor Europeu de Proteção de Dados emitiu opinião no sentido de que as autoridades reguladoras da concorrência deveriam se atentar às políticas de proteção de dados das empresas no momento da avaliação de fusões e aquisições. (IV) a FTC tem usado, por diversas vezes, o seu poder de gatekeeper para impor determinadas atitudes que não poderiam ser impostas por meio das situações normais de regulação, mas que julga importantes, do ponto de vista do interesse público.

duplicações, troca de materiais e experiência entre autoridades; e a minimização do risco de as autoridades proferirem decisões contrárias no quanto ao controle de estruturas, prejudicando especialmente empresas atuantes em mercados globais.

Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), os seguintes fatores estruturais têm fomentado a cooperação entre autoridades: (i) o aumento da natureza interconectada da atividade econômica e, conseqüentemente, da verificação de casos de cunho internacional (condutas anticompetitivas e concentrações); e (ii) o aumento de jurisdições adotando políticas de defesa da concorrência e da atividade das autoridades concorrenciais preexistentes.

A OCDE verificou um aumento no grau de interdependência entre atividades econômicas com base em medidores econômicos (comércio, investimento estrangeiro direto e M&As internacionais) e concluiu que há cada vez mais operações e acordos entre *players* de caráter transfronteiriços. Nesse sentido, há mais operações e condutas anticompetitivas de escopo global (por exemplo: cartéis internacionais) cujas análises e investigações poderiam ser otimizadas por meio da cooperação entre autoridades antitrustes.

No que tange ao segundo fator estrutural identificado pela OCDE, nota-se o reconhecimento por diversos países dos efeitos positivos da concorrência para o desenvolvimento econômico, fazendo com que um número maior de jurisdições tenha adotado políticas de defesa da concorrência ou dedicado mais esforços para tornar as autoridades antitrustes cada vez mais ativas na persecução de ilícitos e no controle de estruturas. Ao mesmo tempo que referido fator demonstra ser benéfico à cooperação entre autoridades em razão da existência de mais autoridades possivelmente analisando os mesmos fatos, verifica-se um aumento na complexidade da cooperação uma vez que é improvável a adoção e aplicação de leis da concorrência de forma isonômica entre todas as jurisdições.

Nesse sentido, a combinação do aumento da economia globalizada e a proliferação de autoridades de defesa da concorrência aumenta a probabilidade de se haver investigações internacionais e, portanto, mais autoridades despendendo recursos em investigações conexas, mas gera possíveis discrepâncias nos *modi operandi* adotados e nas tomadas de decisões.

De modo a aprimorar a cooperação e evitar referidas discrepâncias, devem as autoridades concorrenciais reunir esforços para encontrar pontos de convergência entre as jurisdições, estipular regras comuns entre países, firmar acordos multilaterais de cooperação, criar instrumentos de reconhecimento das decisões de autoridades de outras jurisdições e fomentar uma cultura de cooperação a nível global.

É necessário ainda ressaltar que há limites à cooperação. Por exemplo, não é possível trocar informações confidenciais por meio de mecanismos de cooperação informais, isto é, quando houver o fornecimento voluntário de informações. Para tal, é necessário firmar acordos com cláusulas específicas sobre informações confidenciais. Além do mais, há jurisdições que possuem leis em vigor que proíbem o compartilhamento de informações confidenciais com autoridades de outros países; e, em determinadas situações, o compartilhamento de informações confidenciais e de evidências somente pode ocorrer mediante a autorização prévia das partes envolvidas na operação ou signatárias do acordo de leniência (por exemplo, por meio de *waivers*).

Ademais, a OCDE menciona que para que haja cooperação entre autoridades, é necessário que estas criem uma relação de confiança. Por mais que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) tenha firmado acordos de cooperação com autoridades de diversos países e blocos econômicos, recebido

prêmios renomados e sido homenageado, já houve casos em que informações confidenciais foram vazadas (por exemplo, no caso do cartel em licitações para aquisição de trens e linhas de metrô em Brasília e São Paulo). Autoridades de países como os Estados Unidos, Holanda e Noruega, por exemplo, já se recusaram a compartilhar informações com a sob a justificativa de que o país não possuía mecanismos capazes de assegurar a segurança das informações em outros âmbitos<sup>2</sup>.

Por fim, há de se fazer algumas indagações: Será possível a cooperação entre autoridades quando a empresa for beneficiária de um acordo de leniência em um país, mas não no outro? Haverá algum dia um instrumento de cooperação multilateral global entre as autoridades antitrustes de modo a permitir a cooperação efetiva e plena entre todas as jurisdições com políticas de defesa da concorrência? Dado que os estudos da OCDE indicam que o GDP da China deve aumentar substancialmente nos próximos anos, como se dará a aproximação e cooperação com países em que há conflitos econômicos ou históricos (por exemplo, os Estados Unidos)?

---

<sup>2</sup> Maiores informações disponíveis em:

<https://oglobo.globo.com/brasil/vazamentos-no-brasil-atrapalham-acordos-de-cooperacao-com-outros-paises-diz-ministro-21176975>